

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL

**OS TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS E
A TUTELA DA PERSONALIDADE**

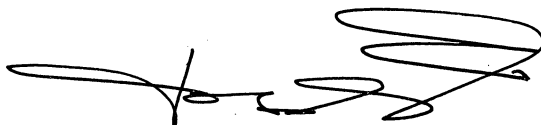
**Tese apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Doutor em Direito das
Relações Sociais. Curso de Pós-Graduação
em Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná.**

**Orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin
Co-orientador: Prof. Dr. Alberto J. Bueres**

CURITIBA

1997

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito das Relações Sociais. Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.



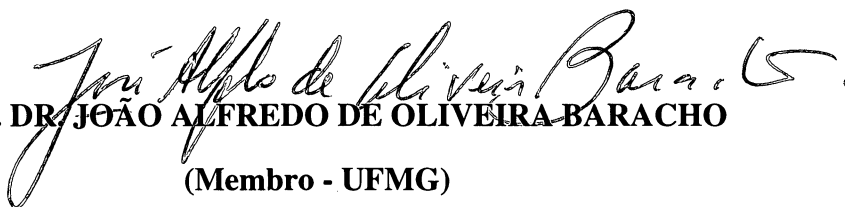
PROF. DR. LUIZ EDSON FACHIN

(Orientador - UFPR)



PROF. DR. ALBERTO J. BUERES

(Co-Orientador UBA)



PROF. DR. JOÃO ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO

(Membro - UFMG)



PROF.ª DR.ª MARIA CELINA BODIN DE MORAES

(Membro - UERJ)



PROF. DR. EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE

(Membro - UFPR)

In Memoriam

Prof. Francisco José Ferreira Muniz

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	2
CAPÍTULO 1 - O CORPO HUMANO E A FORMAÇÃO DO DIREITO MODERNO	9
1.1 A LIBERDADE, O DIREITO SUBJETIVO E OS DIREITOS SUBJETIVOS.....	9
1.2 A LENTA CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E O ESGOTAMENTO DA PROPOSTA MODERNA	27
CAPÍTULO 2 - DE CORPORE JUS: GARANTIA E PROTEÇÃO	47
2.1 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A ESSENCIALIDADE DO DIREITO À VIDA	47
2.2 DA INTANGIBILIDADE DO SUJEITO AO DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA.....	69
CAPÍTULO 3 - AS FRONTEIRAS DA LIBERDADE: DAS DISPOSIÇÕES CORPORAIS AOS TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS	83
3.1 O DIREITO À DISPOSIÇÃO CORPORAL: AUTONOMIA E SOLIDARIEDADE.....	83
3.1.1 As Disposições em Vida: O Individual e o Coletivo.....	84
3.1.2 As Disposições <i>Post Mortem</i> : O Dom da Vida.....	98
3.2 O ESPAÇO NORMATIVO BRASILEIRO: A SINGULARIDADE DAS SOLUÇÕES LEGISLATIVAS	103
3.2.1 Antecedentes Legislativos e Contornos Constitucionais.....	103
3.2.2 Limites Conceituais e Perfil Administrativo	112
CAPÍTULO 4 - OS ATOS DE DISPOSIÇÃO CORPORAL COM FINS TERAPÊUTICOS E SEU REGIME JURÍDICO ESPECIAL	129
4.1 REQUISITOS COMUNS AOS ATOS DE DISPOSIÇÃO CORPORAL EM VIDA E COM EFICÁCIA <i>POST MORTEM</i>	129
4.1.1 Manifestação da Vontade ou Consentimento.....	129
4.1.2 Gratuidade	139
4.1.3 Subsidiariedade e Necessidade.....	143
4.1.4 Capacitação da Equipe Médica e Autorização do Hospital	146
4.2 REQUISITOS ESPECÍFICOS DOS ATOS DE DISPOSIÇÃO EM VIDA	148
4.2.1 Consentimento Informado.....	148

4.2.2 Requisitos Específicos Relativos aos Sujeitos e ao Objeto.....	153
4.3 REQUISITOS ESPECÍFICOS DOS ATOS DE DISPOSIÇÃO CORPORAL COM EFICÁCIA <i>POST MORTEM</i>	156
4.3.1 Determinação do Momento da Morte	156
4.3.2 Requisitos Específicos em Relação aos Sujeitos e ao Objeto	158
CONCLUSÕES E PROPOSIÇÕES	162
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	168

INTRODUÇÃO

INTRODUÇÃO

A célebre passagem do Mercador de Veneza de Shakespeare, em que uma libra de carne humana é exigida em garantia de uma dívida,¹ tem sido utilizada pela doutrina jurídica para introduzir a temática sobre o corpo humano e o Direito.²

Shakespeare escolhe como personagens um nobre e um homem de negócios e como cenário a República de Veneza, no Renascimento. As escolhas do autor, deliberadas ou não, suscitam a lembrança de que naquela época e naquela República forjava-se parte da experiência e do pensamento político, que iriam marcar a organização da vida em sociedade e do Direito Ocidental, até nossos dias.³

Essas escolhas são significativas, pois somente na Veneza renascentista e republicana, divorciada dos limites morais impostos pelo catolicismo medieval, seria possível, ainda que a título de brincadeira, enunciar tal proposta.

¹Faz-se referência, aqui, à passagem do final do primeiro ato da comédia *O Mercador de Veneza*, de Shakespeare, em que Shylock propõe ao jovem Antônio a seguinte caução pelo empréstimo de três mil ducados : “ Pois desejo provar-vos esta generosidade. Vinde comigo a um notário, lá assinareis simplesmente uma caução. E, por brincadeira, será estipulado que, se não pagardes em tal dia, em tal lugar, a soma ou as somas combinadas, a penalidade consistirá numa libra exata de vossa bela carne, que poderá ser escolhida e cortada de não importa que parte de vosso corpo que for de meu agrado.” (SHAKESPEARE, William. Comédias. v. II: Peças Finais. In: **Obra completa**. Nova versão, anotada, de F. Carlos de Almeida Cunha Medeiros e Oscar Mendes. Rio de Janeiro : Nova Aguilar, 1988. p.450).

²Nesse sentido, entre outros, Juan ESPINOZA (Nouve frontiere degli atti di disposizione del corpo. **Revista de Direito Civil**, Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo, n.74, p.19-20, out./dez. 1995), María Teresa Bergoglio de Brouwer KONING e María Virginia Bertoldi de FOURCADE (**Trasplantes de órganos**. Buenos Aires : Hammurabi, 1983. p.16).

³A afirmação diz respeito, sobretudo, ao pensamento político de Maquiavel, precursor da modernidade, ao defender uma separação entre moral e política baseada na experiência das Repúblicas da Península Itálica, para chegar a uma ética da política, conforme assinala Newton Bignotto : “ O que ele mostra é que nas fronteiras do político, lá onde a ética e a religião fracassam, continua a existir uma forma de governo que conserva elementos fundamentais de todas as outras. Tanto quanto Platão, ele é cético quanto à possibilidade de recuperar-se um povo que se corrompeu totalmente, mas não deixa de ver, partindo do exemplo das cidades italianas de seu tempo, que lá onde os valores não contam mais, continua a existir uma sociedade política. Maquiavel aponta os limites da ética cristã mostrando que ela é incapaz de guiar os homens na construção de uma república virtuosa.” (BIGNOTTO, Newton. *As fronteiras da ética: Maquiavel*. In: NOVAES, Adauto (Org.). **Ética**. São Paulo : Companhia das Letras, 1992. p.125).

Para chegar ao espaço das praças venezianas, a reflexão teórica moderna sobre o corpo humano já iniciara sua longa caminhada. Primeiro, foi necessário cortar a ligação espaço-temporal do homem com a divindade.⁴ Depois, em um universo ainda povoado por senhores e mercadores, os filósofos haviam identificado, dentre as faculdades próprias do homem, o domínio sobre um conjunto de coisas - entre elas encontravam-se a vida e os membros de seu corpo.⁵

A abertura filosófica inicial se aprofundou para chegar à distinção entre corpo vivo e corpo morto, permitindo que o cadáver liberto de sua sacralidade tradicional se tornasse objeto da ciência e da arte profana, antes de se tornar objeto das relações jurídicas.

A utilização do corpo humano vivo permanecia, entretanto, protegida pelas vedações e sanções penais, porque não se vislumbrava, ainda, a possibilidade concreta de se dissociar o homem das partes do seu corpo.

Somente o desenvolvimento das ciências biomédicas, neste século, é que vai, finalmente, quebrar a unidade entre homem e corpo, e ensejar a disposição voluntária de elementos antes indissociavelmente ligados ao sujeito.

Essa quebra da integralidade corpórea deu novo alcance às relações intersubjetivas e fez com que o Direito voltasse a se preocupar com a temática da liberdade do homem sobre seu corpo.⁶ A retomada dessas preocupações jurídicas se

⁴ Pela primeira vez, o homem se concebe separado da totalidade representada por Deus, “[...] surge a doutrina dos dois mundos, o meramente humano e sensível contraposto ao dos deuses, hierarquizados como o inferior e o superior. O burguês aparece como o grande artífice do desmoronamento dessa doutrina através do denodado estabelecimento do homem neste mundo, prestamente destituído de qualquer forma de dependência em relação a um suposto mundo superior.” (BORNHEIM, Gerd. O sujeito e a norma. In: NOVAES, op. cit., p. 249-250).

⁵ Grocio e outros filósofos da Escola Jusnaturalista iniciaram a formulação da idéia do corpo como propriedade do sujeito, embora não o admitissem como coisa externa ao sujeito, pois integrava o núcleo de suas faculdades. (BUCKLE, S. **Natural law and theory of property** : Grotius to Humme. Oxford : Clarendon, 1991. p. 168-169).

⁶“Con la nueva disección (‘disociación’) biomédica del cuerpo humano se genera una crisis profunda de la persona si no la disolución del sujeto. Dos posiciones filosóficas enfrentan el desafío. Una es la del retorno radicalizado al dualismo antropológico, en virtud de que la realidad del cuerpo se desprende de la persona para hacerse cosa entre las cosas, objeto reemplazable, útil o instrumento, y el yo se reduce al pronombre posesivo *mío*, sujeto abstracto del derecho sobre su cuerpo como propietario de un bien disponible.” (MAINETTI, José. Alberto. Fenomenología de la intercorporeidad. **Cuadernos de Bioética**, Buenos Aires, año 1, n.0, oct. 1996. p. 74).

fez com base em fundamentações que não incluíam os elementos contemporâneos pertinentes a essa discussão.

Nas relações entre o Estado e os sujeitos, a liberdade dos modernos logo se mostrou insuficiente para assegurar ao homem até mesmo a vida e a integridade física. Na disposição de materiais extraídos do corpo humano, inicialmente realizada sob forma de doação, verificou-se, posteriormente, sua mediação por coisas que não possuem a mesma natureza física, mas que se pretendem cambiáveis tomando por base um valor econômico.

Para dar respostas equilibradas à liberdade e proteção corporal, o Direito tem esgrimido com fantasmas do século XVIII e XIX, e buscado um *ethos* que corresponda às necessidades dos tempos atuais e que possa representar o direito ou os direitos da personalidade.⁷

A experiência histórica da primeira metade deste século fez com que o início dessa longa viagem fosse interrompida, para ser retomada mais tarde, não mais em companhia do individualismo que tudo pode, como no Mercador de Veneza, nem orientada pela obediência cega às normas do Leviatã, que se forjou sob as asas da República, mas que esqueceu seus formadores.

As derivações da História recente renovaram as desigualdades e desníveis entre sociedades e homens, e permitiram a sobrevivência de uma *cives*, onde, para a maioria dos cidadãos, a cidadania passou a significar, também o urgente respeito ao corpo, em suas expressões íntima e pública.

⁷Para entender el actual debate bioético sobre la propiedad el cuerpo se precisa una aproximación historia al problema, pues aquel se presenta como recapitulación y síntesis de sucesiva y diferentes doctrinas. Para la doctrina clásica occidental o personalista (resultado de la filosofía griega, el derecho romano y la religión cristiana, y que perdura hasta el siglo XVII), el hombre no es el propietario, sino el administrador de su cuerpo, em principio inviolable e indisponible. Para la doctrina moderna liberal (según sus históricos anglosajones como J. Locke y D. Hume) el individuo es propietario de su cuerpo, propiedad natural del hombre en la apropiación de bienes, y por tanto violable y alienable, vendible. Para la doctrina socialista de los siglos XVIII y XIX (romanticismo, socialismo utópico positivo), la sociedad es la propietaria del cuerpo, que es violable pero no alienable, no vendible en cuanto bien público o común. Estas tres doctrinas tercian hoy en el debate sobre la propiedad corporal. Para el caso los trasplantes, conforman los respectivos principios del don como símbolo personal, la autonomía como lógica del mercado, y a participación como solidaridad social. Respecto del patrimonio genético, éste se divide en propiedad del individuo (células somáticas) y de la especie (células sexuales). (MAINETTI, José. Alberto. Op. cit., p.75)

A análise teórica contemporânea inclui, por tudo isso, a retomada crítica do passado quase mítico da modernidade⁸, para nele encontrar vestígios olvidados pelo Direito, mas sensíveis às dimensões da condição humana.⁹

No espaço da sociedade brasileira, as conquistas da ciência vêm sendo absorvidas rapidamente, porém quase sempre desacompanhadas das reflexões éticas presente nos países desenvolvidos. A legislação sobre transplante de órgãos, em especial, torna-se constantemente defasada, por não conseguir agregar a sua fundamentação as noções éticas que permeiam o perfil atual dos direitos da personalidade.¹⁰ O ambiente jurídico nacional ressentiu-se, também, da ausência de discussão aprofundada desses direitos pelo Poder Judiciário.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, recepciona, em parte, as preocupações do jurídico com a ética do corpo, mas também não logra definir, completamente, o sentido e alcance da proteção dos direitos da personalidade, em sua feição fundamental.

Essas reflexões e realidades constituíram a motivação pioneira do desenvolvimento deste estudo. A compreensão do processo de elaboração jurisprudencial e doutrinária dos direitos da personalidade e sua tradução legislativa, e a análise da recente

⁸ MATOS, Olgária C. F. **Escola de Frankfurt** : luzes e sombras do Iluminismo. 3. ed. São Paulo : Moderna, 1993. p. 18-23.

⁹Dentre os juristas que iniciam, no pós-guerra, a revisão crítica dos textos jurídicos fundantes da modernidade encontra-se Michel Villey, conforme registra François RIGAUX (op. cit., p. 53-54). O método crítico do estudo do Direito, com algumas variações, aponta para a interdisciplinariedade, como defende Villey: “ Contre l’histoire positiviste, le temps est venu de redécouvrir la dépendance congénitale des sciences juridiques par rapport aux ontologies et représentations du monde inventées par des philosophes. Furent confrontés à différents ouvrages de droit les philosophies d’Aristote - des Pères de l’Eglise chrétienne - le nominalisme d’Occam - le néo-stoïcisme chrétien dont au début des temps modernes fut imprégnée la jurisprudence humaniste [...]” (VILLEY, Michel. **La formation de la pensée juridique moderne**. Nouvelle éd. corr. Paris : Montchretien, 1975. p. 1).

¹⁰ Merecem referência, no panorama jurídico brasileiro, a posição teórica e os trabalhos dos Professores José Lamartine Corrêa de Oliveira LIRA e Francisco José Ferreira MUNIZ, em especial, o trabalho apresentado por ocasião da VII Conferência Nacional dos Advogados do Brasil, em maio de 1978, sob o título, **O estado de direito e os direitos da personalidade**, em que postulam uma revisão crítica da categoria ‘direitos da personalidade’ e apontam para a importância do seu exame à luz das normas internacionais de proteção dos direitos humanos, sob a ótica da dignidade da pessoa humana. Esse Ensaio é o principal marco teórico que impulsionou a elaboração desta investigação.

legislação sobre disposições corporais voltadas à utilização terapêutica, em transplantes de órgãos, conformam os principais objetivos da investigação.

O fio condutor da pesquisa constitui a tentativa de descobrir entre as várias percepções jurídicas os instrumentos adequados à promoção do equilíbrio entre liberdade e proteção do sujeito e de seu corpo. Esse percurso conduziu à necessária comparação entre conceitos e noções gerais, construídos fora do espaço nacional, com as normas constitucionais e legais produzidas pela experiência legislativa brasileira.

Como ponto de partida, são revisitadas, tematicamente, algumas categorias conceituais do Direito moderno, tais como direito subjetivo e liberdade. Busca-se com isso, o entendimento das raízes do desequilíbrio dos termos da equação jurídica relativa ao sujeito e seu corpo. O suporte teórico vem definido pela teoria crítica da Filosofia e do Direito.

Em seguida, a existência e o corpo humano em seus vários aspectos são examinados sob o ângulo dos direitos da personalidade. Aí se revelam a convivência e as contradições entre as várias formulações doutrinárias a respeito desses direitos. A vida e a integridade física, em especial, descortinam os horizontes do Direito para os limites éticos. No direito à disposição corporal, a autonomia e a autodeterminação do sujeito se afirmam, mas se conformam às finalidades socialmente aceitas e juridicamente lícitas.

Na seqüência, é analisada a relação entre a sociedade brasileira e as políticas legislativas, referentes aos transplantes de órgãos e disposições corporais. Evidencia-se aí o descompasso entre ciência, mentalidade social e legislação, bem como o tratamento fragmentário dessas questões pelo Direito nacional. A valoração que impulsiona a legislação nacional oscila entre a tradição e a modernidade.

Por último, é realizado o exame dos requisitos gerais e específicos exigidos pela legislação brasileira para os atos de disposição corporal com fins terapêuticos e seu enquadramento nos contornos atuais dos direitos da personalidade. Nesta seção, o ineditismo da recente legislação especial analisada está apta a provocar novas e instigantes indagações jurídicas.

Situado entre a matriz comum do direito continental europeu e a especificidade do direito brasileiro, o estudo recolhe as perplexidades do nosso tempo. O rompimento das fronteiras nacionais e as novas possibilidades, continuamente oferecidas pela Ciência para seccionar o vínculo entre o homem e seu corpo, acentuam a complexidade do tema e colocam os juristas contemporâneos diante de conclusões provisórias e parciais. Invertendo-se o tempo histórico da fábula de Shakespeare, poder-se-ia pensar que o jovem aristocrata não pagou a dívida, o agiota exigiu a caução e, por lá, não havia passado nenhum filósofo jusnaturalista para resolver o problema.

