



## **Donation of Organs and the Rights of Personality**

### ***Doação de Órgãos e os Direitos da Personalidade***

**Raimundo Chaves Neto**

Lawyer

Post Graduate in Human Rights at Coimbra University

Post Graduate in History of Law at Coimbra University

Masters Degree in Law *ongoing* at Coimbra University

*Graduado em Direito*

*Especialista em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra*

*Especialista em História do Direito pela Universidade de Coimbra*

*Mestrando em Direito na Universidade de Coimbra*

*e-mail: [neto@conego.com.br](mailto:neto@conego.com.br)*

## ***Doação de Órgãos e os Direitos da Personalidade***

**Abstract:** *This article, produced around the rights of personality, will present and briefly examine the legal aspects concerning the donation of organs and tissues. Will be held brief approach to comparative law, although the study prioritizes the legal aspects of Brazil and Portugal.*

**Keywords:** *Donation of organs and tissues; Rights of personality; Brazilian law, Portuguese law.*

**Resumo:** O presente artigo, produzido em torno dos direitos de personalidade, apresentará e analisará brevemente os aspectos jurídicos referentes à doação de órgãos e tecidos. Será realizada sucinta abordagem ao Direito Comparado, embora o estudo priorize os dispositivos legais do Brasil e de Portugal.

**Palavras-chave:** Doação de órgãos e tecidos; Direitos da personalidade; Direito brasileiro; Direito português.

## INTRODUÇÃO

O tema ora desenvolvido é justificado pela grande preocupação e dúvidas que o assunto desperta na nossa sociedade atual, tanto brasileira quanto portuguesa. A referida temática traz no seu bojo abordagens de cunho humanitário e jurídico, relacionando as mesmas com os direitos da personalidade.

O corpo humano traz uma limitação natural desde que nascemos e, portanto, indubitavelmente, ocorrerá o evento morte, na qual o mesmo (corpo) perderá sua função. No entanto, as ciências médicas, buscando retardar este acontecimento, a cada dia empenham-se em desenvolver técnicas para aumentar o “prazo de validade” da vida humana. É neste contexto e com esta finalidade que surge a necessidade de realização de transplantes e a sua conseqüente legislação.

Por inúmeras vezes o prolongamento da vida não se dá apenas a pessoas idosas, visto que, frequentemente, as pessoas que necessitam ser atendidas ou protegidas pelas descobertas biomédicas são ainda jovens.

Diversas leis surgem e apresentam-se como instrumentos de regulamentação para os transplantes de órgãos. A primeira previsão legal específica no Brasil foi criada no ano de 1963 (lei 4280/63 de 6 de novembro). Já em Portugal, o primeiro diploma legal seria o decreto-lei 45.683 de 25 de abril de 1964 (LUÍSA NETO, 2004, p. 822-823) e que viria a ser revogado por outro decreto, o 533/76 de 13 de julho, no entanto este trazia no seu texto problemas na questão do consentimento devido ao seu “autoritarismo”. Outra lei brasileira seria criada em 1992 (lei 8489/92 de 18 de novembro) com a finalidade de

regular a matéria por conta das mudanças na política e no campo social no Brasil, que passava pelo período da redemocratização (pós-ditadura).

No Estado brasileiro, o documento legal mais adequado para regulamentar a matéria foi a lei 9434/97, de 4 de fevereiro, que ainda está em vigor e sofreu sua última alteração em 27 de dezembro de 2007, com a lei 11.633/2007. No caso de Portugal, o diploma legal ainda vigente é a lei 12/93 de 22 de abril, tendo sofrido sua última alteração em 29 de junho de 2007 com a lei 22/2007 .

Portanto, a lei brasileira 9.434/97 de 4 de fevereiro e a lei portuguesa 12/93 de 22 de abril serão abordadas e comparadas, constituindo-se as mesmas, como elementos para alcançar a realização dos direitos da personalidade.

## **1 - RELEVÂNCIA DO TEMA FACE AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE**

O ser humano, diferenciando-se das outras espécies, deve apresentar-se como alguém que seja detentor de uma dignidade inviolável (MAGALHÃES, 2007, p. 204). As inovações tecnológicas e científicas modificam aceleradamente a vida social, além de propiciar o desenvolvimento da genética, da biologia, e de outras ciências. Porém, este mesmo avanço acabou por criar inúmeras questões relativas à personalidade jurídica. Assim sendo, estas indagações necessitam de resoluções seguras no campo jurídico.

Os direitos da personalidade são extrapatrimoniais e, na maioria das vezes, apresentam-se como indisponíveis, embora haja exceções (MOTA PINTO,

2004, p. 1-29). Deste modo, a disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo torna-se juridicamente permitida.

Os princípios da dignidade, indisponibilidade e integridade inter-relacionam-se e tornam-se indissociáveis, pois constituem um núcleo intangível do corpo humano e representa o direito que este possui de ser dotado de identidade pessoal, portanto titular de dignidade e indisponibilidade (inerentes ao ser humano). Desta forma, qualquer ação interventiva na integridade corporal representa também uma agressão à integridade pessoal.

O ato de doar ou de receber órgãos e tecidos, obrigatoriamente deve relacionar-se à vontade demonstrada, tanto do doador quanto do receptor. O indivíduo não deverá ser obrigado ou coagido a submeter-se a qualquer ato de disposição do próprio corpo, pois sua vontade deve ser demonstrada livremente.

O corpo é uma parte indissociável do ser humano. O ato de ceder órgãos e tecidos deverá ser gratuito, pois do contrário, o ser humano estaria precificando algo que é desprovido de valor pecuniário. O ato da venda tornaria o ser humano uma *res*, o que reduziria a sua natureza, por inúmeras vezes à situação análoga de escravo. Por sermos seres livres, não temos patronos nem *dominus*<sup>(1)</sup>. A disposição do próprio corpo para transplante deve ocorrer através de uma atitude altruísta.

O benefício da lei deve ser estendido a todos, não podendo haver prioridades em virtude da idade, sexo, religião, poder aquisitivo (este item reforça, pois, o princípio da gratuidade). A fila única, apesar de ser polêmica, pode representar uma igualdade formal.

As informações que devem ser divulgadas sobre qualquer indivíduo deverá passar pela sua autorização, a não ser que seja notoriamente de interesse público, neste caso pode ocorrer o contrário. Ou seja, cada um de nós é detentor do poder de preservar a própria história pessoal e segredos que nos exponham a situações de desconforto.

O corpo humano (ou parte dele) disposto para doação deverá ser preservado durante a extração dos órgãos, células ou tecidos. Ou seja, o cadáver deverá ser tratado de modo que não sofra uma intervenção desproporcional à necessidade. Como exemplo, podemos citar o fato de se evitar mutilar a cabeça de um cadáver para realizar a simples colheita de córneas ou de outros na mesma.

## **2 - DISPOSIÇÃO DO PRÓPRIO CORPO E AS LIMITAÇÕES IMPOSTAS**

Na vida em sociedade, deparamo-nos com indivíduos que recorrem a atitudes curiosas que, por muitas vezes, chegamos a indagar se essa ou aquela não seria uma afronta aos consagrados direitos de indisposição do corpo. Tomemos como exemplo o simples fato de furar orelhas para o uso de brincos, *piercings* e similares. Temos ainda o uso de tatuagens, que, se há algum tempo despertava uma grande estranheza porque aparentava uma “profanação” do próprio corpo, hoje é considerada uma prática corriqueira. Além disso, torna-se moda (evento que a sociologia classifica como Lei da Imitação, em que os menores, ou menos favorecidos financeiramente, imitam os maiores ou mais favorecidos). Novos modos de exploração do corpo são praticados<sup>(2)</sup> e acabam por se tornar fatos socialmente aceitos.

Os fatos sociais relevantes devem ter como característica uma base rígida que não seja modificável ou destituída de valor, ou seja, há alguns acontecimentos relevantes na ordem social e estes devem ser revestidos de um “núcleo duro” a fim de se atingir, por muitas vezes, através de uma pretensão de universalidade (MOTA PINTO e LEITE DE CAMPOS, 2003, p. 500), alguma segurança, tanto social quanto jurídica.

Há muito se defende a idéia de que o ser humano representa uma unidade indissociável entre corpo e mente. Até mesmo Hipócrates (patrono da medicina) definia o ser humano como um todo indivisível, e, buscava solucionar problemas de doenças através da análise de todos os aspectos físicos e psíquicos.

Entre os séculos XVIII e início do XX, a idéia do individualismo e do patrimonialismo colocava o indivíduo como único detentor do poder sobre si mesmo, ou seja, se algum ato seu não encontrasse limitação (BODIN DE MORAES, 2003, p. 134) pelos direitos de outrem, seria automaticamente permitido. Isto representaria a exacerbação do egoísmo, ficando ameaçada, inclusive, a dignidade da própria pessoa humana.

Quanto à disposição do próprio corpo, o mais aceito hoje (LEITE DE CAMPOS, 2004, p. 89) em dia é que o indivíduo não deve fazer a si próprio aquilo que não faria (por imposição legal ou moral) a qualquer outro membro da sociedade. Na verdade, este princípio visa proteger a pessoa da sua própria força destruidora. Portanto torna-se, socialmente, reprovável a prostituição, a automutilação, o suicídio, a greve de fome e várias outras manifestações dessa natureza.

Logicamente há limites amplamente aceitos à indisponibilidade do corpo humano (como exemplo podemos citar o caso de atletas que são “vendidos” e “comprados”)<sup>(3)</sup>. A doação de órgãos, principal exceção à indisponibilidade, tema do presente trabalho é amplamente aceita pela sociedade, principalmente pelo seu caráter altruístico.