CAPÍTULO 1

O *CORPO HUMANO*

E A FORMAÇÃO DO DIREITO MODERNO

CAPÍTULO 1

O CORPO HUMANO E A FORMAÇÃO DO DIREITO MODERNO

1.1 A LIBERDADE, O DIREITO SUBJETIVO E OS DIREITOS SUBJETIVOS

A compreensão da maioria dos problemas atualmente enfrentados no tratamento jurídico do corpo humano depende, em grande parte, do entendimento do modo específico de formação, desenvolvimento e utilização do Direito, no âmbito da modernidade.¹¹

Com efeito, o debate jurídico atual retoma a discussão moderna sobre a ligação e submissão do corpo ao sujeito e lhe acrescenta elementos de complexidade oferecidos pelas ciências biomédicas, neste século.

Antes de se investigar as concepções jurídicas contemporâneas sobre a regulação das manifestações corpóreas do homem e da atuação dos sujeitos sobre elas, cabe examinar as implicações que as várias alterações de significado dos termos direito subjetivo e liberdade tiveram sobre essas questões.¹²

¹¹A História e a Filosofia definem o termo *moderno*: “ No sentido técnico, oposto a *medieval* (e algumas vezes, em sentido inverso, a *contemporâneo*): a “história moderna” é a história dos fatos posteriores à tomada de Constantinopla em 1453; a “filosofia moderna” é a do século XVI e dos séculos seguintes, até os nossos dias.” (LALANDE, André. **Vocabulário técnico e crítico da filosofia**. Trad. Fátima Sá Correia, Maria Emília V. Aguiar, José Eduardo Torres e Maria Gorete de Souza. São Paulo : Martins Fontes, 1996, p. 693). Já a *modernidade* significa o conjunto de idéias e propostas políticas levadas a efeito nesse mesmo período histórico, que tem “[...] como ingredientes principais os conceitos de universalidade, individualidade e autonomia”, decisivos para a construção do Direito contemporâneo. (ROUANET, Sérgio Paulo. **Mal-estar da modernidade**. São Paulo : Companhia das Letras, 1993. p. 9).

¹² Trata-se de realizar uma aproximação crítica das categorias clássicas da Teoria Geral do Direito Civil, para explicá-las em sua relação com as do Direito Público e com as exigências sociais, sem que isso signifique apenas a revisão histórica de tais conceitos, ou a busca de uma nova definição de suas categorias, como sugerem, especialmente, Luigi FERRAJOLI (Il diritto privato del futuro : libertà, poteri e garanzie. In: **Il diritto privato futuro**. Napoli : Università degli Studi di Camerino, 1993. p.13-30), Nicolo LIPARI (Diritti fondamentali e categorie civilistiche. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, anno 42, n. 4, p. 413-426, lugl./ago. 1996), Pietro PERLINGIERI (**Perfis do Direito Civil** : introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1997. p.121-122) e François RIGAUX (**La vie privée une**

A reapropriação do sentido desses termos implica, inclusive, a redefinição, pelo Direito, das posições jurídicas dos sujeitos em relação a seu corpo, que são ora apresentadas como uma liberdade, ora como um direito subjetivo.

Convém, inicialmente, assinalar que, no final da Idade Média, o significado filosófico do termo direito subjetivo se aproximava daquele atribuído à liberdade; ambos diziam respeito às qualidades inatas e essenciais ao homem, que o distinguiam dos demais seres.¹³

O direito subjetivo, conforme exposto por Guilherme D'Occam,¹⁴ consistia no *prius* lógico de todos os demais direitos e faculdades (*facultas moralis*), ou poder especial de que todo homem é dotado para decidir livremente a respeito dos aspectos terrenos de sua existência, em virtude de sua descendência divina.

A percepção do homem como ser único, portador de certa liberdade inata, diante dos desígnios do Criador, passou a orientar grande parte do pensamento cristão, a partir da Alta Idade Média.¹⁵ O movimento teológico-filosófico com essas características básicas é denominado de jusnaturalismo cristão, especialmente por seus amplos reflexos sobre a formação da teoria jurídica moderna.

liberté parmi les autres? Bruxelles : Larcier, 1992. p.1-227).

¹³O Professor José de Oliveira BARACHO identifica com a expressão “teoria da liberdade” com a investigação sobre a liberdade como direito inato, com fundamento no Direito Natural e sua importância na concepção do Estado Moderno. (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania** : a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais. São Paulo : Saraiva, 1995. p.5).

¹⁴“Or, la philosophie d’Occam s’accompagne accessoirement (occasionnée par la querelle de la pauvreté et sans que l’auteur se fût informé de la science juridique romaine) déjà d’une doctrine du droit. La pièce capitale y est le pouvoir attaché à l’individu, véritable droit subjectif. Signe de ce “pouvoir absolu” qui est l’appartenance de Dieu, mais que Dieu partiellement confère à l’homme, fait à son image. N’était que pour ce théologien tout droit de l’homme demeure suspendu à la loi divine, déjà le vocabulaire moderne des droits subjectifs (et ses suites, le contrat social, la source contractuelle du pouvoir et de la législation humaine) est présent chez Guillaume d’Occam: conséquence du nominalisme, de cette philosophie dans laquelle Hobbes sera formé.” (VILLEY, Michel. **La formation...** p.653).

¹⁵Michel VILLEY adverte que a noção de indivíduo desenvolvida pelos teólogos do catolicismo, com base na tradição cristã medieval, ainda vinha marcada pela ligação do homem com Deus, e a concepção do indivíduo como ser independente, separado de toda ordem social, só vai se completar com o pensamento laico moderno. (VILLEY, Michel. **Philosophie du droit** : définitions et fins du droit. Paris : Dalloz, 1975. p.150). (LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos** : um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo : Companhia das Letras, 1988. p.38-39).

As contingências políticas, que levaram à progressiva ruptura das sociedades européias com o domínio religioso e secular da Igreja Católica, a partir do século XIV, deslocaram o eixo da compreensão do direito subjetivo de sua matriz teológica, para identificá-lo não mais na relação existente entre o homem e Deus, mas entre o sujeito e a sociedade politicamente organizada.¹⁶

Para o ideário político moderno, a liberdade surgia como um atributo natural, imanente a todo homem, que o movia na busca de um modo de organização da vida em sociedade, capaz de lhe assegurar a paz e a felicidade. Reconhecer essa felicidade humana implicava, inclusive, admitir a oposição a qualquer ordem política e jurídica preestabelecida. A liberdade, nessa perspectiva, era uma faculdade natural, decorrente da capacidade singular de todos os seres humanos de julgar e decidir a respeito de seus interesses individuais, sem qualquer condicionamento religioso ou social.

O pensamento filosófico que defendia esse conjunto de idéias básicas é denominado de jusnaturalismo racionalista e vai fornecer as bases teóricas para a organização política das sociedades européias modernas. Os filósofos desse movimento divergiam sobre aspectos da maior ou menor independência e inviolabilidade do poder do indivíduo em relação aos limites morais de justiça (*jus*), ou em relação à autonomia individual perante o poder político. Havia, porém, uma certa uniformidade, entre eles, a respeito da moralidade e necessidade de o poder individual ser exercido sobre determinadas coisas. Vale dizer, majoritariamente, admitiam a apropriação individual dos bens da natureza.

Para Grócio, por exemplo, o homem, além de manter a posse sobre as coisas, poderia, também, defendê-la moralmente perante a autoridade e demais sujeitos. O

¹⁶A passagem do feudalismo para o capitalismo compreende uma série de transformações econômicas e sociais, que se acentuam a partir do século XVII, conforme registra José Eduardo FARIA: “ En el siglo XVII con la secularización del conocimiento y en el siguiente con la aparición de la revolución industrial, el orden político-institucional de la aristocracia fue perdiendo energía y eficacia mientras una burguesía mercantil emergente exigía dispositivos formales capaces de establecer equilibrios duraderos entre el poder del Estado y la libertad de los ciudadanos, entre el poder central y los poderes locales.” (FARIA, José Eduardo. Virtudes y dilemas del constitucionalismo en la economía globalizada. In : **Analisis**, p.11-12).

domínio, portanto, constitui *iura inata* ao indivíduo. Mais tarde, no século XVII, Locke afirma existir um núcleo de faculdades naturais do homem, composto de coisas (*suum*) que lhe são próprias, revelando o poder de administrá-las, dispô-las e defendê-las, pois estão sob o seu domínio. Entre as coisas componentes desse núcleo estão o direito à obtenção de meios naturais necessários à preservação da vida, o corpo e seus membros.¹⁷

A razão e a liberdade humanas, além de impulsionarem o homem a perseguir o estabelecimento de uma forma de organização social ajustada às necessidades individuais, forneciam-lhe o poder de estabelecer um pacto de convivência com os demais, o que significa dizer que a liberdade política se traduzia em poder jurídico necessário à subscrição de um contrato social.¹⁸

A exposição do conjunto das teses modernas vinha apoiada em demonstrações lógico-formais, como exigência da racionalidade natural dos homens, que passou a ocupar o lugar da fé, como fundamento do direito constituído.¹⁹

Superada a fase inicial de afirmação política e jurídica do indivíduo e de estabelecimento da organização contratual da sociedade, a liberdade em seu sentido original de poder natural imanente e fundante perdeu sua importância teórica e prática e, segundo as formulações da doutrina publicista do século XVIII,²⁰ passou a significar

¹⁷BUCKLE, S. **Natural** law and theory of property : Grotius to Humme. Oxford : Clarendon, 1991. p.168-169.

¹⁸O jusnaturalismo racionalista se expressava, no plano político, sob forma de liberalismo, postulando a “liberdade de ação no espaço público”, como consequência da autonomia. Já o contratualismo é a idéia defendida por Rousseau, que “[...] considerava insuficiente proteger o cidadão contra o governo: era necessário que ele contribuísse para a formação do governo ou, mais radicalmente, fosse ele próprio o governo.” (ROUANET, op. cit., p.17).

¹⁹ “É, por isso, correcto identificar como cerne da recepção a transição do direito tradicional para o direito escrito, de um achamento da solução jurídica impressionista para um outro de tipo lógico-conceitual : o que constitui a expressão histórico-jurídica da evolução da sociedade de um viver a partir de uma relação não reflexiva com a realidade para um atuar na base de uma consciência lógico-racional. A recepção constituiu um processo de modernização que não se restringiu à Alemanha e que não teria necessitado forçosamente da mediação do direito romano – de forma semelhante, de resto, ao que acontece com o advento do jusracionalismo, no séc. XVIII tal como se torna patente através de um relance sobre a evolução do direito anglo-saxônico.” (WIEACKER, Franz. 2.ed. História do direito privado moderno. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. p.250-251).

²⁰Conforme FERRAJOLI, **Il diritto...**, p.16.

o conjunto de liberdades remanescentes, mantidas pelo sujeito, após o livre estabelecimento do Estado de Direito.²¹

A liberdade aparece associada, a partir de então, às “liberdades públicas fundamentais” de proteção do indivíduo contra o Estado ou, ainda, aos “direitos subjetivos públicos” de conteúdo negativo, que estabelecem o dever de abstenção do Estado de Direito, em relação a certas atividades que expressam o exercício da liberdade do sujeito. Abandonava-se, pouco a pouco, a liberdade natural em benefício da liberdade institucionalizada, vale dizer, limitada pela lei.

Note-se, ainda, que dentre as liberdades públicas incluía-se a liberdade de apropriação individual dos bens da natureza, que aparece sob a forma de garantia ao direito de propriedade. “Garantia-se assim o tráfego jurídico e a propriedade privada, esta considerada como expressão da liberdade e da personalidade humanas.”²²

A liberdade de apropriação, uma vez assegurada pelo Estado, preconizava, também, que pudesse ser mantida e exercida pelo indivíduo perante os demais sujeitos. Para tanto, a ordem jurídica deveria atribuir ao sujeito um poder oponível aos demais. Desse modo tanto o Direito inglês quanto o Direito continental europeu, com variações de forma e conteúdo, admitiram o direito ou liberdade fundamental de propriedade individual.²³

No Direito inglês, a distinção teórica entre liberdade e direito subjetivo vai ocorrer com menor intensidade, em virtude da mediação realizada entre eles pela equidade (*equity*), que, inicialmente, era um dos critérios de decisão judicial e vinha

²¹O Estado de Direito, na perspectiva do contratualismo clássico, do século XVIII, pode ser definido como “[...] um Estado fundado e limitado pelo Direito, numa acepção em que *limitação do Estado* não se distingue claramente de *limitação do Monarca* com a subordinação do Executivo ao Legislativo e em que *limitação pelo Direito* se confunde com *império da lei* emitida pelo Parlamento.” (NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito** : do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra : Coimbra, 1987. p.35-36).

²²TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. p. 3. (No prelo).

²³No Direito inglês, ao contrário do Direito continental, o poder individual sobre as coisas sofre graduações, mas é assegurado ao indivíduo uma ação para defender o interesse específico do sujeito sobre a coisa. (DAVID, René. **O direito inglês**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo : Martins Fontes, 1997. p. 97-99).

associada não à lei (*law*), mas à Justiça Natural (*Natural Justice*).²⁴

Assim, o direito subjetivo (*right*) poderia decorrer apenas da sua relação com a lei (*law*), mas também poderia ser visto como uma liberdade (*liberty*), como se depreende da sentença: “Eu tenho um direito (isso quer dizer que sou livre ou estou em liberdade) para fazer o que desejar a meu respeito.”²⁵ A liberdade, contudo, perde parte de sua força política transformadora, para permanecer enclausurada no sujeito e sua vontade.

Como se percebe, a transposição dos termos direito subjetivo e liberdade de sua origem filosófica e política, para sua apreensão jurídica pelo Estado de Direito, resultou em uma redução de seu sentido inicial e em uma especificação de seu significado, modificando-se segundo sua aplicação às relações do sujeito com o Estado, ou com os demais indivíduos.

De qualidades essenciais do homem, para ambas as vertentes do jusnaturalismo (cristã e racionalista),²⁶ a liberdade e o direito subjetivo passaram a significar, respectivamente, liberdades públicas específicas do indivíduo contra o Estado, e poder jurídico de oposição entre os sujeitos, com referência à matéria-prima apropriada e utilizada individualmente.

O direito subjetivo e a liberdade, imanentes ao homem, apareciam, portanto, não mais em seu sentido natural e unitário, mas fragmentados e vinculados a uma ordem jurídica socialmente construída. A lei define a liberdade,²⁷ tal como se encontra inscrito nos documentos jurídicos da matriz francesa do jusnaturalismo racionalista e contratualista.

²⁴DAVID, op. cit., p. 8-10.

²⁵“I have a right (that is to say, I am at liberty) to do as I please with my own.” (IONESCU, Octavian. **La notion de droit subjectif dans le droit privé**. Deux. éd. rev. et augm. Bruxelles : Bruylant, 1978. p.147).

²⁶“Direitos inatos, estado de natureza e contrato social foram os conceitos que, embora utilizados com acepções variadas, permitiram a elaboração de uma doutrina do Direito e do Estado, a partir da concepção individualista de sociedade e da história, que marca o aparecimento do mundo moderno. São estes conceitos os que caracterizam o jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII, que encontrou o seu apogeu na Ilustração.” (LAFER, op. cit., p.38).

²⁷“La loi est la définition même de la liberté. Etre libre, c’est agir selon les lois. L’Encyclopédie définit la liberté civile comme ‘le droit de faire tout ce que les lois permettent’;” (HEYMANN-DOAT, Arlette. **Libertés publiques et droits de l’homme**. Paris : L.G.D.J., 1992. p.14).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, precedida das Declarações de Direitos norte-americanas,²⁸ em seu artigo 2º, expressa, juridicamente, o pensamento filosófico a que se filia, nos seguintes termos: “O fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Estes direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.”²⁹

O próprio título da referida Declaração é significativo, pois pretende englobar duas categorias, o homem e o cidadão, para unificá-las na categoria de sujeito de direito. Os direitos concedidos a todos os homens apresentam-se como naturais e portanto universais, mas, quando especificados, vêm mediados pela noção de cidadão e referidos a uma ordem jurídica particular.³⁰

A liberdade e a resistência à opressão³¹ são mantidas como qualidades reconhecidas ao homem, que precedem a ordem jurídica por ele fundada. A segurança é uma garantia do cidadão e requer a concessão de poderes de vigilância ao Estado, com a finalidade de manter a paz e evitar o retorno ao *estado da natureza* anterior à formação do Estado de Direito.³² Os poderes estatais pretendem impedir que os indivíduos, na luta pela

²⁸Com base no mesmo pensamento filosófico, as Cartas de Direito (*Bill of Rights*) das treze colônias norte-americanas foram elaboradas entre 1776 (Virgínia) e 1780 (Massachusetts).

²⁹ MARTINEZ, Pedro Soares. **Textos de Filosofia do Direito**. Coimbra : Almedina, 1993. p.202-203.

³⁰ “On sait d’autre part les attaques lancées par Marx contre le pseudo-universalisme des droits de l’homme de la Révolution bourgeoise. Ils furent constitués de libertés ‘formelles’: formellement égales pour tous, mais substantiellement profitables aux riches. Proclamer le caractère sacré de la propriété, et le droit de contracter librement, fut un moyen de précipiter le grand nombre dans la pauvreté et la dépendance à l’égard des capitalistes. Dans l’école libérale moderne, on n’a pas manqué de discours en faveur de l’égalité, mais qui ont servi principalement à substituer une classe à l’autre de privilégiés. Sous couleur d’accorder à tous de satisfactions infinies, le système joue exclusivement pour l’avantage de *quelques uns*. Il est impossible d’attribuer aucun droit subjectif aux uns si ce n’est au détriment des autres.” (VILLEY, *Philosophie du droit...*, p.167).

³¹ LAFER demonstra como o “[...] direito à resistência foi inicialmente consagrado nas Declarações do século XVIII, mas desapareceu posteriormente do Direito Positivo, pois a expectativa, contemplada pelo paradigma da Filosofia do Direito, era no sentido de que a positividade, pelo Direito Constitucional, de importantes instrumentos destinados a evitar o abuso do poder seria suficiente para impedir a opressão.” (LAFER, op. cit., p. 24).

³² Carlos Nelson COUTINHO descreve, com base nos filósofos do liberalismo clássico, a mediação dos conflitos pelo contrato social que, conseqüentemente, se reproduz na fórmula de direito subjetivo: “[...] em dado momento do processo de socialização, os homens fazem um contrato com o objetivo de instituir um corpo político. ROUSSEAU o apresenta na segunda parte do *Discurso*. Como em Hobbes e Locke, esse primeiro

sobrevivência, transformem-se, novamente, em *homo homini lupus*, segundo a expressão clássica de Hobbes.³³ A propriedade, por seu turno, aparece garantida pelo Estado, sob a forma de poder subjetivo exercitável contra os demais indivíduos.