### **3 - ORIGEM DOS DISPOSITIVOS LEGAIS NO DIREITO COMPARADO**

Algumas das leis originárias e anteriores às atuais abrangiam, exclusivamente, a doação de córneas. Tomemos como exemplo: Na França: (Decreto de 7 de julho 1949); Na Espanha (Lei de 18 de fevereiro de 1950); Suíça (Decreto de 16 de dezembro de 1950); Inglaterra (Decreto de 26 de julho de 1952); e Itália (Lei 235 de 3 de abril de 1957) e o Comitê de Ministros do CE de 11.5.1978. Atualmente há bastante legislação internacional pertinente. Podemos citar alguns países que atualmente autorizam e regulam legalmente transplantes de órgãos, como: Venezuela, Peru, EUA, Bélgica, Áustria, Suécia, Hungria, Holanda, Grã-Bretanha, Alemanha, Macau etc.

### **4 - PREVISÃO LEGAL NO DIREITO PORTUGUÊS**

O Decreto-Lei 45.683, de 25 de abril de 1964 representou em Portugal o primeiro documento legal para regular a matéria de transplantes, apesar de o primeiro transplante realizado em hospitais civis de Portugal já ter acontecido em 1961. A lei autorizava *“a colheita no corpo de pessoa falecida de tecidos ou órgãos de qualquer natureza, nomeadamente ossos, cartilagens,*

*vasos, pêlos, globos oculares e sangue*”. No presente decreto fora tratado, explicitamente, a proibição da comercialização de órgão e tecidos, definindo a natureza do transplante como altruísta. A declaração deveria ser realizada por escrito, mas o Estado poderia realizar a colheita *post mortem* mesmo sem autorização, mas tinha de comprovar grave interesse público (MAGALHÃES, 2007, p. 823).

Outro diploma legal sobre a matéria fora aprovado, desta vez na vigência do Governo Provisório e revogou o decreto supracitado. Estamos a falar do Decreto 553/76 de 13 de julho e tem como uma de suas evoluções o conceito de morte física, que passaria a ser constatada pela morte cerebral. Este decreto, entretanto, era dotado de um novo problema na questão do consentimento (MAGALHÃES, 2007, p. 824), pois apenas uma manifestação em vida do próprio doador valeria como impedimento para que os seus órgãos não fossem destinados a doação. À época, algumas críticas<sup>(4)</sup> eram realizadas ao decreto em virtude da sua arbitrariedade, pois enquanto a sociedade interpretava que a família do falecido deveria decidir sobre o consentimento de doação, a interpretação da justiça portuguesa determinava que terceiros, mesmos familiares, não poderiam interceder para se opor em lugar do falecido.

De acordo com a Constituição da República Portuguesa de 1976 (atual) em seu artigo 1º, depreende-se que os direitos de personalidade, especificamente o da dignidade da pessoa humana, será protegido pelo Estado e terá por objetivo a construção de uma sociedade altruísta. Consequentemente, através desse altruísmo localizamos o fundamento da lei de transplantes, e, também concordamos que este deve representar uma

manifestação de livre iniciativa, não tendo base jurídica nem social a obrigatoriedade de doação.

No seu artigo 64º, 3, “alínea a”, entendemos que há uma determinação expressa para a não-discriminação ao acesso dos benefícios e obrigações proporcionados pela lei de transplantes.

A legislação específica sobre a matéria de transplante (Lei 12/93 de 22 de abril) foi aprovada por unanimidade pela Assembléia da República, no entanto essa consensualismo parlamentar não se repetiu na área jurídica, visto que na prática algumas questões sempre tendem a surgir (GONÇALVES LOUREIRO, 1995, p. 5). Realizaremos uma análise da supracitada lei, levando em conta os pontos que mais nos chamaram a atenção em cada artigo.

O artigo 1º determina que a aplicação da lei é restrita a fins terapêuticos e de transplantes, excluindo-se desta a ação realizada com finalidade científica, regida por lei específica. Também será regida por legislação própria as dádivas e manipulações referentes a óvulos, espermatozoides e embriões.

Inicialmente, podemos dispor das definições necessárias para que seja realizado um entendimento mais eficaz da legislação em questão, apesar de IAVOLENUS<sup>(5)</sup> vislumbrar riscos em definições no direito civil. Em discordância com o referido risco, o artigo 1º-A nos traz os conceitos de *órgão, tecido, células, doador, dádiva e colheita*.

A lei preceitua em seu artigo 2º que estarão submetidos a ela os nacionais portugueses e todos os residentes, excluindo-se da obrigatoriedade apenas aqueles que não viverem permanentemente no país, ou seja, dependerá unicamente da sua livre manifestação de vontade.