Os significados jurídicos assumidos pelos termos direito subjetivo e liberdade seguirão, a partir daí, caminhos separados, delimitados pelo campo de aplicação prática do direito constituído e não mais informados pelo sentido essencial que lhes era sugerido pelo jusnaturalismo. Esse divórcio entre liberdade e direito subjetivo, entre garantia e poder, vai gerar, em parte, as dificuldades de adequação do tratamento jurídico do corpo humano aos modelos conceituais do século XIX.

A liberdade, desde então, permaneceu nos textos das Declarações Fundamentais e das Constituições, para significar, inicialmente, apenas as garantias individuais conferidas aos sujeitos nas relações com o poder estatal.³⁴

O direito subjetivo, por seu turno, passou a traduzir o poder (*facultas ou potestas*) de agir juridicamente, sendo reconhecido ao indivíduo pelo direito constituído, nas relações horizontais com os demais sujeitos, na defesa de interesses patrimoniais.

Com base nesses problemas e soluções engendradas nos primórdios da modernidade, a doutrina contemporânea, sem especificar o sentido político desse poder, afirma: “[...] a lei considera existente um direito subjectivo sempre que é reconhecido

contrato rousseauiano é descrito como um pacto que se legitima - ou pretende se legitimar - em nome da garantia da segurança e da propriedade. A condição anterior ao contrato (que, para Jean-Jacques, nunca é demais insistir, é uma condição já social e não mais natural) é descrita como o ‘horror de uma situação que armava todos uns contra os outros, que tornava suas posses tão onerosas quanto as necessidades, e na qual ninguém se encontrava seguro, fosse na pobreza ou na riqueza’ (D, 274).” (COUTINHO, Carlos Nelson. Crítica e Utopia em Rousseau. **Lua Nova – Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n.38, 1996. p.18).

³³GERT, B. Hobbes’ account of reason and the passions. In: **Thomas Hobbes, de la métaphysique à la politique**. Paris : Bertman & Nalherbe, 1989.

³⁴A doutrina trata da alteração do conteúdo dos direitos fundamentais, destacando que, inicialmente, eram constituídos de deveres negativos ou de abstenção do Estado perante as liberdades e direitos dos particulares, para, mais tarde, conterem deveres positivos de proteção e promoção do bem-estar social dos cidadãos. (CLÈVE, Clémerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional** (e de Teoria do Direito). São Paulo : Acadêmica, 1993. p.125). (BARACHO, **Teoria...**, p.6-7).

directamente ao indivíduo um poder para a realização de um interesse seu”.³⁵

A faculdade ou poder atribuído ao indivíduo visa, portanto, “a realização de um interesse seu”, como consta da definição de Santoro-Passarelli, para tutelar juridicamente a vontade de cada indivíduo por oposição ao outro, evitando o conflito concreto decorrente da luta pela sobrevivência. A lei, por outro lado, ao atribuir a titularidade do poder jurídico ao indivíduo estabelece, também, o limite deste poder.

A concepção privatista de direito subjetivo atende, ainda hoje, a uma noção de liberdade limitadíssima, que pode ser exercida pelo sujeito em relação ao outro, no limite do quadro normativo que define a licitude e serve de parâmetro para a atuação individual.³⁶

A liberdade imanente e essencial ao homem, presente na idéia primitiva de direito subjetivo, transmuta-se, na moldura do Estado de Direito, em vontade livre ou autônoma, segundo a lei. As decisões individuais apreendidas pelo Direito vêm limitadas pelo critério de licitude, tratando-se, por isso, de vontade condicionada por critérios jurídicos. O poder efetivo se localiza apenas no Estado e a liberdade contra ele se expressa sob a forma de algumas garantias específicas. Os direitos inatos, desde então, têm sua compreensão teórica e força social vinculante dependentes da lei.

O progressivo esvaziamento do significado essencialmente político do termo liberdade, contudo, só se apresentava possível, no âmbito da modernidade nascente, se a obediência à ordem jurídica constituída viesse justificada pela sua origem contratual, fundada na racionalidade humana. O racionalismo iluminista, ancorado na obra de Kant, vai fornecer o aporte filosófico necessário e definitivo para que a ciência jurídica

³⁵SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **Teoria Geral do Direito Civil**. Trad. Manuel de Alarcão. Coimbra : Atlântida, 1967, p.50. Definições similares de direito subjetivo são apresentadas por Domingues de ANDRADE (**Teoria Geral da Relação Jurídica**. Coimbra : Almedina, 1983. v. 1: Sujeitos e Objecto. p.2-7), José de Oliveira ASCENSÃO (**O Direito : introdução e teoria geral (uma perspectiva lusobrasileira)**). 4. ed. Lisboa : Verbo, 1987. p.39) e Carlos Alberto da MOTA PINTO (**Teoria Geral do Direito Civil**. 2. ed. Coimbra : Coimbra, 1991. p. 169).

³⁶FERRAJOLI, **Il diritto...**, p.17-18.

oitocentista operacionalize e reduza a liberdade, ao conceber as normas jurídicas despidas de indagações de cunho moral, livremente aceitas pelo indivíduo autônomo.³⁷

É preciso destacar, entretanto, a preocupação de Kant em manter a liberdade e a moralidade como bases das decisões humanas, embora reconhecendo a impossibilidade de encontrar na motivação moral a causa dos atos intersubjetivos, os quais, segundo ele, só podem atender a uma razão prática e serem regidas por regras heterônomas impostas a todos.³⁸

A cisão entre moral e direito resultou, via de conseqüência, na cisão da dimensão humana, que deixa de ser concreta e política e, portanto, moral, para ser ideal e racional. Realizada no campo do pensamento filosófico é acolhida pelo Direito, para tornar possível a transformação do indivíduo, núcleo de faculdades morais inalienáveis, em sujeito de direito, centro abstrato de imputação normativa de direitos e deveres, na estrutura da relação jurídica. A atuação do sujeito em sociedade vem motivada por interesses individuais concretos, mas a causa de sua atuação jurídica é abstrata, e aparece transfigurada em poder de vontade, segundo a lei.

Do ponto de vista lógico, só é possível compreender a limitação moral da ordem jurídica no pensamento de Kant partindo de sua concepção sobre a natureza das

³⁷ “A obediência à lei consagrada no pacto, mais do que a conseqüência de uma renúncia, é o reconhecimento de um dever, a condição de liberdade, a homenagem prestada à nossa humanidade mais verdadeira e profunda.” (CICCO, Cláudio de. Introdução à ‘doutrina do direito’ de E. Kant. In: **Doutrina do Direito** : Emmanuel Kant. Trad. Edson Bini. São Paulo : Ícone, 1993. p. 8-9).

³⁸ “As dificuldades no conceito da razão, provenientes do fato de que seus sujeitos, os portadores de uma e a mesma razão, se encontram em oposição uns aos outros, estão escondidas no esclarecimento ocidental por trás da aparente clareza de seus juízos. Na *Crítica da Razão Pura*, ao contrário, elas se exprimem na relação obscura do ego transcendental com o ego empírico e nas demais contradições não resolvidas. Os conceitos kantianos são ambíguos. A razão contém enquanto ego transcendental supra-individual a Idéia de uma convivência baseada na liberdade, na qual os homens se organizem como um sujeito universal e superem o conflito entre a razão pura e a empírica na solidariedade consciente do todo. A Idéia desse convívio representa a verdadeira universalidade, a Utopia. Mas ao mesmo tempo, a razão constitui a instância do pensamento calculador que prepara o mundo para os fins da autoconservação e não conhece nenhuma outra função senão a de preparar o objeto a partir de um mero material sensorial como material para a subjugação. A verdadeira natureza do esquematismo, que consiste em harmonizar exteriormente o universal e o particular, o conceito e a instância singular, acaba por se revelar na ciência atual como o interesse da sociedade industrial.” (ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento** : fragmentos filosóficos. Trad. Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro : J. Zahar, 1985. p.83).

normas jurídicas, como explica English:

“Primeiramente trata-se de saber, à luz da terminologia kantiana, qual a espécie a que pertencem os imperativos jurídicos. Ora: ‘Os imperativos ou são hipotéticos ou categóricos. Os primeiros põem a necessidade prática de uma possível conduta como meio para qualquer outra coisa que se pretende alcançar. O imperativo categórico seria antes aquele que apresentasse uma conduta objetivamente necessária por si mesma, sem referência a qualquer outro fim.’ Por outras palavras, os imperativos hipotéticos são apenas bons conselhos do teor seguinte: se queres alcançar este ou aquele fim, tens de recorrer a este ou àquele meio. Eles são indicações técnicas nas quais se pressupõe ‘hipoteticamente’ um determinado fim. KANT designa-os também por ‘imperativos de perícia’ e acentua de forma incisiva: ‘A questão não é a de saber se o fim é racional e bom, mas apenas a do que temos de fazer com que o seu paciente recupere a saúde, e a do envenenador para com segurança lhe provocar a morte, são sob este aspecto de igual valor, pois que ambas são adequadas à realização perfeita do respectivo fim.’³⁹

Na perspectiva kantiana, apenas o Direito tornado lei poderia, de modo uniforme e, portanto, universal, reger com segurança as relações do sujeito de direito, cuja vontade autônoma (livre), desvinculada das vicissitudes humanas, encontra-se apta a aceitar os limites expressos na lei, para atingir fins práticos.

A normatividade construída sobre essas bases facilitava todo o processo de operacionalização do Direito, porque lhe retirava os problemas éticos, morais e políticos presentes no Direito Medieval, considerados inúteis para a consecução dos interesses econômicos da nova classe social hegemônica.⁴⁰

O termo direito subjetivo, nessa ótica, relaciona-se com a ordem jurídica preestabelecida que concede e delimita o poder da vontade autônoma do sujeito. A doutrina jurídica kantiana não cogita sequer a possibilidade de oposição entre os dois termos, pois a obediência ao direito legislado, como visto, é uma exigência da própria racionalidade humana.

A lenta superação da noção jusnaturalista de direito subjetivo, imanente e essencial, pelo Iluminismo, requereu mudanças radicais no pensamento jurídico do

³⁹ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6. ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. p. 48-49.

⁴⁰“Ninguém contestou que a moral fosse um fenômeno histórico. O próprio Kant, vivendo numa época determinada, encontra-se, sob determinados aspectos, condicionado pelas circunstâncias históricas. Porém, a diferença em relação aos demais é que ele busca libertar-se de tais circunstâncias, ao passo que os demais não se preocupam, de maneira alguma, com isso.” (NUNES, Renato. A propósito da moral e de suas provas em Max Horkheimer. In: CENCI, Angelo (Org.). **Ética, racionalidade e modernidade**. Passo Fundo : EDIUPF, 1996. p.37).

século XVIII e do início do século XIX, conformadas, principalmente, pela aceitação de que a ordem jurídica é anterior e superior ao homem e este dela não pode prescindir. Passa-se de uma visão utópica da felicidade e da promessa de harmonia social futura, a ser assegurada pelo contrato social, a uma visão prática da sobrevivência, concretizada por meio da coação e da restrição à liberdade.

O Estado de Direito contratualmente constituído expressa a ordem racional e ética e predetermina o espaço de liberdade do agir lícito, em que o sujeito pode exercitar sua vontade. É no espaço do agir lícito que a vontade autônoma vai ser exercitada sob forma de direito subjetivo. Mas, para tanto, é necessário, antes, o reconhecimento desse direito pelo Estado.⁴¹

O refinamento do conceito de vontade autônoma pela Escola Pandectista Alemã do século XVIII resulta na definição do direito subjetivo como uma garantia ao poder de vontade do indivíduo, ou ainda, como um poder de vontade atribuído ao homem pela ordem jurídica. Nessas definições, o poder da vontade individual apresenta-se como o ponto central para a compreensão do direito subjetivo,⁴² mas também é de fundamental importância o fato desse poder ser atribuído ao indivíduo pela ordem jurídica. Vale dizer, não é um poder natural e imanente, mas concedido pelo Estado, ou, em outras palavras, o direito objetivo é quem cria o direito subjetivo.⁴³

Os direitos subjetivos inatos e invioláveis passam, definitivamente, a depender de uma norma objetiva, exterior ao sujeito, que os defina e os garanta. A

⁴¹ “É importante chamar a atenção para a determinação do conteúdo do sistema hegeliano - *a liberdade*. Embora seja um princípio pressuposto na *Filosofia do Direito*, está demonstrado na *Ciência da Lógica*. Mas é um princípio que se determina na medida em que se desdobra nas instituições jurídicas. Ora, em Kant, não há a determinação de conteúdo da lei moral, esta é formal e dada *a priori*.” (WEBER, Thadeu. *A eticidade hegeliana*. In: CENCI, op. cit., p.21).

⁴² IONESCU, op.cit., p.110-119.

⁴³ “De aquí el concepto pasará a toda la Pandectística, que retornará cuidadosamente sobre él com una atención sistemática y profunda como pocos otros conceptos jurídicos han merecido. El derecho subjetivo será estrechamente vinculado al Derecho objetivo, según la «soldadura» entre ambas perspectivas del fenómeno que expusimos al tratar de Hegel.” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa**. Madrid : Alianza, 1995. p.95).

antiga supremacia do Direito Natural tende desaparecer em favor dos direitos objetivados, em forma de lei escrita.

Na Alemanha, a doutrina dos séculos XVIII e XIX vai se debruçar sobre os textos romanos para buscar a legitimidade política da ordem jurídica particular, que deveria traduzir a noção universal de justiça, sob a forma de conceitos jurídicos e de direito legislado. Na França, o Código Civil será considerado não apenas uma Lei, mas a expressão do próprio Direito. Em ambas as concepções há a identificação do Direito com a Lei, apesar das diferenças relativas à forma e à legitimidade.⁴⁴

O Historicismo, em particular, como diz Mario Bretonne, utilizando-se da expressão cunhada por Alf Ross, “lança mão de um duplo sincretismo”, ao identificar a noção de Direito Natural e racional com a de Direito Romano, refinado pelo espírito do povo (*Volksgeist*) e apreendido pelo legislador culto. A tradição jusnaturalista germânica prescindia da experiência histórica revolucionária.⁴⁵

A racionalidade do Direito, que para o Jusnaturalismo residia na consciência individual do justo, passa a residir, para o Historicismo, no espírito do povo apreendido pelo legislador.⁴⁶

⁴⁴ Conforme GARCÍA DE ENTERRÍA, p. 89-90.

⁴⁵ “[...] Da un lato, nom si supera la problematica eticizzante, giusnaturalistica, e si confonde questo punto di vista con quello sociologico, almeno nella posizione dei problemi; dall’altro lato, questi due punti di vista, il giusnaturalitico e il sociologico, sono confusi con quello teoritico-conoscitivo. Certo, l’essenzialismo storico-dogmatico di SAVIGNY termina in una sorta di ‘**Naturrecht**’. Ma qui bisogna stare molto attenti a non giocare con le parole. Questo ‘**Naturrecht**’ è, per adoperare la formula di Weber, un ‘**Naturrecht des historische Gewordenen**’. Il ‘**nuovo assioma giusnaturalistico**’, come Weber sapevabissimo, nom ha molto in comune con un ‘**pensiero fondato su regole astratte o produttivo di tali regole**’; non dipende dalle premesse ontologiche del diritto naturale classico e cristiano né condivide i postulati del giusrazionalismo moderno” (BRETONNE, Mário. Il “beruf e la ricerca del ‘tempo classico’, per la historia giuridico moderno. In: **Quaderni Fiorenti**, Milano, n. 9, 1980. p.215-216.).

⁴⁶ “Em *As origens do historicismo*, Meinecke escreve : ‘Toda a tarefa do historicismo consistiu em emfraquecer e tornar móvel o rígido pensamento jusnaturalista, com sua fé na invariabilidade dos supremos ideais humanos e na igualdade absoluta e eterna da natureza humana. Quando Meinecke fala do jusnaturalismo, não se refere apenas ao moderno, mas também, pelo menos abstratamente, ao jusnaturalismo perene, que por dois milênios constituiu para o homem ocidental ‘a estrela polar em meio a todas as tempestades da história.’ “ (BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo : Brasiliense,1987. p.31-32).

A exigência de justiça do Direito, pouco a pouco, vai sendo identificada pela doutrina civilista ocidental, do início do século XIX, no modo de produção do direito legislado e na legitimidade formal das suas fontes, sobretudo nos códigos. O direito subjetivo, nessa perspectiva, é concebido em uma relação de complementariedade com a ordem jurídica (direito objetivo). Essa concepção, levemente alterada, ainda persiste, como se vê do seguinte fragmento doutrinário:

“Há uma prioridade, pelo menos lógica, do momento objectivo sobre o subjectivo. Podemos falar também de uma derivação do direito subjectivo do objectivo. Se Joaquim tem o direito de suceder, é porque, de harmonia com o Direito das Sucessões, tal prerrogativa lhe é conferida.[...] O direito subjectivo é efectivamente uma dessas situações concretas, resultantes da aplicação de uma genérica previsão normativa.”⁴⁷

Como consequência, opera-se, também, a redução de significado das relações sociais ao conceito de relação jurídica, em que o poder de vontade tem a faculdade de vincular os indivíduos abstratamente, sem levar em consideração a sua inserção social ou suas necessidades concretas. A definição de Mota Pinto revela essa tendência: “relação jurídica em sentido amplo é toda relação da vida social relevante para o Direito, isto é, produtiva de efeitos jurídicos e, portanto, disciplinada pelo Direito.”⁴⁸

A maior ou menor influência do Estado na atribuição do poder de vontade à pessoa, por meio do ordenamento jurídico, vai delimitar as posições dos conceitualistas subjetivistas e objetivistas alemães e continuará a dividir a doutrina civilista contemporânea.⁴⁹

⁴⁷ASCENSÃO, O Direito..., p. 39.

⁴⁸MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Op. cit. p. 169.

⁴⁹A doutrina contemporânea, ainda, tenta compatibilizar os termos direito subjetivo e direito objetivo, como se infere da definição de direito subjetivo apresentada por Mota Pinto: “O direito subjectivo pode definir-se como o poder jurídico (reconhecido pela ordem jurídica a uma pessoa) de livremente exigir ou pretender de outrem um comportamento positivo (acção) ou negativo (omissão) ou de por um acto livre de vontade, só de per si ou integrado por um acto de uma autoridade pública, produzir determinados efeitos jurídicos que inevitavelmente se impõem a outra pessoa (contraparte ou adversário). Só se nos depara um direito subjectivo quando o exercício do poder jurídico respectivo está dependente da vontade do seu titular. O sujeito do direito subjectivo é livre de o exercer ou não. Por isso o direito subjectivo é uma manifestação e um meio de actuação da autonomia privada - autonomia, não por se criar um ordenamento a que se fica submetido, como sucede com o negócio jurídico, mas como sinónimo de liberdade de actuação, de soberania do querer.” (MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Op. cit. p.169).

Herdeiras do jusnaturalismo racionalista moderno, as escolas jurídicas do século XVIII dele se afastaram radicalmente, ao focar o indivíduo e o direito subjetivo perante o Estado e a norma. A mesma razão que iluminara o indivíduo e que o tornara singular para a ordem jurídica passou a lhe exigir que, racionalmente, aceite a necessidade de submissão a essa ordem.

A “erosão do paradigma do Direito Natural”,⁵⁰ que se iniciara com os processos de secularização e positivação dos direitos, decorrentes do ciclo das revoluções burguesas e das Declarações de Direitos do Homem, resultou, em última análise, no desaparecimento do valor essencial do homem para os juristas.

No início do século XIX, a supervalorização do poder de vontade utilitário, legalmente adequado e logicamente separado da moral, servia para estabelecer relações entre os sujeitos, sempre que houvesse conflitos de interesses concretos. Em tal perspectiva, apresentava-se inviável a atribuição de poderes jurídicos ao sujeito, relativos a aspectos existenciais e imateriais a ele vinculados, pois tais aspectos não suscitavam disputa de interesses patrimoniais e intersubjetivos.

A insuficiência teórica das concepções oitocentistas de direito subjetivo para explicar as situações existenciais singulares, não patrimoniais, revelou-se, plenamente, por ocasião da discussão a respeito do direito subjetivo sobre o próprio corpo (*ius in se ipsum*), levantada por Puchta, discípulo de Savigny.⁵¹

⁵⁰Essa expressão foi utilizada por Celso LAFER ao tratar dos quatro fatores que, segundo esse autor, resultaram na superação do paradigma do Direito Natural e o surgimento de um novo paradigma. Para LAFER: “Ao impacto dos processos de secularização, positivação, cabe acrescentar o da percepção da historicidade do Direito. De fato - como é sabido - as aspirações universalistas e imutabilidade que caracterizou a elaboração jusnaturalista e que são típicas da Ilustração esbarram com realidades de direitos históricos, contingentes variáveis. Estas realidades foram realçadas pelo romantismo, do qual a Escola Histórica é uma expressão do campo do Direito. Daí, na polêmica entre Thibaut e Savigny sobre a codificação, a contraposição entre ‘razão abstrata’ e a especificidade do ‘espírito dos povos’, que ensejou uma severa crítica ao paradigma do Direito Natural a partir da perspectiva da historicidade da experiência jurídica.” (LAFER, op. cit., p.39-40).

⁵¹ Na perspectiva medieval, o *ius in se ipsum* era a faculdade que Deus concedia a cada indivíduo e resultava na liberdade de se obrigar a si mesmo, relativamente ao uso de sua alma e de seu corpo, que pertenciam a Deus, para serem livremente dispostos em vida, conforme anotado anteriormente, ao se comentar o pensamento de Guilherme D’Occan, Grocio e Locke. Puchta retoma a querela do fim da Idade

Puchta questionava a existência de um direito subjetivo sobre o próprio corpo e reafirmava a imanência do poder de vontade do homem. O esquema de Puchta, por outro lado, só se apresentava logicamente possível, se o corpo fosse visto como algo separado do sujeito e reduzido à condição de objeto.⁵² O poder de vontade, lembre-se, segundo o modelo de direito subjetivo abstrato, conceitualmente pensado no século XVIII, servia, basicamente, para dinamizar as relações jurídicas entre os indivíduos em relação a coisas externas ao sujeito, sem agregar as preocupações teológicas e morais dos séculos anteriores.

Savigny aceitava a vontade como fonte criadora e dinamizadora das relações jurídicas, mas percebia que a categoria de direito subjetivo não poderia se aplicar com a mesma feição de poder individual, quando se tratasse do corpo humano, porque este, além de não ser objeto, coisa externa ao sujeito, a ele se vincula de tal sorte que o poder de vontade deveria vir limitado com base em interesses indisponíveis pelo sujeito.

O que se vislumbra por detrás do impasse teórico enfrentado por Puchta e Savigny é, em verdade, o problema ético da liberdade e da dignidade fundamentais do indivíduo, que sustentam a sua autonomia de atuação no âmbito da licitude, antecipando a noção de direitos da personalidade, como explica Capelo de Sousa:

Média, agregando-lhes noções jurídicas próprias dos séculos XVIII e XIX, cujo desenvolvimento é exposto por Seixas MEIRELLES: “ O sujeito de direito e o seu *status* – *ius in se ipsum* e o *dominium* – vai «naturalizar-se» porque, desde Grotius, esse *status* passa a ser conforme à *naturalis ratio*. E esta razão, que é uma razão natural, construída segundo o modelo matemático, torna-se numa «razão política» de sentido *novo* e por conseguinte *anti-teológica*. De facto, para Grócio, os princípios de direito natural, de *per se* evidentes, são válidos ainda que Deus não existisse – *etsi daremos Deum non esse* (*De Iure Belli ac Pacis*, Prol., 11), ao invés do tomismo, para quem o homem *participa*, através da *lex humana* e da *lex naturalis*, na *lex aeterna* (S. Th. I, II, q. 91 a 2). (MEIRELLES, Henrique da Silva Seixas. **Marx e o Direito Civil** (para uma crítica histórica do “paradigma civilístico”). Coimbra : Almedina, 1990. p. 257).

⁵² “El término ‘objeto’ designa en su significado filosófico más general lo que ‘está opuesto’ a la persona como sujeto cognoscente, y hacia lo cual su conciencia puede dirigirse como algo previamente hallable, dado a aquélla, como es habitual, específicamente. [...] Ello no obstante, el significado fundamental del ‘objeto’ como lo contrapuesto al sujeto está asimismo contenido en el concepto del objeto de derecho en tanto que por éste se entienda un ‘algo diferente de la persona misma y que está *disponible* para ella de algún modo según el Derecho, esto es, está sujeto a la determinación de su voluntad.” (LARENZ, Karl. **Derecho Civil** : parte general. Traducción y notas: Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid : Reunidas, 1978. p.369-370).

“Ao nível do pensamento filosófico-jurídico europeu, vamos assistir, a partir da meditação escolástica e já no ocaso da Baixa Idade Média, ao despontar, ou, talvez melhor, ao recrudescer, de uma querela importantíssima - a de emergência dos direitos subjetivos, como estruturas da vontade humana ou a ela ligadas, face ao direito objectivo -, que, com os contributos do Renascimento e do Humanismo do séc. XVI, viria a constituir a rampa de lançamento de um direito geral de personalidade, entendido como um “ius in se ipsum”, que não mais deixaria de estar presente na reflexão jurídica da tutela da personalidade humana.”⁵³

A disputa teve a virtude de problematizar, mais uma vez, a conceituação de direito subjetivo, acrescentando, ainda, as dificuldades de se definir o corpo como mero objeto da relação jurídica. Os subjetivistas, como Savigny, não podiam negar o poder de vontade, mas, por outro lado, não poderiam admitir um direito sobre o corpo e argumentavam que a pessoa humana não pode, a um só tempo, ser sujeito e objeto de direito. Partindo de tais fundamentos, somente as coisas exteriores, isto é, fora do mundo interior da personalidade, podem ser objeto de qualquer relação jurídica.

Para a corrente objetivista, que valorizava o direito objetivado dava precedências à norma em detrimento da vontade, o corpo seria passível de reificação, desde que houvesse sua regulamentação pelo direito constituído. Nessa perspectiva, o corpo poderia ser apreendido pelo ordenamento jurídico como coisa (*res* dos romanos), figurando entre os direitos reais atribuídos ao homem, em uma relação jurídica intrapessoal e não mais intersubjetiva.

Os objetivistas, mesmo admitindo a reificação do corpo, refutavam, contudo, a possibilidade de sua circulação comercial, posição que ainda influencia a vedação de comercialização de órgãos humanos. Segundo eles, ainda que o corpo possa ser considerado coisa material, apropriável sob a forma de direito real, por seu titular, necessariamente se inclui entre as *res extra commercium*.

Por evidente, a noção instrumental de direito subjetivo apresentava-se incompatível para a solução de problemas referentes à liberdade do indivíduo em relação ao seu invólucro corporal que, em última análise, só era tutelada parcialmente, pelo Direito Penal.

⁵³ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra : Coimbra, 1995. p.61-62.

Após a discussão a respeito do direito sobre o próprio corpo, uma outra ruptura teórica se anunciou no seio das escolas conceitualistas alemãs, a partir do pensamento de Jhering. Para ele, a definição de direito subjetivo até então enunciada era incompleta, porque se limitava a descrever os elementos estruturais, silenciando sobre a finalidade do direito subjetivo e da própria relação jurídica.

Ao introduzir as noções de interesse e finalidade como essenciais à compreensão do direito subjetivo, Jhering buscava superar a concepção abstrata que separava a relação jurídica da relação social, o sujeito de direito, do homem.⁵⁴ Jhering, ao incluir a noção de interesse e de finalidade no conceito de direito subjetivo, problematizou esse conceito e apontou suas principais deficiências.

O poder de vontade, até então concebido em abstrato, para Jhering deveria ser considerado em relação a interesses concretos dos indivíduos, embora tais interesses continuassem a necessitar, para serem assegurados, de um poder atribuído ao seu titular, pela ordem jurídica. Do mesmo modo, Jhering destaca que é o interesse, e não a vontade, o objeto da tutela da ordem jurídica, tal como se verifica ao examinar os casos de interesses de incapazes (menores e loucos), cuja vontade não é reconhecida juridicamente.

O aprofundamento dessa derivação do pensamento jurídico conceitualista foi realizado pela corrente doutrinária conhecida como “Jurisprudência dos Interesses”, que, mais tarde, originou a “Jurisprudência de Valores ou da Valoração”. Inicia, aí, o problema jurídico do âmbito do sujeito e da norma em abstrato, para se localizar nas relações sociais concretas. A idéia de vincular a norma às relações sociais irá nortear, também, o pensamento da chamada Escola Livre do Direito na França.

⁵⁴“Na concepção de JHERING do direito subjetivo como interesse juridicamente protegido, portanto, o primeiro ponto, que importa destacar, localiza-se na sua referência à realidade extra-normativa mas sem a conotação subjetiva que tem a vontade, como é o interesse, enquanto eixo em torno da qual gira o aspecto jurídico, tal qual o fenômeno secundário. É certo que cedo manifestaram sua discordância aqueles teóricos do direito que adotam posição estritamente normativa, a começar por Thon, para quem um direito não é um interesse quem vem ser protegido, mas sim o próprio meio de proteção do interesse, isto é, a ação judicial. A mesma inversão é feita por KELSEN, para quem o direito subjetivo não é o interesse protegido pelas normas jurídicas mas a proteção que consiste nestas mesmas normas”. (GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos subjetivos, direitos humanos e jurisprudência dos interesses - relacionado com o pensamento tardio de Rudolph von IHERING. *Arquivo do Ministério da Justiça*, Brasília, v. 47, n. 183, jan./jun. 1994. p.150).

O pensamento de Jhering e dos movimentos teóricos que lhe seguiram, não foi suficiente para superar a herança do conceitualismo, como lembra Michel Villey.⁵⁵ Serviu, no entanto, para acrescentar o interesse concreto do sujeito, na relação jurídica, elemento que irá se refletir na concepção atual de direitos subjetivos e na busca de proteção jurídica integral do homem e suas manifestações essenciais.

As dificuldades teóricas acerca do direito subjetivo, em geral e, em especial, quando recaem sobre o corpo do sujeito, aliadas à inexistência de interesses econômicos concretos incidindo sobre aspectos físicos do homem, permitiram que, ao longo do século XIX, a liberdade e a integridade física continuassem asseguradas apenas pela vedação geral à escravidão contida nas Declarações de Direitos e Constituições e pela tutela penal, que considerava ilícito o homicídio e demais atos de agressão física.

1.2 A LENTA CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E O ESGOTAMENTO DA PROPOSTA MODERNA

A valorização econômica que a arte e as invenções sofreram durante os processos de consolidação dos Estados nacionais e da industrialização provocou a revisão do conceito de direito subjetivo, na segunda metade do século XIX, desta vez para tratar da engenhosidade e criatividade humanas.

A capacidade de invenção ou criação artística, por ser peculiar a cada sujeito, a ele está essencialmente ligada, do mesmo modo que seu corpo e outros aspectos imateriais, mas sua tradução concreta em obra de arte ou invento permite sua

⁵⁵VILLEY critica o individualismo dessas concepções ao dizer: “De Jhering à Heck: - Prenons l'exemple de JHERING personnage de plus influentes dont la doctrine fut d'ailleurs extrêmement mouvante; elle date de l'apogée de positivisme scientifique. Il pourrait sembler que Jhering ait donné beaucoup d'attention à ce qu'on appelle la téléologie juridique; un livre de Jhering s'intitule Le but en droit (der Zweck im Recht, 1877-1883); le but “dans”le droit. Il ne s'agit pas de la fin du juriste, il s'agit des buts que se donnent les individus ou les groupes, avant que n'éclore le droit. Chaque particulier est lancé à la poursuite de son intérêt, de son appétit de subsistance et de domination sur les autres. De ce conflit résulte le droit. Ces buts “crént le droit”, constituant sa cause efficiente. Le droit est la conclusion d'un combat entre ces forces contradictoires (Der Kampf ums Recht). Ici comme chez Marx s'applique le modèle Darwinien. De même, dans la ligne de Jhering, chez Philippe Heck, le promoteur de la Jurisprudence dite des Intérêts (Interessen Jurisprudenz, 1914), le droit sera la “résultante” d'une lutte des interérêts rivaux des particuliers. Le positivisme scientifique qui par principe s'en tient aux faits, déjà achevés, vérifiables, ignore la dimension de la fin du juge et du droit, la justice”. (VILLEY, *Philosophie...*, p.197).

apreensão pelos sentidos, distinguindo-a do seu criador, distinção esse que não é possível realizar entre o corpo e o sujeito.

É justamente a percepção material da obra ou invento que possibilitou ao Direito distinguir a idéia inventiva da obra materialmente expressa, a qual por ser externa ao sujeito se aproximava da noção jurídica de coisa, passível de aquisição originária⁵⁶ pelo autor e derivada por terceiros.

Nos primórdios do movimento de construção da modernidade européia, o produto das manifestações da criatividade humana não era passível de apropriação individual, pois assim como o corpo estava submetido ao poder político do Estado.⁵⁷ A permissão do soberano aos súditos para expressarem sua criatividade se traduzia, juridicamente, sob a forma de privilégio.

Desde a criação da imprensa, alteraram-se, significativamente, as relações concretas, sobretudo no campo da produção artístico-literária, mas ainda assim, por longa data, a reprodução das obras impressas continuou a ser permitida como um privilégio real.⁵⁸

⁵⁶ Existem dois tipos fundamentais de aquisição de direitos: a aquisição originária e a aquisição derivada. Segundo Mota Pinto, na aquisição originária, “[...] o direito adquirido não depende da existência ou da extensão de um direito anterior, que poderá até não existir; quando o direito anterior exista, o direito não foi adquirido por *causa* desse direito, mas *apesar* dele.” (MOTA PINTO, op. cit., p.360).

⁵⁷ “A *teoria do direito patrimonial*, também inspirada na da propriedade, e que pretende que o direito do autor, não sendo um verdadeiro direito de propriedade, é de natureza patrimonial, não satisfaz, sobretudo por fazer abstração da personalidade e do *vinculum spirituale* entre o autor e a obra, que a identifica com o próprio *eu*.” (BESSONE, Darcy. **Direitos Reais**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1996. p.116-117).

⁵⁸ “Nesta matéria, diz Nicola STOLFI, é fundamental a distinção entre o *corpus mechanicum*, que materializa a concepção e se transmite a terceiros, e a posição do autor, como complexo dos direitos que a este cabem sobre a produção literária, científica ou artística. Esses direitos são de ordem pessoal e de ordem pecuniária. A relação entre o direito do autor e o *corpus mechanicum* não é idêntica à que se passa entre o proprietário e a coisa, em geral. Esta se mantém na esfera de domínio do proprietário, enquanto o *corpus mechanicum* (o livro, a estátua, a tela, o filme etc.) só permanece nessa situação até o momento da publicação. Depois desta, só a obra intelectual se expande, foge a qualquer controle, atravessa as fronteiras, internacionaliza-se. O *corpus mechanicum* não necessitaria de disciplina especial. O direito comum, aplicável à propriedade em geral, ser-lhe-ia suficiente. Já o direito do autor não se satisfaria com tal disciplina, insuficiente e inadequada. Os seus problemas são outros e reclamam técnica peculiar. Não se pode chegar, à plena compreensão deles, sem uma prévia tomada de posição a respeito da natureza jurídica do direito do autor. A primeira delas, sugerida pela invenção da imprensa no século XV, foi a do *privilégio ou monopólio*. Todos os direitos se fixavam no soberano, que os conferia aos súditos, sob a forma de privilégio. Coube a Marion servir-se dessa peculiaridade da época para, no século XVI, formular a primeira teoria do direito autoral. Sustentou o advogado francês a existência de

Só mais tarde, com a difusão das obras literárias escritas e com a instrumentalização jurídica da economia de mercado, é que se vai aventar a possibilidade da realização de contratos entre o autor e o editor, bem como a apropriação individual do produto da venda das obras reproduzidas.

Como se percebe, a regulamentação jurídica dos direitos autorais apontam, desde o início, para um duplo sentido: um que diz respeito à liberdade de expressão, em sua relação com o poder estatal, e o outro com o produto material (*corpus mechanicum*) e sua reprodução, com virtualidades de natureza patrimonial.

Na visão patrimonialista de direito subjetivo já explicitada, o direito de propriedade do autor sobre a obra seguiu o modelo aplicado à apropriação de coisas, e sua justificativa político-ideológica decorria, sobretudo, da idéia que a inventividade envolvia trabalhos e riscos que justificavam sua aquisição pelo autor.⁵⁹

No exercício desse direito subjetivo de caráter patrimonial, o sujeito poderia dispor, segundo sua vontade, do produto artístico ou da invenção, e transferir sua titularidade, como se tratasse de coisa apropriada da natureza, estranha a ele próprio.

A alienação do resultado concreto de sua idéia em tudo se assemelhava à transferência da titularidade de coisas de natureza puramente patrimonial. Contudo, a idéia inicial da qual resultara o produto, em virtude da sua origem singular, permanecia, sempre, ligada ao sujeito, que poderia, ou não, ter interesse em sua alteração ou reprodução.⁶⁰

tal direito como decorrência de um *contrato* entre o autor e a sociedade, pelo qual esta, na impossibilidade de conferir-lhe, em cada caso, um prêmio pelo serviço que lhe presta, atribui-lhe, como compensação, o *privilegio* de reproduzir a obra de seu engenho.” (BESSONE, op. cit., p.114-115).