Os centros de transplante foram criados antes dos centros de colheita, porém ambos estão autorizados a realizar as intervenções necessárias. Os referidos centros são submetidos, periodicamente, à avaliação do Ministro da Saúde, o responsável pela autorização destes (conforme artigo 3º).

Apenas o próprio doador ou receptor (ou através de seus procuradores de direito) pode autorizar que seu nome seja divulgado, no entanto os centros de colheita e transplante estão obrigados a ter a informação sobre a destinação de cada intervenção cirúrgica realizada (de acordo com o artigo 4º).

O artigo 5º determina que é expressamente proibida a comercialização do transplante, sendo que os atos de dádiva, colheita ou intervenções poderão ser remunerados, mas apenas pelo serviço prestado e não como pagamento do valor pecuniário do item transplantado.

No artigo 6º podemos perceber que há uma grande proteção conferida ao doador, principalmente porque este não poderá, em benefício do receptor, sacrificar a própria saúde ou até mesmo a vida<sup>(6)</sup>. O artigo 6º-A cria a EVA (Entidade de Verificação de Admissibilidade da Colheita para Transplante, que será responsável pela decisão da viabilidade da intervenção médica. Mais uma vez demonstra-se a preocupação pelo bem-estar do doador e do receptor, e, esta é demonstrada no diploma legal através do artigo 7º que determina ao médico a obrigação de informar a ambos sobre todos os riscos, inclusive o pós-cirúrgico. Já no artigo 8º, por razões óbvias, o doador poderá identificar o receptor, que parece na nossa opinião acontecer antes da doação, pois a colheita em vida, geralmente, é realizada em benefício de um receptor já conhecido. Há também no referido artigo, a previsão de que se o doador for

menor de idade, mas tiver capacidade de entendimento deve ter sua concordância considerada para ser válida a autorização. A manifestação de doar deverá ser escrita e poderá ser revogada em qualquer tempo (logicamente deve ocorrer antes do ato cirúrgico). O doador deverá ter atendimento médico até estar totalmente restabelecido e caberá aos estabelecimentos autorizados custear e responsabilizar-se pela referida recuperação, celebrando (além de suportar o ônus) com aquele um contrato de seguro, conforme o artigo 9º.

O artigo 10º apresenta um dispositivo legal que, curiosamente, configura-se como a questão mais polêmica entre as legislações brasileira e portuguesa, qual seja: o problema do consentimento<sup>(7)</sup>, pois novamente surge o velho questionamento suscitado pelo decreto 533/76 a respeito da constitucionalidade do pressuposto de obrigatoriedade de declarar-se como não-doador.

O artigo 11º, busca através da criação do RENNDA (Registro Nacional de não doadores) oferecer instrumentos técnicos para que a manifestação de vontade do indivíduo como doador possa ser realizado. No entanto, o RENNDA, na prática, não atingiu até a presente data, o objetivo para o qual fora criado. A colheita em cadáveres gera grandes dúvidas, dentre elas, podemos citar: se a morte cerebral é a que deve ser considerada para o caso de transplante *post mortem*, quem poderá atestá-la ou definir critérios para que o “ocaso” da vida tenha ocorrido? Na verdade o artigo 12º determina, mas apenas teoricamente, que regras serão criadas, no entanto elas ainda não foram definidas em detalhes.

O artigo 13º preconiza que o médico que atestará a morte cerebral não poderá integrar a equipe de transplante, no entanto algum imprevisto

(CRUZ e SERPA, 1996, p. 224-227) poderá acontecer e a solução poderá ser tomada em desacordo com o presente artigo, então o que fazer? Entendemos que a decisão deverá ser tomada com fundamento no interesse social justificado e em benefício da vida.

O princípio da proporcionalidade (abordado no início do presente artigo) relaciona-se exatamente com o artigo 14º quando este aborda que o cadáver deverá ser preservado de mutilações e dilacerações desnecessárias.

O Governo, segundo o artigo 15º, deverá promover campanhas de informação, apelando, principalmente para o sentido de altruísmo do qual deve ser revestido o ato de doar.

Serão aplicados aos infratores, dentro dos princípios do direito, sanções nas áreas penal, civil e disciplinar, de acordo com o artigo 16º.

Vale salientar que a presente lei revogou, como nos informa o artigo 17º, expressamente, o decreto 553/76, o que representou um sinal de democracia, visto que o referido decreto ainda fora redigido sob a influência mais forte do período salazariano<sup>(8)</sup>.

## 5 - PREVISÃO NO DIREITO BRASILEIRO

No ano de 1963 foi criada a lei 4280/63 que data do dia 6 de novembro, no entanto restringia-se, apenas, à doação de córneas do *de cujus*, que deveria manifestar-se através de declaração escrita positiva a respeito da doação, podendo também esta declaração ser prestada *post mortem* através do consentimento do cônjuge ou de parente até o segundo grau, sendo estendida

a permissão também às corporações religiosas e civis que tivessem o falecido como seu participante.