⁵⁹“O calvinismo, particularmente, não só difundiu a atitude ascética intramundana, como também promoveu um modo de vida sistematizado em torno do exercício racional da profissão: o êxito na atividade profissional passa a ser visto como um sinal que permite ao crente assegurar-se de seu estado de graça. (HADDAD, Fernando. Habermans leitor de Weber e a economia neoclássica. **Lua Nova - Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 38, 1996. p.157).

⁶⁰“A tradição romanística, muito grata ao direito franco-italiano, inclina-se a submeter à propriedade apenas as coisas corpóreas. Não foi outra a orientação seguida pelo código alemão, mas o Código Ciil brasileiro, neste particular, admitiu uma tese muito mais larga. As características do direito de propriedade, na verdade, excluem as coisas corpóreas, mas não todas. Excluem, apenas, aquelas que, no dizer da escola, consistem em direitos. As coisas incorpóreas podem se apresentar divididas em dois grupos. No primeiro, colocam-se as coisas que consistem em direitos: um crédito, uma servidão, uma hipoteca. São coisas incorpóreas, consistem em

Reside, neste ponto, o principal elemento que irá contribuir para a investigação e construção de uma nova categoria de direitos, os direitos personalíssimos.

A peculiaridade da origem do produto intelectual fez com que se avançasse no sentido de repensar, inicialmente, a natureza jurídica do objeto mediato da relação, que se apresentava como coisa externa ao sujeito e disponível, mediante o exercício do direito subjetivo do autor.⁶¹

Havia, portanto, a necessidade de se ampliar a noção de bens jurídicos. Esta deveria compreender a totalidade de coisas corpóreas ou incorpóreas, vinculadas à esfera jurídica do sujeito, independente de terem ou não expressão monetária, para se chegar, mais tarde, à noção de bens da personalidade. Iniciou-se, a partir daí, a superação da identificação entre objeto da relação jurídica e coisa, em sentido puramente material e patrimonial.

A titularidade dos bens da personalidade pelo sujeito continuava, contudo, a ser apreendida pelo Direito, com base no paradigma de direito subjetivo de propriedade, diante da evidência do vínculo existente entre o autor e sua obra.

Por outro ângulo, a emergência de aspectos imateriais da obra, que permaneciam ligados ao autor, punha em relevo a necessidade de ampliação da regulamentação jurídica das relações intersubjetivas estabelecidas entre o autor e o adquirente da obra. Percebeu-se que o autor, ao transferir o produto e seu direito de reprodução, não transferia determinadas faculdades referentes à modificação ou alteração do conteúdo desse produto. Essas faculdades passaram a ser denominadas

direitos, e como coisas incorpóreas figuram em nosso patrimônio, mas há, também, coisas incorpóreas que não consistem em direitos e que assim são denominadas apenas porque têm existência meramente intelectual.” (DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil**. Rev. do texto e anot.: José Gomes de Bezerra Câmara. Atual. Laerson Mauro. Rio de Janeiro : Rio, 1979. v. III. p. 120-121).

⁶¹“No que respeita aos *bens intelectuais*, temos as obras literárias, artísticas, os inventos, as marcas[...]. Trata-se sem dúvida de *bens*; e tão-pouco nos parece problemática a consideração destas realidades como coisas, apesar da sua aparente ligação a determinada pessoa. Após a criação, elas separam-se daquele que as gerou, objectivam-se, tornam-se entidades que podem ser, sem mediação, usufruídas por outrem. Constituem pois o substrato idóneo duma atribuição jurídica.” (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil** : reais. 4. ed. Coimbra : Coimbra, 1987. p. 47).

“direitos morais do autor.”⁶²

Ao final da segunda metade do século XIX, a jurisprudência começa a distinguir, claramente, um direito moral, imaterial ou personalíssimo, localizado no aspecto criativo da obra, cuja principal faculdade reside no poder de o autor impedir modificações.⁶³

Os estudos em relação a esses aspectos dos direitos autorais não consideravam, até então, as liberdades públicas erigidas contra o Estado, porque estas eram inadequadas para o tratamento desses direitos, uma vez que se fixavam apenas nos elementos da relação intersubjetiva privada. A exemplo do corpo humano, as obras de arte exigiam a remissão do problema para o campo das questões éticas ligadas à liberdade natural de expressão e aos limites da liberdade de apropriação das coisas pelos sujeitos, presentes desde a formação do Estado moderno.⁶⁴

Nessa mesma época, volta a se discutir o direito essencial do homem em se “afirmar e se desenvolver como um fim em si mesmo”.⁶⁵ No campo da doutrina publicista, autores alemães passaram a reexaminar o poder do Estado em limitar a liberdade dos sujeitos. Entre eles, George Jellinek, que trava polêmica com Émile

⁶²“Quant aux droits intellectuels, ils ont une nature mixte, se partageant entre un droit patrimonial d’exploitation et un droit moral inaliénable.” (RIGAUX, François; POULLET, Yves; THUNIS, Xavier; LÉONARD, Thierry. **La vie privée ...** p.148).

⁶³“Selon la doctrine allemande de la fin du XIX siècle, le droit d’auteur est un ‘droit patrimonial immatériel’ (*Immaterialgüterrecht*) et l’une de ses composantes est ‘le droit de la personnalité de l’auteur’ (*Urheberpersönlichkeitsrecht*), notion qui recouvre les attributs qualifiés de droit moral par la doctrine française. Peu d’années après que la Cour de Cassation de France a distingué le droit moral du droit d’exploitation économique, le Reichsgericht accueille la notion de *persönlichkeitsrechtliche(n) Bestandteile des Urheberrechts*.” (RIGAUX, François. **La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité**. Paris : L.G.D.J., 1990. p.59-60).

⁶⁴“La doctrine du droit naturel a surtout été attentive aux oeuvres littéraires, non seulement parce que ceux qui écrivaient sur le droit d’auteur se préoccupaient plus particulièrement de la contrefaçon à laquelle ils étaient eux-mêmes exposés mais aussi pour deux autres motifs. Conséquence naturelle de la liberté d’expression, l’abolition des privilèges de librairie avait privé les écrivains du monopole d’exploitation dont ils jouissaient indirectement.” (RIGAUX, **La protection...**, p. 54).

⁶⁵ “Dans la deuxième moitié du XIX siècle, le droit de la personnalité a reçu l’adhésion de plusieurs pandectistes. Outre Neustetel et Puchta, c’est Carl Neuner qui en a poussé l’élaboration le plus loin. ‘Par droit de la personnalité nous entendons le droit de la personne à être sa propre fin, à s’affirmer et s’épanouir comme la fin d’elle-même (*sich als Selbstzweck zu behaupten und zu entfalten*).’ (RIGAUX, **La protection...**, p. 612).

Bounty, publicista francês, e questiona a origem das liberdades e direitos constantes das Declarações francesa e norte-americana.⁶⁶

No bojo da discussão das origens históricas do Direito Público moderno, Jellinek reaprecia o tema da liberdade e dos direitos inatos, acrescentando a noção de *status*, sobretudo de *status* negativo, como espaço de liberdade desregulamentado. Apresenta, como exemplo de atuação do indivíduo nesse espaço, entre outras ações, a publicação de um impresso.⁶⁷

A teoria de Jellinek, além de suscitar uma nova preocupação de caráter político-filosófico do Direito, lançará as bases para uma crítica à noção privatista de direito subjetivo e sua lenta superação.⁶⁸

Até o início do século XX, contudo, a maioria dos tratados e códigos de Direito Civil ainda continuava a contemplar, prioritariamente, os direitos subjetivos personalíssimos, de caráter privado e, de certo modo, relacionados com o patrimônio do sujeito, cujos reflexos econômicos podiam ser determinados.⁶⁹

Alinhado a essa orientação doutrinária, marcadamente patrimonialista, o Código Civil alemão de 1900 reconhece, por exemplo, o direito ao nome como um direito personalíssimo, para revelar sua vinculação com o nome comercial ou fama profissional, com implicações evidentemente econômicas, como se depreende da

⁶⁶Essa importante polêmica é analisada por Eduardo García de ENTERRÍA (Op. cit., p. 66-68).

⁶⁷“Que el status negativo de Jellinek consiste exclusivamente en posiciones libres, es decir, en libertades jurídicas no protegidas, es confirmado por manifestaciones de Jellinek con respecto a su protección a través de derechos de no impedimento frente al Estado, es decir, con respecto a lo que comúnmente es llamado ‘derecho de defensa’. “ (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid : CEDEC, 1997, p. 252).

⁶⁸“Ahora bien, estos estados o situaciones jurídicas subjetivas se conciben, prioritariamente, como instrumentos de defensa de intereses individuales (Jellinek denomina globalmente los tres últimos *status* de su tipología como *die Rechte des einzelnen*). Por ello, en la medida em que se há adquirido plena consciencia de que el disfrute real de los derechos y libertades por todos los miembros de la sociedad exigía garantizar unas cotas de bienestar económico que permitieran la participación activa de la vida comunitaria, se há hecho inevitable añadir a la clasificación de Jellinek un nuevo estado: el *status positivus socialis*.” (PEREZ LUÑO, Antonio. **Los derechos fundamentales**. Madrid : Tecnos, 1995. p.24-25). O desenvolvimento crítico da teoria de Jellinek também vai ser tratado por ALEXY, op. cit., p. 262-264.

⁶⁹ O perfil marcadamente patrimonialista e a tendência à proteção das titularidades das codificações desse período são destacadas pelo professor Luiz Edson FACHIN (Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil. **Jurisprudência Brasileira**, Curitiba, n. 172, p.45-50, 1994).

leitura de seu § 12: “Se o direito ao uso de um nome for contestado ao titular por um outro, ou seja lesado o interesse do titular pela circunstância de um outro, indevidamente, usar o mesmo nome, poderá o titular exigir a cessação da perturbação. Se forem temidas outras perturbações, poderá ele propor ação cominatória”.⁷⁰

O Código Civil brasileiro datado de 1916, por sua vez, deixa de fazer qualquer referência aos direitos da personalidade, devido à compreensão do codificador, Clóvis Bevilacqua, de que o direito privado deveria regular as relações patrimoniais e familiares intersubjetivas.⁷¹

Os direitos do autor, por sua vez, foram contemplados no texto do Código Civil Brasileiro, sob a rubrica de Propriedade Intelectual,⁷² certamente pela motivação eminentemente patrimonial já acentuada e pela ausência de assimilação da noção de bem jurídico da personalidade.

A legislação brasileira, nesse aspecto, reflete, também, o pensamento civilista francês que privilegia a expressão patrimonial dos direitos subjetivos, apresentando, por isso, a tutela à honra e à liberdade apenas no Capítulo referente à responsabilidade civil, com suas repercussões patrimoniais.⁷³

⁷⁰DINIZ, Souza. **Código Civil Alemão** : com todas as modificações nele posteriormente introduzidas, inclusive as da Lei da Igualdade de Direitos do Homem e da Mulher no domínio do Direito Civil de 18 de junho de 1957. Rio de Janeiro : Récord, 1960. p.24.

⁷¹“A codificação, como todos sabem, destinava-se a proteger uma certa ordem social, erguida sob a égide do individualismo e tendo como pilares, nas relações privadas, a autonomia da vontade e a propriedade privada. O legislador não deveria interferir nos objetivos a serem alcançados pelo indivíduo, cingindo-se a garantir a estabilidade das regras do jogo, de tal maneira que a liberdade individual, expressão da inteligência de cada um dos contratantes, pudesse se desenvolver francamente, apropriando-se dos bens jurídicos, os quais uma vez adquiridos, não deveriam sofrer restrições ou limitações exógenas.” (TEPEDINO, Gustavo. **As relações de consumo e a nova teoria contratual**. p.3). (No prelo).

⁷²No direito brasileiro, a propriedade literária, científica e artística vêm prevista nos arts. 649 e ss. do Código Civil, modificado esse capítulo pela Lei 5.988, de 14.12.1973, que regula os direitos autorais. A propriedade industrial tem um código próprio que regula os direitos referentes a marcas, patentes, desenhos e modelos. O inciso XXVII, do artigo 5º da Constituição Federal, também regula a matéria e a Lei 8.401, de 08 de janeiro de 1992, trata da produção e outros aspectos das obras audiovisuais. “A propriedade pode abranger bens incorpóreos ou imateriais. Do art. 1303º infere-se que a chamada propriedade intelectual - pelo menos a propriedade industrial, ressalvada a diferença do objeto, substancialmente é tratada como autêntica propriedade.” (FRAGA, Carlos; MOREIRA, Álvaro. **Direitos reais** : segundo as preleções do Prof. Doutor C. A. da Mota Pinto ao 4º Ano Jurídico de 1970-91. Coimbra : Almedina, 1971. p. 236-237).

⁷³“La doctrine civile, inspire par l’individualisme libéral, les considère toutes comme des droits subjectifs. L’école positiviste, à l’inverse, voit seulement en elles des situations objectives. En réalité, dans tout système juridique, il existe à la fois des droits subjectifs et des situations objectives, parce que les premiers ont

Com efeito, os civilistas franceses das primeiras décadas do século XX, sobretudo Roubier, sustentavam a inexistência de direitos da personalidade, por não encontrar correspondência entre a sua definição e a definição clássica de direito subjetivo.⁷⁴ Para Roubier, “[...] trata-se em realidade de situações jurídicas nas quais se faz presente a responsabilidade civil do autor do dano”.⁷⁵

Por caminhos diversos, autores alemães e franceses, publicistas ou civilistas, afastavam-se das origens jusnaturalistas do Direito Moderno e se apegavam na segurança jurídica das normas produzidas pelo Estado e na perfeição lógica dos conceitos, ou na necessidade de proteção ao patrimônio individual.⁷⁶

A par disso, a maioria das soluções resultantes das questões levadas aos Tribunais servia apenas para tutelar, parcialmente, a personalidade naquilo que poderia ser representada patrimonialmente.

Em outro sentido, autores como Jean Dabin, partindo da distinção entre coisas e bens, aperfeiçoa o conceito de direitos extrapatrimoniais, para ressaltar o vínculo de domínio especial (*maîtrise*) ou propriedade existente entre os bens da

pour fin la satisfaction des intérêts des particuliers, et les secondes, celle de l'intérêt général. Le droit subjectif ne peut donc être défini que par opposition aux situations objectives, et les définitions qu'en ont données Savigny et Jhering ne sont pas assez précises pour le distinguer de ces situations. Il consiste dans une situation préétablie, créée par la volonté des particuliers, ou par la loi et non dans une simple réaction de la loi contre un acte ou contre un fait juridiques. Cette situation préétablie confère la sécurité à celui qui en bénéficie, et consiste dans une prérogative, qui est appropriée par lui à la manière d'un bien. Il peut donc en disposer, la céder à onéreux et à titre gratuit et y renoncer. Les droits subjectifs sont ainsi “situations régulièrement ‘établies’, soit par un acte volontaire, soit par la loi, desquelles découlent principalement des prérogatives, qui sont à l'avantage de leurs bénéficiaires, et auxquelles ils peuvent en renoncer.” (KAISER, Pierre. Les droits de la personnalité : aspects théoriques e pratiques. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, v. 3, 1971. p.452).

⁷⁴ “Roubier, à la différence de Dabin, revient à une division tripartite des droits subjectifs, laquelle ne coïncide pas du tout avec la division allemande: en effet, l'auteur français exclut l'existence de droits subjectifs non patrimoniaux, tous ont un caractère ‘pécuniaire’, la catégorie qui s'ajoute aux droits réels et aux droits de créance de la tradition romaine étant dénommée ‘droits d'entreprise et de clientèle’ et incluant les droits d'auteur. Quant aux droits non patrimoniaux, ils ne sont que ‘des intérêts légitimes protégés par une action en justice.’ (RIGAUX, *La vie privée...*, p. 148).

⁷⁵ “[...] il s'agit en réalité des situations juridiques dans lesquelles se trouve mise la responsabilité civile de l'auteur d'un dommage.” (KAISER, op. cit., p.452).

⁷⁶ Segundo Orlando GOMES: “Os códigos individualistas, voltados inteiramente para o indivíduo esqueciam a pessoa, omitindo-se diante de direitos sem os quais a personalidade do homem não encontra terreno propício à sua livre e necessária expansão. Algum desses direitos protegidos constitucionalmente sob forma de liberdades, não tinha tutela completada pela organização de um sistema de defesa contra possíveis atentados particulares [...]” (GOMES, Orlando. *Código Civil* : projeto Orlando Gomes. Rio de Janeiro : Forense, 1985. p.17).

personalidade e o sujeito.⁷⁷

As contradições entre os vários significados assumidos pelo direito subjetivo e sua oposição ao direito objetivo aí se revelam e se fazem presentes, como analisa Serpa Lopes, ao citar Jean Dabin:

“J. Dabin faz sentir que o problema do direito subjetivo se decompõe em um problema de *existência* e um problema de *definição*, sendo de notar que o primeiro historicamente se colocou posterior ao segundo, pois foi a escola objetiva, intervindo na controvérsia da definição, que iniciou o combate ao Direito subjetivo, negando-lhes foros de realidade. [...]. J. Dabin quer que o direito subjetivo se defina pelo que ele denomina de ‘*appartenance maîtrise*’, que significaria ‘pertinência-domínio’. O primeiro elemento - pertinência - é explicado pela razão de que todo direito subjetivo pressupõe um bem ou valor ligado ao sujeito-pessoa por um vínculo de pertinência, consagrado pelo direito objetivo, de modo que esse bem ele o considera seu. Refere, porém, que a ‘*appartenance*’ ou a pertinência não ministra senão um dos aspectos do direito subjetivo, embora nos conduza ao seu âmago. Necessário o outro aspecto - a ‘*maîtrise*’ - o domínio, esse aspecto de poder, que tanto Saleilles procurou exaltar.”⁷⁸

A percepção de que uma categoria especial de direitos subjetivos deveria ser construída para atender a esse espaço desregulamentado, no âmbito do Estado de Direito, motivava a formulação do conceito de direitos personalíssimos de caráter extrapatrimonial.