Com o passar do tempo, a pouca abrangência da lei brasileira 4280/63 na resolução de problemas de transplantes, levou à sua revogação pela lei 5479/68, que autorizava no seu texto a doação de órgão e tecidos, inclusive *inter vivos*. Apesar da inovação, a referida lei não foi regulamentada e, conseqüentemente, não aplicada também.

Outra lei brasileira para transplantes seria criada em 1992 (lei 8489/92 de 18 de novembro), no entanto, mais uma vez, não atingiria o objetivo de oferecer um crescimento no número de doações.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 determina no seu artigo 199, § 4º, que haverá legislação específica sobre transplante, o que chegaria a ocorrer com a criação da lei 9.434/97 de 4 de fevereiro, assim como a “Lei do Sangue” (Lei 10.205 de 21 de março). Há também uma previsão no Código Civil de 2002 no artigo 14 que autoriza a disposição do corpo no momento *post mortem*, contanto que seja com fim altruístico. A referida autorização não constava no código anterior (CCB/1.916). Na esteira deste artigo foram criadas duas leis: a primeira refere-se à utilização de cadáver não reclamado, para fins de estudo ou pesquisas científicas<sup>(9)</sup>, enquanto a segunda é a Lei de Transplantes (Lei 9.434/97), que será explorada a partir de agora.

A lei que vigora no Brasil (Lei 9.434/97 de 4 de fevereiro, atualizada pela lei 11.633/07 de 27 de dezembro) foi regulamentada pelo Decreto 2.268 de 30 de julho de 1997 permite doação *intervivos* e *post mortem*. Entretanto, percebemos que o dispositivo legal prioriza o transplante de indivíduos mortos para vivos.

O presente diploma legal determina que a pessoa juridicamente capaz tem o direito de dispor em vida a título gratuito, sem comprometer a própria saúde, órgãos e partes do organismo (referimo-nos, neste caso, aos órgãos duplos), com objetivos terapêuticos ou para transplante ao cônjuge ou parentes com laços de consanguinidade limitado até o quarto grau. No entanto, se não for parente, torna-se imprescindível a autorização judicial (exceto no caso de medula óssea).

A constatação da morte encefálica será condição obrigatória para que ocorra a retirada dos tecidos, órgãos e partes do corpo do falecido. A responsabilidade pela constatação será de dois médicos que não sejam membros da equipe de transplante e estes utilizarão como instrumentos de verificação os critérios da Resolução 1480 de 8/8/97 do Conselho Federal de Medicina.

O artigo 1º da Lei dos Transplantes brasileira determina que os transplantes de órgãos e tecidos, além de outras partes do corpo, deverão ocorrer com gratuidade, excluindo-se da presente lei a doação ou transplante de óvulos, espermatozoides e sangue, pois estes são regulados por lei específica.

Serão autorizados para realizar as *intervenções cirúrgicas necessárias*<sup>(10)</sup> todos os estabelecimentos de saúde (públicos ou privados) e equipes médicas que o SUS (Sistema Único de Saúde) determinar (conforme artigo 2º).

O artigo 3º impõe que a morte encefálica será o parâmetro utilizado para constatação do falecimento. O mais interessante, na minha apreciação, é o relatório que os estabelecimentos de saúde autorizados devem enviar anualmente para o Ministério da Saúde, ou seja, este acompanhamento confere

maior transparência aos atos. O consentimento do doador constante no artigo 4º representou, à época, um dos assuntos mais controvertidos, pois as pessoas eram obrigadas a manifestar-se, em caso de não doadoras, ou seja, o silêncio representava um consentimento presumido. Houve grande discordância entre os juristas também, que, dentre as inconstitucionalidades alegadas, listavam a supressão dos direitos fundamentais, pois até mesmo os despojos do falecido que com os diplomas legais anteriores tinham o destino decidido pela família, com a nova lei seriam geridos pelo Estado. Então, para resolver o impasse, o governo editou a MP 1718 em 1998, que dava à família o poder de decidir no caso da não manifestação (em vida) do falecido. A lei 10.211 do ano de 2001 reforçaria esta posição, conferindo, inclusive à família o poder de decidir pela doação ou não (na doação *post mortem*). Poderá ser autorizada pelos responsáveis dos indivíduos incapazes juridicamente a remoção de material destinado a transplante (artigo 5º), no entanto não poderão ser retirados de cadáveres desconhecidos (indigentes) material a se destinar para transplante, conforme previsão do artigo 6º.

A equipe médica deverá devolver os despojos do cadáver para a família a fim de sepultamento (de acordo com artigo 8º). Vale salientar que neste artigo a intervenção cirúrgica deverá ser precedida de cuidados para manter o corpo devidamente recomposto, ou seja, há uma preocupação com a preservação da dignidade<sup>(11)</sup> do mesmo.