A doutrina civilista, majoritariamente, passou a aceitar, já no final do século XIX, a noção de direitos da personalidade, para neles reconhecer o vínculo entre os indivíduos e os prolongamentos da sua personalidade, sejam eles corpóreos ou incorpóreos, juridicamente definidos como bens da personalidade, com as seguintes peculiaridades:

“Todos os direitos subjetivos derivam do ordenamento positivo; mas enquanto para a criação de alguns deles - os chamados direitos derivados ou adquiridos - se requer, além do pressuposto da personalidade jurídica, a verificação de determinados requisitos, relativamente a outros - e estes são os direitos inatos - é suficiente o pressuposto da personalidade.”⁷⁹

⁷⁷“Selon la définition du droit subjectif proposée par Dabin, ‘l’appartenance-maîtrise’, le sujet à la maîtrise de la totalité des droits reliés à sa personne. Mais ceux-ci se distingueraient selon la nature de cette maîtrise: pour les uns, qualifiés de patrimoniaux, elle signifierait que le sujet peut disposer de ses droits, les transférer par un acte juridique, les transmettre à ses héritiers, bref les introduire dans un marché d’échange dominé par l’étalon de valeur qu’est la monnaie, ce qui leur confère une nature ‘pécuniaire’; les autres, et il s’agit des droits de la personnalité, seraient soustraits au marché, leur titulaire les maîtrise sans qu’il puisse jamais en abandonner ou en transférer l’exercice à autrui.” (RIGAUX, *La vie privée...*, p.148).

⁷⁸ SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1988. v. I: Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos. p.189-191.

⁷⁹DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Trad. Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caiero. Lisboa : Morais, 1961. p.23.

Esses bens compreendem as emanções físicas e intelectuais singulares, próprias de uma pessoa, e se referem tanto a sua expressão econômica quanto a sua significação social e política, contida na noção de liberdade pública, conforme já assinalado em relação aos direitos do autor.

A doutrina civilista do início deste século, majoritariamente, ao reconhecer a necessidade de tutelar os vários bens, corpóreos ou incorpóreos da personalidade, identificados com a pessoa, mas dela distintos, definiu-os como direitos subjetivos, oponíveis *erga omnes* e previstos em *numerus clausus*, à similitude dos direitos reais.⁸⁰

Em sua clássica obra, *Os direitos da personalidade*, Adriano de Cupis sintetiza essa posição doutrinária, aprofundando a distinção entre sujeito e objeto, entre o bem tutelado e a respectiva personalidade, ao dizer:

“Esta ‘não exterioridade’ não significa, por outro lado, ‘identidade’, visto que o ‘modo de ser da pessoa’ não é a mesma coisa que a ‘pessoa’. Não pode omitir-se sem risco a distância que separa a ‘não exterioridade’, ou a ‘interioridade’, da identidade. E nem sequer pode encurtar-se essa distância opondo ao sujeito, como objecto do seu direito, o *complexo* dos seus modos de ser físicos e morais, em vez de um seu particular modo de ser.

A identidade de sujeito e de objecto pode revelar-se, se considerarmos como objecto a própria pessoa. É a teoria segundo a qual os direitos da personalidade se reduziriam a um ‘jus in se ipsum’ ou direito sobre a própria pessoa. Esta teoria briga com o critério de identificação dos direitos subjectivos, baseado sobre o seu objecto. É que o objecto dos direitos subjectivos só pode ser um ‘bem’, e a individualização do ‘bem’ deriva da individualização da necessidade.”⁸¹

Antecipando esse pensamento, o Tribunal do Império alemão já decidira, em 1902, que: "O reconhecimento de um direito subjetivo geral da personalidade não encontra espaço no sistema positivo do nosso direito civil".⁸²

⁸⁰“Le droit positif protège le sujet contre l’expropriation d’un de ces biens par la puissance publique et contre leur appropriation par un autre agent juridique privé. Toutefois, la notion de bien juridique ne saurait embrasser l’intégralité des éléments qui constituent une personnalité individuelle. Les uns se situent en deçà de toute appréhension par l’ordre juridique positif, à défaut d’être insérés dans une relation à autrui. Tout bien juridique suppose un rapport social au moins virtuel. Parmi les autres, qui satisfont à cette exigence, le droit positif a opéré une distinction entre les éléments de la personnalité auxquels il ne peut ou ne veut conférer la qualité de bien juridique et ceux qui, faisant l’objet d’une telle protection, accèdent à la qualité de ‘biens de la personnalité’.” (RIGAUX, *La protection...*, p.607).

⁸¹ DE CUPIS, *Os direitos...*, p.23.

⁸² “La reconnaissance d’un droit subjectif général de la personnalité n’a pas sa place dans le système positif de notre droit civil”. (KAISER, *op. cit.*, p.486).

A explicação teórica para o fundamento do acórdão do Tribunal Imperial localiza-se na mesma vertente acolhida pelo Código Civil alemão de 1900, que ao especificar alguns direitos da personalidade, garante sua proteção de cunho patrimonial. Segundo essa vertente teórica, a ordem jurídica constituída pode, ou não, atribuir a qualificação de direito subjetivo a manifestações da personalidade. A negação de um direito geral da personalidade pelo Tribunal do Império corresponde, sob essa ótica, à técnica da especificação ou enumeração por esse Código.⁸³

A aproximação gradativa da perspectiva teórica atual dos direitos da personalidade deu-se por conta das discussões em torno do corpo e do direito do autor, que oportunizaram a percepção da liberdade e do direito subjetivo, em seu sentido original, na relação dos sujeitos entre si e com o Estado.

As construções doutrinárias, jurisprudenciais e legislativas, referentes à tutela de aspectos existenciais humanos, com base nos direitos da personalidade, são retomadas neste século, mas seu conteúdo vai referir-se, agora, aos valores fundantes do Estado de Direito, e não apenas ao exame da natureza patrimonial ou da sujeição, ou não, do bem tutelado.

Restou aos contemporâneos, como se vê, a tarefa de ajustar a forma como a liberdade seria tutelada, a partir dos moldes teóricos conceituais do século XIX, em que direito subjetivo significava poder privado e a liberdade garantia pública.

As bases filosóficas lançadas por Kant e Hegel, que separaram e deslocaram o conteúdo ético e moral do Direito, respectivamente, para o campo da autonomia do sujeito e para a moralidade do Estado e suas manifestações, vão receber uma nova roupagem teórica, no campo do Direito, e resultarão no enfraquecimento concreto das

⁸³ “La Cour fédérale de justice a tiré de ces textes, dans l’arrêt Schacht, la conséquence qu’il existe, dans les rapports privés, un droit général de la personnalité, qu’elle a défini ‘le droit d’un particulier contre un autre particulier, au respect de sa dignité d’homme et au développement de sa personnalité individuelle’. Un grand nombre d’arrêts postérieurs ont tiré de ce droit un développement du contenu de droits de la personnalité. Ils ont décidé, en particulier, qu’il n’y a pas seulement atteinte au droit de la personne sur son image, ainsi que le prévoit la loi du 9 janvier 1907 sur le droit d’auteur dans les arts plastiques et la photographie, quand une personne publie sans droit image d’une autre, mais aussi quand elle la réalise droit, spécialement par surprise.” (Ibid, p.486-487).

garantias do indivíduo perante o poder estatal.⁸⁴

As conflitantes relações entre sujeito e Estado irão produzir, a partir daí, uma nova tendência doutrinária, herdeira do conceitualismo alemão positivista e do francês, denominada de imperativismo ou normativismo jurídico.

As posições afirmativas da liberdade do sujeito continuaram a ser contestadas, no século XX, por autores que negavam a existência de direitos constituídos contra o Estado. Nesta perspectiva, o pensamento de Hans Kelsen leva a conseqüências extremas o enclausuramento do Direito pela norma e a dependência do sujeito em face ao Estado, como se retira do fragmento em que English comenta a obra desse autor:

“Mas note-se bem que os direitos subjectivos não brotam do sol por toda a parte em que algo é ordenado (prescrito) pelo Direito, mas tão-somente lá onde os imperativos jurídicos estão conformados e coordenados de maneira tal que deles resultam aquelas posições de privilégio (*Machtpositionen*) a que nós chamamos direitos subjectivos. Kelsen exprime isto mesmo nos seguintes termos: ‘Temos perante nós um direito subjectivo (*Berechtigung*) quando, entre os pressupostos da consequência jurídica ilicitude, figura uma manifestação de vontade, dirigida àquela consequência, daquele que é lesado nos seus interesses pelo facto ilícito, manifestação de vontade essa vertida na forma de uma acção ou de uma queixa (ou reclamação)’. Assim, ‘o direito subjectivo não se situa em face do Direito objectivo como algo independente dele’. ‘O dualismo de direito subjectivo e Direito objectivo desaparece’. Sempre que há direitos subjectivos, sempre que eles são ‘concedidos’, são concedidos através da criação de imperativos.”⁸⁵

As novas vertentes teóricas de aproximação dos direitos da personalidade de cada homem, com as liberdades de todos e de cada um perante o Estado, começam a se delinear, mais visivelmente, após a Segunda Guerra Mundial, em virtude dos traumas sofridos pelas sociedades europeias, regidas por ordens jurídicas que não levavam em consideração as perspectivas individuais e a necessária limitação finalística da existência do Estado.

⁸⁴“Pero Hegel es también un crítico de la filosofía jurídica de Kant, niega enfáticamente la doctrina del contrato social como origen del Estado, de la que Kant partía; reconoce por ello, de manera especial, la preeminencia del Estado, ‘divino terrestre’, y, por tanto, a la vez que de derechos de las personas, habla también de los derechos del interés del Estado y hasta de los que corresponden al Espíritu del mundo. Aquí está el origen del famoso transpersonalismo hegeliano, que há hecho que todos los totalitarismos modernos busquen, de algún modo, su justificación en las tesis del gran filósofo. Recordemos que para Hegel ‘el Estado es la realidad histórica (*Wirklichkeit*) de la idea moral.’ “ (GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit., p.88-89).

⁸⁵ ENGLISH, op. cit., p. 44-45.

No pós-guerra, as Declarações de Direitos Internacionais revelam a concepção de direitos fundamentais, não mais naturalmente concebidos, mas culturalmente apreendidos pela ordem jurídica, para além de sua pertinência puramente individualista e comprometidos com a solidariedade social. A Carta de Bonn, de 23 de maio de 1946, por exemplo, proclamou, em seus artigos iniciais, a intenção de respeito absoluto aos direitos fundamentais, no âmbito público e privado, de modo que o homem possa desenvolver sua personalidade e conservar sua dignidade.

Daí em diante, as Constituições, de um modo geral, procuram limitar, no âmbito das ordens jurídicas nacionais, o poder discricionário do legislador em relação aos direitos fundamentais da personalidade, como se encontra expresso no artigo 32, *in fine*, da Constituição italiana, ao assinalar que: “A lei não pode, em hipótese alguma, violar os limites impostos pelo respeito à pessoa humana”.⁸⁶

A complementação da garantia, genericamente afirmada pelos textos constitucionais, vem sendo reforçada por decisões jurisprudenciais, como aquela em que a Corte Constitucional italiana reafirma existir, na Constituição daquele país “[...] alguns princípios supremos que não podem ser subvertidos ou modificados no seu conteúdo essencial, nem pela lei de revisão constitucional, nem por outras leis constitucionais”. Tais princípios “[...] apesar de não estarem entre aqueles expressamente mencionados, como não alteráveis pelo processo de revisão constitucional, pertencem à essência dos valores supremos sobre os quais se funda a Constituição italiana”.⁸⁷

O conceito central de dignidade da pessoa humana interfere, também, nas relações entre as normas jurídicas nacionais e internacionais, pois, no caso de conflito entre essas duas categorias normativas, a interpretação adotada deverá ser, sempre, a mais favorável à proteção de direitos fundamentais assegurados.⁸⁸

⁸⁶ Constituição da República Italiana, *apud* PERLINGIERI, *Perfis...*, p.325.

⁸⁷ LIPARI, Nicolo. Diritti fondamentali e categorie civilistiche. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, n. 4, lugl./ago. 1996. p.416. (Tradução livre).

⁸⁸ *Ibid*, p.423.

Verifica-se, portanto, a aproximação entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade. Por tal razão, os textos constitucionais mais recentes, a exemplo do que ocorre com a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, mesmo que não contenham uma cláusula geral de proteção dos direitos da personalidade, consagram um rol de direitos tradicionalmente classificados como tal.

Seguiu-se ao movimento de constitucionalização dos direitos de personalidade, uma elaboração teórica, orientada por elementos da teoria do Direito Civil. O esforço dos doutrinadores concentrou-se, sobretudo, na superação do conceitualismo e do modelo de direito subjetivo extraído dos Códigos elaborados no século XIX. A doutrina civilista também assimilou as transformações dos conceitos juspublicistas, com a finalidade de flexibilizar a noção de direitos subjetivos da personalidade, de modo a afirmá-los mesmo contra o Estado.

Reivindica-se, para tanto, a aceitação de um direito único da personalidade, nucleado na dignidade da pessoa humana, como se depreende da crítica realizada por Capelo de Sousa, em defesa da posição unitarista do direito da personalidade:

“O curioso é que a satisfação dessas reivindicações vai processar-se não exclusivamente pelo alargamento dos direitos especiais de personalidade mas sobretudo através da consagração de um direito geral de personalidade, cujo objecto se procura concretizar e delimitar. O que, aliás, bem se entende na medida em que o homem actual vem compreendendo que a tutela multiparcelar das suas diferentes expressões da personalidade acaba por torná-lo uma presa fácil da estrutura do poder dominante, que a pretexto de dar-lhe um bem de que carece ou julga carecer, acaba por castrá-lo no essencial da sua personalidade.”⁸⁹

A superação do problema do conteúdo material dos direitos fundamentais da personalidade exige, como se vê, a formulação de uma teoria unitária, que postula a existência de um “direito geral da personalidade”, para suprir a necessidade de tutela ao sujeito em sua integridade, para além de sua compartimentalização e de seu reconhecimento pelas normas de origem estatal.⁹⁰

⁸⁹ SOUSA, op. cit., p. 84-85.

⁹⁰ A Professora Maria Celina Bodin de Moraes defende essa posição, no âmbito do direito brasileiro, ao dizer: “À identificação taxativa e ao desmembramento dos direitos da personalidade se opõe a consideração de que a pessoa humana – e, portanto, sua personalidade – configura um valor unitário, daí decorrendo o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de uma cláusula geral de tutela a consagrar a proteção integral da

Atualmente, qualquer que seja o entendimento sobre o modo de proteção jurídica da personalidade pelo direito constituído, a doutrina, em geral, considera que determinados atributos inerentes ao sujeito são indispensáveis para a manutenção da sua qualidade jurídica de pessoa e o Estado não pode retirar, arbitrariamente, o poder de decisão dos sujeitos sobre eles.⁹¹

As noções de direito subjetivo e de liberdade se reúnem em torno do poder de decisão individual, mas irradiam deveres especiais para o sujeito em relação a sua própria condição humana. A noção de soberania do Estado vem mitigada pelo dever de garantia dos direitos fundamentais aos cidadãos.

Os direitos se constroem, todos, no âmbito da sociedade, e não mais são percebidos, fragmentariamente, em várias categorias jurídicas de direito público e privado, pois contemplam, concomitantemente, poderes e deveres, que se unificam no sujeito, em sua dimensão social.

A assunção de semelhante posição teórica requereu, inicialmente, o resgate de valores fundantes do Estado de Direito, expressos nas Declarações jusnaturalistas, mas desvalorizados na construção do direito positivado, tais como a dignidade da pessoa humana e a resistência à opressão. Esses valores sugerem a noção de autodeterminação da pessoa e admitem, até mesmo, a ruptura com o direito constituído.⁹²

Trata-se de resgatar o valor da pessoa, em determinar seu destino e influir, solidariamente, no destino da sociedade em que vive, defendendo uma perspectiva personalista, e não mais egoística dos direitos da personalidade, como ressaltam os professores José Lamartine de Oliveira e Francisco Muniz:

personalidade, em todas as suas manifestações, tendo como ponto de confluência a dignidade da pessoa humana, posta no ápice da Constituição Federal de 1988. (art. 1º, III).” (MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade. In: BARRETO, Vicente. **A nova família** : problemas e perspectivas. Rio de Janeiro : Renovar, 1997. p.174).

⁹¹ Essa é a opinião de PERLINGIERI, quando trata das situações subjetivas existenciais e sua tutela jurídica. (PERLINGIERI, **Perfis...**, p.154-156).

⁹² FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 930.

“Ao defendermos uma noção personalista do Direito não estamos sustentando uma concepção individualista da sociedade, como ao analista desinformado e superficial poderia parecer. Conscientes de que só a noção substancial da pessoa confere sentido e dignidade ao Direito e de que só tal noção permite uma visão crítica e valorativa dos diferentes ordenamentos jurídicos, não enxergamos o ser humano de maneira abstrata, mas em sua inserção concreta na História e na sociedade. Em uma visão personalista, o ser humano não é visto como átomo isolado em face do Estado, nem em visão competitiva de ser contra o outro; mas como ser com o outro.”⁹³

O desenvolvimento da recuperação ética do direito positivado apresenta-se, hoje, como um pressuposto de sobrevivência desse mesmo direito, que foi construído com base na concentração de poderes do Estado e do indivíduo proprietário, reunidos sob os conceitos jurídicos de soberania e de direito subjetivo.

A manutenção do Estado de Direito, em sua forma contratualista, que marca toda a modernidade, demanda, portanto, um equilíbrio dos poderes do indivíduo perante os demais e a diminuição dos poderes do Estado perante os indivíduos.⁹⁴

O reencontro de uma ordem jurídica equilibrada implica a “reconstrução dos direitos humanos”, para utilizar a expressão de Celso Lafer, na qual a segurança oferecida pela legalidade formalmente legitimada ceda lugar à pluralidade e diversidade que põem em risco essa segurança, mas apontam para a necessidade da realização da justiça.

Verifica-se, ainda, na doutrina, a tendência de aproximação teórica entre os direitos da personalidade e os direitos do homem, ou direitos fundamentais, buscada através de sua origem e pressupostos comuns.⁹⁵

⁹³ LIRA, José Lamartine Correa de Oliveira; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os direitos da personalidade. (Tese apresentada na VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil) **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 532, fev. 1980. p. 17.

⁹⁴ FERRAJOLI, **Derecho y...**, p.931-932.

⁹⁵ La conexión (o confusión) entre derechos humanos y fundamentales habrá de manifestarse claramente cuando, frente a estos reparos, se diga que la fundamentalidad no depende, ya por último, de las características formales de los preceptos que contienen derechos fundamentales. Nos parece que cabría diferenciar ciertos derechos como fundamentales, atendiendo al criterio material, sólo si únicamente ellos desarrollaran valores, o el principio de dignidad de la persona o fueran expresión exclusiva del Estado social, por no referir sino criterios ya apuntados. Sin embargo, como la Constitución es en su totalidad un desarrollo axiológico con un claro objetivo, resulta bastante complicado distinguir una parte basados en un elemento compartido por la totalidad. La posibilidad de hacerlo tendría que apelar al gradualismo, lo que, además de requerir nuevamente de un criterio material, comportaría un alto grado de subjetivismo en la construcción. (COSSIO DIAZ, José Ramon. **Estado social y derechos de prestación**. Madrid : CEC, 1989. p. 67).