O artigo 9º determina que qualquer pessoa saudável e plenamente capaz juridicamente poderá dispor órgão duplo para transplante, desde que não se configure risco para a sua saúde. O dispositivo legal permite que incapazes sejam doadores desde que seus responsáveis permitam (como no *post*

*mortem*). As grávidas apenas poderiam doar material para transplante de medula óssea, mas com o acréscimo do artigo 9º-A pela lei 11.633/07, ela passou a poder doar também sangue<sup>(12)</sup> do material placentário e umbilical.

De acordo com o artigo 10º, temos agora a preocupação com a figura do receptor, que, em termos de legitimidade, deverá cumprir as mesmas exigências do doador.

As campanhas publicitárias sobre doação de órgãos serão de competência do SUS e deve ser evitada qualquer atitude de propaganda que procure beneficiar particulares. A determinação do artigo 11 visa colocar em pé de igualdade (isonomia) todos aqueles que estejam a esperar por transplante. O artigo 13 foi acrescido de um parágrafo único pela lei 11.521/ 07 de 18 de setembro. Este prevê o ressarcimento aos estabelecimentos não autorizados pelas despesas realizadas com o ato cirúrgico e com o transporte do doador ou do receptor.

Os artigos 14, 15, 16, 17, 18, 19 e 20 tratam das sanções penais e prevêem penas de multa (de 100 a 360 dias-multa) e de detenção e reclusão, podendo estas últimas variar de seis meses a vinte anos. As punições são referentes a atitudes mediante culpa consciente (quando deixar de recompor o cadáver condignamente após a colheita de órgãos) até o dolo (praticar comércio com órgãos humanos).

Os estabelecimentos de saúde e equipes médicas estarão sujeitos a multas e suspensões caso inflijam as determinações da presente lei. Também as agências de publicidade e propaganda, estarão sujeitas a sanções, sendo estas previstas no artigo 59 do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/62 de 27 de agosto).

## **6 - COMPARATIVO ENTRE A LEGISLAÇÃO PORTUGUESA E A BRASILEIRA**

O Brasil teve todo o seu ordenamento jurídico influenciado pela legislação portuguesa desde as ordenações: manuelinas, afonsinas e filipinas; Código de S. Sabastião; dentre outros (SANTOS JUSTO, 2002, 131-158), principalmente na área do direito civil (as ordenações filipinas vigoraram em terras brasileiras até 1916), portanto torna-se evidente que os dispositivos legais sejam também semelhantes.

Os diplomas legais dos dois países encontram muitas semelhanças. Podemos ver que as primeiras leis criadas em ambos datam da década de 1960 (quando os dois estavam sob regime ditatorial). Até mesmo a maior polêmica ocorrida em Portugal sobre a matéria de transplantes relacionava-se com a questão do consentimento, conforme podemos analisar o Acórdão 130/88 do TC (Pedido de Inconstitucionalidade negado do art. 5º da Lei 553/76). Ora, no Brasil, o motivo da maior polêmica contra a lei fora exatamente o mesmo, ou seja, o problema do “consentimento”. Não obstante, fora editada a já mencionada Medida Provisória 1718/98 de 6 de outubro, após se criar um grande confusão entre juristas e sociedade em geral.

Muitos são os aspectos abordados com a mesma ênfase nos dois diplomas legais (na lei portuguesa 12/93 e na lei brasileira 9.434/97). Como exemplo dos que consideramos mais relevantes, podemos citar: a proibição absoluta da comercialização de órgãos, tecidos, ou de qualquer parte do corpo humano; a doação intervivos é permitida, mas abrangerá apenas órgão duplos, além de reservas; a doação prejudicial é revogável; o consentimento do doador

(dador) e do receptor são imprescindíveis, podendo a família intervir na doação *post mortem*; são previstas sanções penais e administrativas; dentre outras semelhanças.

Há algumas discrepâncias, que na verdade, não são tão determinantes para considerar as legislações muito diferentes. Citamos algumas: a lei portuguesa realiza definições no seu supramencionado artigo 1º-A, enquanto a lei brasileira excusa-se de fazê-las; a lei 9.434/97 prevê punições para empresas de propaganda que a desrespeitarem, enquanto a sua correspondente portuguesa é silente; na lei 12/93, o dador (doador) terá a sua identidade preservada perante todos, mas poderá identificar o receptor, já a lei do Brasil não se manifesta a esse respeito; além de outras pequenas diferenças.

## CONCLUSÕES

O princípio da dignidade humana deverá sobrepor-se aos interesses individuais, ou seja, a questão dos transplantes de órgãos tem de ser analisada de forma muito delicada, mantendo, em primeiro lugar, preocupação em conservar os direitos invioláveis da personalidade.

A utilização de cadáveres em experiências (transplantes e outros) são realizadas há muitos séculos<sup>(13)</sup>, sendo, na maioria das vezes, realizada de forma clandestina (LUÍSA NETO, 2004, p. 839), o que talvez tenha motivado a legislação da matéria.

Há diversas desvantagens identificadas na lei brasileira atual, como: ausência de campanhas, que apesar de serem previstas em lei, pouco são veiculadas; há um reduzido número de Unidades de Transplantes; desequilíbrio

entre a pequena quantidade de doadores (dadores) e a elevada cota de pretensos receptores; e as fraudes constantes e recorrentes, como “furar” fila; além do comércio de órgãos<sup>(14)</sup>, que é o problema mais grave. No entanto, as vantagens são bem mais relevantes que as desvantagens. Podemos citar, dentre muitas outras: o favorecimento à evolução da Medicina; possibilidade de cura e tratamento possíveis para muitas doenças, acidentes ou fatalidades da vida; respeito à vida; exercício dos princípios da solidariedade e da dignidade humana; além de outros. Vejamos que desde a criação da lei no Brasil já foram realizados mais de cem mil transplantes<sup>(15)</sup>. Já em Portugal, no ano de 2008, houve, inclusive excedentes de alguns órgãos (corações, pulmões, intestinos e fígados), os quais foram utilizados na Espanha por oferecimento do governo português, conforme informações da mídia eletrônica e televisiva.

Finalizando o presente artigo, concluímos que o estudo realizado a respeito do assunto possibilitou-nos o primeiro acesso direto às obras de grandes civilistas portugueses, além dos grandes doutrinadores brasileiros a serem citados nas referências bibliográficas. Entretanto, por intermédio do estudo realizado, vale enfatizar que muitas dúvidas novas surgem e nos despertam o desejo por novos estudos, movidos, pelo reconhecimento de que “*É importante cultivar a arte da ignorância*” (D’ORS, 1950, p. 901).

## Notas - Citações

- (1) Como eram denominados os *paterfamilias* na Roma Antiga em relação às suas coisas, inclusive perante os escravos, que também eram tidos como *res*.
- (2) Em reportagem televisiva de Domingo, o programa Fantástico apresentou casos de pessoas que modificam o corpo completamente para entrar no Livro dos Recordes. Como exemplo há o “Tiger Man” que modificou o seu corpo através de tatuagens e implantação de diversas próteses no corpo para transformar-se no primeiro homem tigre. Além deste há o caso da mulher que fez o maior implante de silicone nas mamas, além de outras excentricidades, que com o tempo tornam-se acontecimentos socialmente aceitos.
- (3) Na verdade, afirmar que jogadores de futebol são “comprados” ou “vendidos” é uma impropriedade costumeira, pois o que ocorre é um contrato de trabalho, ou como classificamos no direito romano: uma *locatio conductio operarum*.
- (4) A respeito das críticas ao Decreto 533/76, há uma interessante obra: CARTAXANA, Rui, *O Escândalo dos Transplantes* (Edição Foto-Jornal/Lisboa, 1986).
- (5) Segundo IAVOLENUS, no *Digesto*, 50, 17, 202, temos: “*omnis definitio iu iure civili periculosa est*”.
- (6) Como exemplo, citamos “*O caso do transplante de coração*”, no qual o pai deseja doar, em vida, o coração para a filha de 15 anos que se encontra à espera de um transplante. Ver MARLMELSTEIN, George, *Curso de Direitos Fundamentais* (Editora Atlas, São Paulo, 2008) 524-527.
- (7) Em Portugal, o Acórdão do TC nº 130/88 de 8 de junho julgou “impertinente e inadequada” o pedido de reconhecer a inconstitucionalidade do artigo 5º do decreto 553/76. No entanto vale adiantar que, após o referido Acórdão, houve grandes debates entre juristas a respeito do consentimento (que não deveria demonstrar vontade oposta à da família do falecido). Já no Brasil, houve grande celeuma social e jurídica trazida pela lei 9434/97 quanto ao consentimento de retirada dos órgãos no *post mortem* que seria presumido. É editada, pois, a Medida Provisória 1718/98 de 6 de outubro que permitiu à família demonstrar oposição à colheita dos órgãos do falecido.
- (8) Não nos dignamos a fazer juízo de valor a respeito desse período da História Portuguesa, pois quaisquer comentários estariam eivados de vícios oriundos de quem não conhece com tanta profundidade o assunto.
- (9) Referimo-nos à lei 8.501/92 de 3 de novembro.
- (10) O uso do termo em itálico é um neologismo que criamos para desenvolver o trabalho e não tornar-se repetitivo o termo “*A realização de transplantes ou enxertos de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano*” que a lei preconiza.
- (11) Embora alguns teóricos do Direito entendam que a dignidade seja extensiva apenas aos vivos, entendemos que esta se estende ao estágio *post mortem*, pois não se justificaria haver no velório tantas pessoas a desejarem ver o(a) falecido(a) e despedirem-se dele(a) em péssimo aspecto ou com o corpo dilacerado. Portanto a boa imagem física, mesmo depois do evento morte, ainda é importante.
- (12) Neste caso, como já existe uma lei específica (lei 10.205/2001 de 21 de março), acreditamos que o referido acréscimo está deslocado, pois o mesmo deveria estar na “Lei do Sangue”.
- (13) A intervenção dos irmãos Cosme e Damião seria o primeiro transplante realizado, estando inclusive registrado numa pintura de Fra Angélico. Observa-se nesta obra, a transplantação da perna de um etíope morto em benefício de um diácono.
- (14) Importante se faz dizer, que, mesmo em época de OBAMA, percebemos que os Estados Unidos da América são o único país ocidental em que não há expressa proibição de comércio de órgãos. No mesmo sentido: LUÍSA NETO, o. c. 752.