O caráter eminentemente subjetivo dos direitos fundamentais faz com que assumam uma dupla dimensão ou uma dupla função. Para Canotilho, a natureza dos direitos fundamentais insere-se numa dimensão subjetiva, correspondendo no plano jurídico estrutural a um direito subjetivo, tal como os direitos da personalidade.⁹⁶

Do mesmo modo, Jorge Miranda, aponta "[...] largas zonas de coincidências entre direitos subjetivos e direitos da personalidade", acrescentando, contudo, que não se confundem, mas admitindo que “[...] com algum exagero, de certo, chegamos a escrever: os direitos fundamentais são direitos da personalidade no Direito Público, os direitos de personalidade os direitos fundamentais no Direito Privado”.⁹⁷

Conseqüentemente, o problema da eficácia dos direitos da personalidade não se esgota no exame de sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, do mesmo modo que o exame dos direitos fundamentais não se exaure com a simples análise da eficácia dos princípios e preceitos que os acolhem nas Constituições.

A exposição do caminho percorrido pelos direitos da personalidade e pelos direitos fundamentais, bem como das dificuldades de sua convivência, sob uma ótica privatista, constitui ponto importante para a análise de problemas atualmente enfrentados pelos juristas, em relação ao corpo humano.

A complexidade de que se revestem as situações existenciais, em que a autonomia do sujeito, necessariamente, deve se fazer presente para tomar decisões referentes ao seu corpo, mas sob interferências externas exige dos juristas soluções que conjuguem princípios, conceitos e normas jurídicas que, no seu desenvolvimento teórico, aparecem como antagônicas e incompatíveis, mas que devem ser aplicadas a estes casos, em uma relação concorrencial de complementariedade.

⁹⁶Muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos direitos fundamentais são direitos de personalidade [...] e contudo, hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo e negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral da personalidade como “direito à pessoa ser e à pessoa devir”, cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra : Almedina, 1992. p.532).

⁹⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra : Coimbra, 1988. v. IV: Direitos fundamentais. p.34-35.

Sobre a interpretação das normas constitucionais, especificamente, para dar efetiva aplicação aos direitos fundamentais, no âmbito do Estado Social de Direito, o Professor José Alfredo de Oliveira Baracho, ao formular uma Teoria Geral da Cidadania, leciona:

“A interpretação procura compreender os direitos e garantias fundamentais, no Estado constitucional, com reflexões, não apenas teórico-jurídicas, sobre a efetividade das normas. A exegese constitucional coloca em destaque o problema da força normativa das diretrizes constitucionais, através de regras e aplicações que tornam possível assegurar eficazmente a proteção do texto constitucional, a partir do controle das leis, por meio de sentenças interpretativas.”⁹⁸

Orlando de Carvalho, resumindo a atualidade da necessária compreensão do processo de construção teórica dos direitos subjetivos, no espaço histórico da modernidade, destaca a permanente tensão entre os fins acolhidos pelo Direito e as possibilidades concretas de realização da felicidade humana, em sociedade, por meio desse instrumento:

“Podemos, pois, concluir sem receio que, seja qual for a fundamentação mais profunda que, numa indagação de caráter filosófica atribuímos à existência do Direito (reduzindo-o a um ordenamento objectivo, reduzindo-o a um poder subjectivo, ou transcendendo a distinção norma-poder em termos de institucionalismo, de ordinalismo, de decisionismo, de existencialismo, etc.) a repartição empírica das grandes manifestações do Direito, num mundo de comandos ou normas e um mundo de poderes ou faculdades - num mundo em que o indivíduo é executor do Direito e num mundo em que o indivíduo é como que criador do Direito - tem inegável, relevo para a inteligência do sistema.”⁹⁹

Qualquer que seja a conclusão, a problematização dos direitos fundamentais e da personalidade, por se referirem diretamente ao homem e suas múltiplas manifestações, reconduz a discussão ao problema jurídico da modernidade a seu ponto de partida – saber para que serve o Direito.

Qualquer conclusão é apenas uma nova indagação, e a resposta a essa e a outras indagações não pode ser encontrada somente na unidade preconizada pelo Direito Natural, nem na universalidade das normas apregoada pelo positivismo jurídico, nem, ainda, nos limites impostos pelos fatos e circunstâncias, como adverte Bobbio, ao lançar os seguintes questionamentos:

⁹⁸ BARACHO, *Teoria...*, p.62.

⁹⁹ CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica* : seu sentido e limites. 2. ed. Coimbra : Centelha, 1981. p.54.

“Além disso, há situações em que até mesmo um direito que alguns grupos consideram fundamental que lhe é contraposto, como é o caso da objeção de consciência. O que é mais fundamental: o direito de não matar ou o direito da coletividade em seu conjunto de ser defendida contra uma agressão externa? Com base em que critério de valor uma tal questão pode ser resolvida? Minha consciência, o sistema de valores do grupo a que pertencço, ou a consciência moral da humanidade num dado momento histórico? E quem não percebe que cada um desses critérios é extremamente vago, demasiado vago para concretização daquele princípio de certeza de que parece ter necessidade um sistema jurídico para poder distribuir imparcialmente a razão e a não-razão?”¹⁰⁰

¹⁰⁰BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro : Campus, 1992. p. 43.

CAPÍTULO 2

DE CORPORE JUS : GARANTIA E PROTEÇÃO

CAPÍTULO 2

DE *CORPORE JUS*: GARANTIA E PROTEÇÃO

2.1 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A ESSENCIALIDADE DO DIREITO À VIDA

O tratamento jurídico dos aspectos físicos do sujeito de direito inscreve-se, hoje, inquestionavelmente, no quadro do direito ou dos direitos da personalidade.¹⁰¹ A natureza especial e a complexidade dos interesses tutelados vêm suscitando questões específicas, de tal modo que, cada vez mais, parte da doutrina aponta para a delimitação de um “direito corporal”,¹⁰² sem que isso resulte, necessariamente, em fragmentação ou possibilidade de reificação do homem pelo Direito.

Convém lembrar que as elaborações doutrinárias a respeito das manifestações corporais e intelectuais dos sujeitos, sob a ótica dos direitos personalíssimos não patrimoniais, e a gradativa regulamentação legislativa dessas relações foram oportunizadas e impulsionadas, primeiramente, pelo grande número de demandas dessa natureza levadas aos Tribunais europeus, desde o final do século XIX.¹⁰³

¹⁰¹A utilização da expressão no singular direito da personalidade corresponde ao entendimento doutrinário denominado sistema unitário, que reconhece a existência de um direito geral da personalidade. A expressão no plural direitos da personalidade, por sua vez, corresponde ao entendimento doutrinário denominado sistema plural ou pluralista, que admite a existência de distintos direitos personalíssimos relativos à personalidade humana.

¹⁰²A tendência a dar um tratamento homogêneo às questões concernentes à proteção e utilização do corpo humano, pelo Direito, partindo do estatuto civil do corpo humano, verifica-se em autores como Savatier, referido por Jean-Christophe GALLOUX (De *corpore jus*, In: **Les Petites Affiches**, Paris, La Loi, n.149, dec. 1994, 383^{ème} Année). A expressão Direito Corporal, vem mencionada por Anahi MALICKI, referindo-se à obra de Carranza, In: BUERES, Alberto J. (Dir.). **Código Civil y Normas Complementarias** : análisis doctrinario y jurisprudencial. Coord.: Elena I. Highton. Buenos Aires : Hammurabi, 1995. v. I. p.101.

¹⁰³ Raymond LINDON destaca o papel da jurisprudência, na construção dos direitos da personalidade, ao dizer: “En réalité, c’est la jurisprudence qui, comme on l’a dit, a créé, par touches successives, chacun de ces droits et fait apparaître leurs caractères communs. Le tout s’est fait comme on imagine que se coud un habit d’Arlequin: des morceaux apparemment disparates, de diverses formes, de maintes couleurs, ont été, au cours d’un travail patient et, à la vérité, hésitant, taillés, cousus et rassemblés, pour finir, en un vêtement non seulement bien cousu mais heureusement ajusté.” (LINDON, Raymond. Les droits de la personnalité. Paris : Dalloz, 1974. p.5).

No século XX, a abundante e perniciosa utilização de instrumentos científicos e tecnológicos, bem como sua repercussão sobre a vida e o corpo humano, contribuiu, decisivamente, não só para o definitivo reconhecimento da necessidade da tutela jurídica integral da personalidade humana, mas, sobretudo, para a afirmação da proteção corporal por normas de Direito Internacional.

No pós-guerra, ainda sob o impacto das experiências científicas realizadas com seres humanos, nos campos de concentração, e diante dos efeitos desastrosos das duas bombas atômicas lançadas pelos Estados Unidos da América do Norte sobre o Japão, foram gestados dois importantes marcos com conseqüências sobre o Direito ocidental, o Código de Nuremberg¹⁰⁴ e a Declaração Universal dos Direitos do Homem. As disposições desses documentos revelam, parcialmente, o conjunto de problemas a ser enfrentado pelo Direito, a partir da revitalização da noção ética de dignidade fundamental do homem, diante da Ciência e do Estado.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, firmada em 1948, pelos países integrantes da Organização das Nações Unidas (ONU), contém, entre outros, os seguintes mandamentos: “Art. 3º - Todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. Art. 6º - Todos os indivíduos têm direito ao reconhecimento, em todos os lugares, da sua personalidade jurídica”.¹⁰⁵

Nas três últimas décadas, o vigoroso crescimento, a aplicação e difusão de novas técnicas das ciências biomédicas e suas imprevisíveis repercussões sobre o homem têm resultado em dinâmicos e multifacetados desdobramentos, que estão a

¹⁰⁴O “Código de Nuremberg”, como é denominado internacionalmente, consiste em um conjunto de dez princípios deontológicos básicos, utilizados pelo Tribunal Militar de Nuremberg, por ocasião do julgamento do caso U.S. *versus* Karl Brandt, em 19 de agosto de 1947, durante o qual se discutiu a responsabilidade dos médicos, por experimentos científicos em seres humanos, sem levar em consideração a vontade dos sujeitos, mediante a adoção de técnicas atentatórias à dignidade humana, em busca de resultados que comprometiam o desenvolvimento e atingiam a integridade do sujeito/objeto da pesquisa.

¹⁰⁵GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Textos fundamentais de direito internacional**. Lisboa : Aequitas, 1993. p.23.

exigir a constante renovação do conteúdo e das formas de tutela dos direitos da personalidade, pondo em destaque, em particular, sua relação com os limites e a finalidade da Ciência Moderna.¹⁰⁶

A necessidade e urgência de assegurar a proteção jurídica de aspectos da personalidade humana levaram o Direito Internacional e a doutrina a elaborar um catálogo básico de direitos relativos às várias manifestações do sujeito. Além disso, influenciaram a inscrição desses direitos nos Códigos Civis de diversas orientações, seguindo a linha de evolução do artigo 5º, do Código Civil italiano de 1942,¹⁰⁷ até chegar a formulações mais amplas e abertas. Nesse passo, o Código Civil português de 1966 estabelece, em seu artigo 70º:

“Direitos de personalidade

Artigo 70º (Tutela geral da personalidade)

1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.
2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida.”¹⁰⁸

Atualmente, a proteção aos direitos da personalidade vem contemplada em legislações que atendem a orientações teóricas diversas. Vale dizer, ou são assegurados

¹⁰⁶“Na segunda metade do século XX, a maior parte dos progressos médicos acarretaram sérias preocupações entre os estudiosos dos “Direitos”, tendo em vista os diversos domínios que a Bioquímica, a Biofísica, a Imunologia, a Biologia Molecular e a Informática, consideradas como etapa ‘Humana’, extremamente vinculadas a reflexões Biomédicas. A revolução terapêutica, o desenvolvimento da Bioética, e do Bio-Direito, as manipulações sobre a vida, levaram à produção de novas normas jurídicas, sendo que em certas ocasiões surgem situações de emergências de regulações pré ou para-jurídicas.” (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O direito de experimentação sobre o homem e a biomédica (cidadania e ciência)**. Artigo acessado, via Internet, na *homepage* Mestrado, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. p.2).

¹⁰⁷ O professor Alberto J. BUERES (**Responsabilidad civil de los medicos**. 2. ed. Buenos Aires : Hammurabi, 1994. v. 2. p. 235-236) relembra que o conteúdo do artigo 5, do Código Civil italiano, resultou da reação do meio jurídico italiano à comercialização de partes essenciais e não renováveis do corpo humano. O referido artigo de lei tem a seguinte redação:

“5. **Atti di disposizione del próprio corpo**. - Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all’ordine pubblico o al buon costume.”

¹⁰⁸LIMA, Fernando Andrade Pires de ; VARELA, João de Matos Antunes. **Código Civil anotado**. 3. ed. rev. e actual. Coimbra : Coimbra, 1982. v. I: Artigos 1º a 761º. p.101-102.

por ordenamentos jurídicos que prevêm um catálogo básico e enumeram os direitos referentes às emanções corporais e intelectuais da personalidade, ou estão previstos em cláusulas gerais de proteção a esses direitos, conforme ressalta Capelo de Sousa, ao comentar o artigo 70º do Código Civil português e a articulação do direito geral da personalidade com os direitos especiais da personalidade.¹⁰⁹

Parte da doutrina, ao destacar que a recepção legislativa desse catálogo, não esgota a possibilidade de novas manifestações humanas virem a ser tuteladas pelos direitos da personalidade, destaca que sua inserção nos ordenamentos jurídicos, pela técnica da enumeração taxativa ou em *numerus clausus*, é sempre provisória, embora lhes empreste maior visibilidade, facilitando sua postulação e defesa em juízo.¹¹⁰

Nesse sentido, os professores José Lamartine e Francisco Muniz, mesmo reconhecendo a vantagem da gradativa assimilação legislativa dos direitos da personalidade, formulam uma crítica ao sistema enumerativo desses direitos e realçam sua provisoriedade, diante do aumento de situações que põem em risco a vida, a integridade do homem e demais prolongamentos de sua personalidade:

“A verdade, porém, é que essa enumeração limitativa viria a revelar-se amplamente insuficiente. Com efeito, embora, em comparação com situações legislativas anteriores, tenha havido um alargamento, como já foi dito, a própria técnica de enumeração tipificante leva a uma limitação na tutela da personalidade. Os progressos da técnica moderna tornaram possíveis agressões à esfera privada da vida humana que não poderiam ter sido previstas pelo legislador do fim do século XIX.”¹¹¹

Em relação aos aspectos corporais dos sujeitos, a síntese dessas tendências doutrinárias jurisprudenciais e desse longo processo de construção dos direitos da personalidade, parece se encontrar, hoje, na “Carta Canadense de Direitos e

¹⁰⁹SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. Op. cit. p.557-627.

¹¹⁰O Professor José Alfredo de Oliveira BARACHO acrescenta: “As enumerações, muitas vezes, não concretizadas dos Direitos e Liberdades Fundamentais, bem como das Liberdades Públicas, precisam de uma reformulação não apenas teórica, mas pragmática, que lhes dêem efetividade e eficácia. Temos como o corpo humano, os direitos da personalidade, a vida familiar ou as crianças, precisam ser reestudados, para que saiam da fase de enumeração, que se esgota nas listagens mais ou menos ampla dos Direitos[...].” (BARACHO, **O direito de...**, p. 3).

¹¹¹LIRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira; MUNIZ, Francisco José Ferreira. Op. cit. p.12.

Liberdades”¹¹², de 1984. Também, a recente Lei francesa, de 29 de julho de 1994, incluiu, no Título I, Capítulo II, do *Code Civil*,¹¹³ normas gerais relativas ao respeito ao corpo humano. A Lei francesa enumerou e regulou, além disso, direitos específicos, abrindo campo para a construção de novos direitos corporais, tais como: o direito à descendência e sua ligação com a eugenia; a proteção à intimidade do indivíduo, em face de intervenções científicas e terapêuticas; a garantia à biodiversidade e a limitação das aplicações experimentais da Ciência em seres humanos.

Portanto, qualquer que seja a aproximação teórica pretendida, o inventário legislativo e jurisprudencial atual permite identificar, entre os direitos da personalidade, decorrentes ou vinculados à dimensão física do sujeito, pelo menos, o direito à vida, o direito à integridade física, o direito à disposição do corpo e o direito à disposição cadavérica.¹¹⁴

Verifica-se atualmente uma espécie de retorno ao pensamento jusnaturalista dos fundadores da modernidade, como se percebe do fragmento retirado da obra de Berlinguer, ao lembrar que na “[...] formulação de Locke segundo a qual a ‘lei natural’ fundamental, que se constitui em obrigação para todos, é o direito à vida; seres humanos ‘sendo iguais e independentes, não devem causar dano à vida, à saúde, à liberdade ou à propriedade de outro’”.¹¹⁵

¹¹² “ 19 La personne humaine est inviolable.

Nul ne peut porter atteinte à la personne d’autrui sans son consentement ou sans y être autorisé par la loi.” (CRÉPEAU, Paul-A; WAINWRIGHT (Orgs.). **Les Codes Civils et Lois Civiles Connexes**. Colab.: Marie-Andrée Dorais. Montréal : Y. Blais Inc., 1992. p.677-683).

¹¹³ **Le Code Civil** : édition mise à jour au 1^{er} janvier 1997. Paris : Flammarion, 1997. p.16-17.

¹¹⁴ Entre outros autores, com algumas variações, admitem tais direitos: Adriano DE CUPIS (**O direito da personalidade**. Lisboa : Moraes, 1961. p. 15), CASTAN TOBEÑAS (**Los derechos de la personalidad**. Madrid : Reus, 1952. p. 21), Raymond LINDON (op. cit., p. 9), PONTES DE MIRANDA (**Tratado de direito privado** : parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1956. v. VII: Direito de Personalidade. Direito de Família : Direito matrimonial (Existência e Validade do Casamento. p. 5-139), Orlando GOMES (**Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 216, n. 760-762, out./dez. 1966. p. 9) e LIMONGI FRANÇA (**Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 370, ago. 1966. p.9).

¹¹⁵ BERLINGUER, Giovanni. **Ética da saúde**. São Paulo : Hucitec, 1996. p.73.

O conteúdo desses direitos vem pautado pela necessidade de garantia e proteção e expresso pelo binômio poder/dever, que compõe a noção de direito subjetivo, podendo, por isso, ser entendido como o conjunto de atribuições ou faculdades jurídicas que o indivíduo tem sobre sua vida, seu corpo, sua saúde e seu cadáver, em oposição aos limites impostos a sua liberdade¹¹⁶ e à liberdade de terceiros e do Estado.