(15) Segundo informações da *Aliança Brasileira pela Doação de Órgãos e Tecidos* em meados de 2008.

### **LISTA DE ABREVIATURAS**

AHDE	Anuário de Historia del Derecho Español
BR	Brasil
CCB	Código Civil Brasileiro
CF/88	Constituição Federal Brasileira de 1988
CONTEL	Conselho Nacional de Telecomunicações - BR
CRP	Constituição da República Portuguesa
EVA	Entid. de Verific. de Admissib. da Colheita para Transplante
EUA	Estados Unidos da América
FDUC	Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
FDUP	Faculdade de Direito da Universidade do Porto
IDCLB	Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro
PT	Portugal
RENDA	Registro Nacional de Não Dadores - Portugal
STF	Supremo Tribunal Federal - Brasil
UT	Unidade de Transplante
TC	Tribunal Constitucional (Portugal)

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco dos Santos, *Direito Civil – Introdução*<sup>5</sup> (Editora Renovar/Rio de Janeiro, 2003);

BODIN DE MORAES, Maria Celina, O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo em INGO SARLET, Wolfgang (org.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. (Livraria do Advogado Editora/Porto Alegre, 2003);

CARTAXANA, Rui, *O Escândalo dos Transplantes*(Edição Foto-Jornal/Lisboa, 1986);

CRUZ, António Oliveira (direcção) e SERPA, Maria Teresa( tradução): *A saúde face aos direitos do homem, à ética e às morais* (Instituto Piaget/ Lisboa, 1996);

CUPIS, Adriano de, *Direitos de Personalidade* (Livraria Morais/Lisboa, 1961);

GONÇALVES LOUREIRO, João Carlos, *Transplantações: Um olhar constitucional*, APUD Coleção Argumentum/9 (Coimbra Editora/Coimbra, 1995);

LEITE DE CAMPOS, Diogo, *O direito e os direitos de personalidade*, em *Nós- Estudos sobre os Direitos da Pessoa* (Edições Almedina/Coimbra, 2004);

LUÍSA NETO, *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo (A relevância da vontade na configuração do seu regime)*, em *Teses e Monografias 5 da FDUP* (Coimbra Editora/Coimbra, 2004);

MAGALHÃES, Sandra Marques, *O valor do corpo humano*, em *Estudos sobre o Direito das Pessoas - Coord. Diogo Leite de Campos* (Edições Almedina/Coimbra, 2007);

MARMELSTEIN, George, *Curso de Direitos Fundamentais* (Editora Atlas, São Paulo, 2008);

MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de Direito Civil I – Parte Geral, tomo III*<sup>2</sup> (Coimbra Editora/ Coimbra, 2004);

MIRANDA, Jorge, *A Constituição de 1976 – Formação, Estrutura, Princípios Fundamentais* (Editora Não Identificada/Lisboa, 1978);

MOTA PINTO, Paulo, *Artigo publicado nos “Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues”* (Coimbra, 2005);

\_\_\_\_\_ e LEITE DE CAMPOS, Diogo, *Direitos fundamentais de terceira geração*, em IVES GANDRA, Silva Martins e LEITE DE CAMPOS, Diogo, *O direito contemporâneo em Portugal e no Brasil* (Edições Almedina/Coimbra, 2003);

SANTOS JUSTO, António dos, *O direito brasileiro: suas raízes históricas*, em *Revista Brasileira de Direito Comparado* (Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro/Rio de Janeiro, 2002) 131-158;

TEPEDINO, Gustavo, *Direitos humanos e relações jurídicas privadas em Temas de Direito Civil* (Editora Renovar/Rio de Janeiro, 1999);

**CHAVES NETO, Raimundo. *Doação de Órgãos e os Direitos da Personalidade*. New York: Lawinter Review, Volume I, Issue 1, March 2010, p. 199/222.**