A pluralidade de poderes e deveres jurídicos verificáveis no conteúdo desses direitos subjetivos especiais, concentrada em um mesmo sujeito, dificulta, sobremaneira, sua exata compreensão. Com efeito, os poderes e deveres localizados em um só sujeito podem se apresentar aparentemente contraditórios entre si, ou colocar em aparente conflito os diversos aspectos do sujeito tutelados pelo direito, pois o seu enlace lógico (o corpo do sujeito) exige a assunção, concorrente e concomitante, de distintas posições, podendo levar, inclusive, à conclusão de que não se trata de verdadeiros direitos subjetivos.

Pietro Perlingieri esclarece a peculiaridade do conteúdo desses direitos, ao enunciar o seguinte pensamento: “A esta matéria não se pode aplicar o direito subjetivo elaborado sobre a categoria do ‘ter’. Na categoria do ‘ser’ não existe a dualidade entre sujeito e objeto, porque ambos representam o ser, e a titulariedade é institucional orgânica.”¹¹⁷

Entre os direitos voltados à proteção da dimensão física do sujeito; o direito à vida antecede temporalmente e contém, logicamente, todas as demais manifestações físicas dos sujeitos, mas, ao mesmo tempo, depende da tutela jurídica dessas

¹¹⁶São inúmeras as situações em que a vida e a integridade física estão a merecer proteção contra o titular, resultando na limitação da liberdade do indivíduo, em virtude da presença de interesse público que informa o conteúdo desses direitos, como se observa na doutrina suíça : “A l’évidence, toute mesure de protection des individus contre eux-mêmes représente une contrainte, puisqu’il s’agit d’empêcher l’individu de choisir une ligne de conduite qu’il a, ou pourrait avoir, envie d’adopter. Au surplus, de telles mesures peuvent porter atteinte à l’intégrité physique ou morale des individus. Dans les deux cas, c’est la liberté de l’individu qui est en cause, puisque pour le Tribunal fédéral l’intégrité physique et morale de l’individu est protégée au titre de la liberté personnelle. Or si la liberté des individus est par la force des choses seulement limitée, la possibilité de la restreindre est à son tour soumise à des limitations.” (KAPPELER, Dietrich. *La protection contre soi-même. Mémoires Publiés par la Faculté de Droit de Genève*, n. 50, 1976. p. 161).

¹¹⁷ PERLINGIERI, Pietro. Op. cit p.155.

manifestações, para sua proteção e permanência, como explica Adriano de Cupis:

“O bem da integridade física é, a par do bem da vida, um modo de ser físico da pessoa, perceptível mediante os sentidos. Esse bem, por outro lado, segue, na hierarquia dos bens mais elevados, o bem da vida. De fato, enquanto este último consiste pura 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.”¹¹⁸

As dificuldades de compreensão lógica da qualificação do direito à vida, como um direito subjetivo, não lhe retiram suas características básicas de essencialidade e indisponibilidade, assumidas pela normatividade, exigindo que lhe seja dispensado um tratamento diferenciado das demais modalidades de direitos corporais.

Contraditoriamente, entretanto, no mesmo ambiente cultural em que vem se dando a progressiva afirmação, alargamento e difusão dos direitos da personalidade em geral, e a valorização do direito à vida em especial, pelo menos dois importantes textos contemporâneos do Direito Internacional contêm dispositivos que negam ou diminuem o caráter essencial e absoluto do direito à vida, ao admitirem a pena de morte. Entre eles, a Convenção Européia e Protocolos Adicionais, aprovada em 04 de novembro de 1950, que em seu artigo 2º afirma: “1. O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, **salvo em execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal**, no caso de o crime ser punido com esta pena pela lei.”¹¹⁹ (sem grifos no original)

A mesma relativização do direito à vida, quando dimensionado perante a soberania estatal, verifica-se no texto do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado em 1966, pela vigésima primeira sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas e só recentemente ratificado pelo Brasil, em 28 de abril de 1987, que em seu artigo 6º dispõe:

“1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei, ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.

¹¹⁸ DE CUPIS, Adriano. Op. cit. p.71.

¹¹⁹ GOUVEIA, op. cit., p.73.

2. **Nos países em que a pena de morte não tenha sido abolida, esta poderá ser imposta** apenas nos casos de crimes mais graves, em conformidade com a legislação vigente na época em que o crime foi cometido e que não esteja em conflito com as disposições do presente Pacto, nem com a Convenção sobre a prevenção e a Punição do Crime do Genocídio. Poder-se-á aplicar essa pena apenas em decorrência de uma sentença transitada em julgado e proferida por tribunal competente.”¹²⁰ (sem grifos no original)

Cabe mencionar que antes de ser compreendido como um direito essencial da personalidade, o direito à vida, tradicionalmente, mereceu a proteção de normas penais.¹²¹ Tal proteção levava em consideração apenas os interesses da sociedade em proteger a vida contra os atentados perpetrados por indivíduos ou grupos de indivíduos, sem, contudo, incorporar a tutela da vida, contra o Estado.

Somente a concepção do direito à vida como direito da personalidade, com caráter essencial, *erga omnes*, oportunizou a modificação qualitativa do seu conteúdo. Essa mudança operou, ainda, outras duas alterações: uma quantitativa, que resultou na ampliação do rol dos obrigados passivos, passando a proteger a vida, inclusive, contra os ataques do próprio titular e da coletividade politicamente organizada; outra, taxionômica, porque o direito à vida deixou de receber apenas a proteção penal, para se instalar nos textos constitucionais, apresentando-se, atualmente, como um direito fundante do próprio Estado Democrático de Direito.¹²²

Nessa linha de ampliação da extensão do direito da personalidade, o *caput* do artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, que o incluiu o direito à vida entre os direitos fundamentais, *verbis* : “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos

¹²⁰ Ibid, p.46.

¹²¹ No Brasil, o Código Penal tipifica e prevê as sanções aplicáveis aos crimes contra a vida nos artigos 121, 124, 128, 130 e 136.

¹²² Assim, por exemplo, a Constituição Espanhola de 1978, em seu artigo 15, prevê o direito à vida e à integridade física e veda a existência de pena de morte. A recentíssima Constituição da República Argentina, promulgada em 23 de agosto de 1994, proclama em seu artigo 18º, *in fine*: “Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.”

brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade,[...]"

Ao analisar o caminho trilhado pelos direitos da personalidade, parte da doutrina constitucionalista identifica sua raiz comum com os direitos humanos, e reivindica a necessidade de tratamento conjunto desses direitos, com base no conceito de indivisibilidade dos direitos humanos ou fundamentais.¹²³

Nas relações entre particulares, o Direito contemporâneo também admite a relativização do valor essencial da vida, à medida que tolera que o indivíduo a coloque em risco, mediante seu consentimento juridicamente válido, para obter a satisfação de necessidades materiais.

De qualquer modo, não admite a possibilidade de renúncia voluntária, ao direito à vida, mas apenas sua exposição limitada, havendo sempre a possibilidade de revogação do consentimento, como explica o professor Orlando Gomes, ao tratar das atividades desportivas ou laborais perigosas, contratualmente assumidas e sua revogabilidade, *in extremis* :

“Sendo evidente que o direito à vida não legitima o suicídio, apresentam-se como aspectos interessantes desse direito de personalidade os que resultam de relações jurídicas de natureza negocial que expõem uma das partes a riscos extremos. Até que ponto, pergunta DIEZ DIAZ, é lícito arriscar a vida em exercícios perigosos e desnecessários pelo torpe afã de enriquecer? Toleram-se as atividades arriscadas em espetáculos de circo e se admitem práticas desportivas, como a do pugilato, e a das touradas, nas quais os participantes jogam com a própria vida. Conquanto se invoquem para a validade desses contratos, o princípio de que tais práticas são autorizadas e a regra *volenti non fit injuria*, bem é de ver que sobreleva o ditame superior que protege o direito à vida, a determinar pelo menos, tratamento diverso à eficácia desses contratos, e ao valor da declaração de vontade, admitindo-se, como advoga DE CUPIS, a revogabilidade *in extremis*, expressamente acolhida no Projeto do Código Civil Português (art. 81, n° 2).”¹²⁴

¹²³ “Os direitos de personalidade abarcam certamente os direitos de estado (por exemplo: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão). Tradicionalmente, afastavam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações, por não serem atinentes ao ser como pessoa.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. p.532).

¹²⁴ GOMES, Orlando. Direitos da Personalidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v.11, set. 1966. p.40.

A execução desse contrato não pode ser forçada, diante da irrenunciabilidade do direito à vida, mas a obrigação contratual é válida e gera responsabilidade civil pela denúncia injustificada.

Nesse sentido, Pontes de Miranda elabora o seguinte raciocínio:

“Ora, tais contratos existem, valem; não há, porém, a execução pela submissão. Também os lutadores à romana, os boxeadores, ou pugilistas, contratam validamente e eficazmente: o que não se lhes pode exigir é a entrada no estádio ou campo. O consentimento no contrato com os empresários, ou com os outros pelejadores, ainda não é auto-submissão, que seria execução do contrato: aquele consentimento foi elemento do suporte fático, que entrou no mundo jurídico (= se fez negócio jurídico bilateral ou plurilateral) e aí produziu (eficácia) direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções; a auto-submissão já seria adimplemento da obrigação, que é eficácia, como a recusa seria inadimplemento.”¹²⁵

Os efeitos patrimoniais dos contratos que põem em risco a vida do sujeito, ainda que sejam tratados no quadro da autonomia da vontade privada com seus efeitos vinculantes entre os sujeitos, revelam, por evidente, a imperfeição do tratamento dos direitos da personalidade pelas categorias vigentes no Direito das Obrigações.

De resto, poder-se-ia dizer que o Direito Ocidental reconhece o valor essencial da vida e busca assegurá-lo, contra todo e qualquer atentado que possa sofrer. Resta observar que, ao lado da pena de morte e da possibilidade de realização de contratos que põem em risco a vida, também a eutanásia e o aborto ainda são questões jurídicas abertas, que continuam a recolocar, permanentemente, os termos da discussão a respeito do caráter essencial e indisponível do direito à vida.¹²⁶

Com relação, especificamente, à eutanásia, em suas múltiplas configurações,¹²⁷ só muito recentemente o Direito Contemporâneo passou a especular

¹²⁵PONTES DE MIRANDA, op. cit., p.28.

¹²⁶Conforme acentua DWORKIN, “abortion, which means deliberately killing a developing human embryo, and euthanasia, which means deliberately killing a person out of kindness, are both choices for death. The first chooses death before life in earnest has begun, the second after it has ended. Each choice has been condemned and defended for millennia. But never have the arguments been so passionate, so open, so evenly divided, and never has controversy about each one been so closely connected to controversy about the other, as in the United States and Europe now.” (DWORKIN, Ronald. *Life's dominion : an argument about abortion, euthanasia, and individual freedom*. New York : A. A. Knopf, 1993. p.3).

¹²⁷A eutanásia pode ser classificada em: “La *eutanasia voluntaria*, donde el propio interesado manifiesta su voluntad de morir y presta su consentimiento; y, la *eutanasia involuntaria*, cuando el consentimiento lo dan parientes o allegados, o incluso los mismos médicos. Atento a lo expuesto, cabe hablar de

sobre seu reconhecimento como um direito subjetivo e não apenas como um ilícito.

O ponto de partida para a tentativa de alteração da qualificação jurídica da eutanásia se deu com a discussão travada a respeito do tema, na Assembléia Constitutiva do Conselho da Europa, que formulou a Recomendação 779/76, cujo texto concluiu que a prática médica não deve buscar, exclusivamente, a prolongação da vida, mas deve visar, antes de mais nada, ao alívio do sofrimento, respeitando a vontade do paciente.¹²⁸

A eutanásia, em sua atual apreensão pelo Direito, é vista como *the right to die*, direito de morrer, ou *the right to choose to die*, o direito de escolher o momento para morrer. A concepção que acentua o valor da liberdade do indivíduo, mesmo reconhecendo o valor essencial da vida, tem se firmado e refletido, sobretudo, nos Estados Unidos da América do Norte, onde vem se construindo o direito à eutanásia, a partir da interpretação do texto da Constituição norte-americana.¹²⁹

Partindo do conceito de dignidade da pessoa humana e da perda dessa dignidade, como conseqüência de doença incurável, a eutanásia também vem sendo defendida como direito a ser livremente exercido pelo sujeito, no âmbito do pensamento jurídico europeu. Domenico Corradini pondera que depois da crise do

eutanasia activa o pasiva, la cual a su vez será voluntaria o involuntaria. [...] La *eutanasia activa*, que supone una intervención directa que provoca la muerte del paciente con el objeto de poner fin a los sufrimientos de su agonía; y la *eutanasia pasiva*, que consiste en la ausencia de actitud terapéutica ante un enfermo grave o terminal, de modo tal que se obtiene el mismo resultado.” (MALICKI, op. cit., p.128-129).

¹²⁸ Segundo observam Guillod e Guinand, na Suíça, a repercussão da referida Recomendação é dúbia e contraditória: “ La reponse suisse à cette Recommendation n’a pas tardé: le 5 novembre 1976, l’Académie suisse des sciences médicales (ASSM) adoptait des Directives concernant l’euthanasie (cf. infra, n° 20s.). L’adoption de ces Directives a fourni aux autorités fédérales une raison supplémentaire de nier l’opportunité de légiférer en la matière. [...] On retrouve cette façon lapidaire d’esquiver le problème en s’en remettant à la pratique et à la déontologie médicales dans le Message concernant la modification du Code pénal et du Code pénal militaire, du 26 juin 1985. A l’occasion de la présentation de l’article 114 CPS révisé, le Conseil fédéral expose qu’une disposition sur l’euthanasie n’est guère concevable car il est impossible “d’élaborer une norme générale qui soit satisfaisante” dans la mesure où l’euthanasie dépend trop des circonstances d’espèce.” (GUILLOD, Olivier; GUINAND, Jean. Validité et efficacité du testament biologique. *Revue de droit suisse*, Basel : Basel 1988. p.404-405).

¹²⁹ DWORKIN, ao comentar ao caso de Nancy Cruzan, julgado pela Suprema Corte do Missouri, em 1989, relata os movimentos a favor e contra à eutanásia, que vêm se desenvolvendo nas legislações estaduais e que têm tido reflexo, sobretudo, nas Cortes Superiores, onde vêm à tona, novamente, os problemas dos limites do federalismo norte-americano, em relação à competência dos Estados federados acerca da limitação da liberdade dos cidadãos. (DWORKIN, op. cit., p.11-12).

liberalismo, da crise do Estado de Direito e do Estado social, o direito de viver precisa ser analisado mais a fundo, em seus desdobramentos: o *direito pela vida* e o *direito sobre a vida*. O autor trata do tema da eutanásia a partir do direito à vida, para realizar a seguinte distinção:

“Em primeiro lugar: o direito pela vida [wright to life] no sentido de que ninguém pode me matar ou ainda ferir, ou ainda ofender e humilhar a minha própria dignidade. Em segundo lugar: o direito sobre a vida, *wright on life, on my life*, o direito sobre a minha própria vida, *jus in se ipsum*, no sentido de que cada um de nós, pelo menos quando a situação existencial é trágica e cheia de dor insuportável, cheia de sofrimento, intolerável, tem um direito ético de dispor da sua vida. Claro, agora estou falando de eutanásia. Quando eu estou muito doente, quando estou moribundo terminal e sem esperança, então posso exercitar eticamente (talvez não sempre juridicamente) o meu próprio direito de escolher a hora da minha morte, o direito de escolher a morte agora.”¹³⁰

O direito da *common law*, apesar de sua permanente ligação com os princípios liberais clássicos e com a noção ética de livre arbítrio, tem reconhecido que a regulamentação jurídica de qualquer espécie de eutanásia pode abrir espaços que conduzam a excessos, ou cair em desvios incontrolláveis pela ordem jurídica. Advêm daí as medidas legislativas menos liberais, porque mais restritivas da liberdade individual, tomadas pelo governo australiano, pelo Congresso e pela Suprema Corte norte-americana.¹³¹

Em alguns países, como a Suíça e mais recentemente a Holanda, foi acolhida a possibilidade de a eutanásia ser regulada juridicamente como direito do paciente, e, embora esses países não tenham, ainda, legislado sobre ele, o comportamento do médico que auxilie o paciente a pôr fim a sua vida já se encontra descriminalizado.¹³²

¹³⁰BROUSSARD, Domenico Corradini. **Vem vagamente, vem lentamente** : o direito de morrer. IBEJ, Curitiba, 08 mar. 1997. p.10-11.

¹³¹No caso Nancy Cruzan, a Suprema Corte norte-americana, ao manter a decisão da Suprema Corte do Missouri, decidiu, em suma, que a vida deve ser mantida mesmo contra os interesses da pessoa, pois o direito de morrer não constitui um direito, em sentido estrito. (DWORKIN, op. cit., p. 12). Mais recentemente: “In March, Australia’s government overturned the world’s first ‘right-to-die’ law ever put into operation. Under the law, four terminally ill cancer patients in the country’s Northern Territory had committed suicide with a doctor’s help. In April, the United States Congress voted to forbid the use of federal money for doctor-assisted suicide. Last week, Oregon’s senate voted to hold a second referendum on that state’s euthanasia law, passed by a narrow majority of Oregon’s voters in 1994, to ask if they now want to repeal it. The federal Supreme Court is about to hand down its decision on whether to overturn two of the country’s lower courts and uphold two states’ bans - in New York and Washington - on doctor-assisted suicide.” (The euthanasia war : last rights. **The economist** (The right to choose to die), June 21st-27th, 1997. p.21).

¹³² “ No Western country formally permits doctors to kill patients, but the Dutch parliament has declared that doctors who do so will not be punished if they follow statutory guidelines. Euthanasia now accounts for 2 percent of deaths in that country, and the Dutch practice has provoked intense controversy not only there but

No Brasil, é incipiente o debate sobre a eutanásia. A discussão ainda não ultrapassou sequer o espaço acadêmico e jornalístico, não tendo atingido o espaço jurídico. Por isso, são relativamente raras as obras jurídicas sobre o assunto.¹³³ A resistência ao tema pode ser creditada, até agora, sobretudo, à forte influência da doutrina católica no País e ao insulamento das idéias-força do liberalismo individualista, no plano das relações políticas e econômicas, mas essa mentalidade começa a se modificar.¹³⁴

A análise jurídica do aborto, para além de sua tipificação penal, realizada pelo artigo 124, do Código Penal brasileiro, na sua intersecção com o direito à vida, e sob a ótica dos direitos da personalidade, exige, preliminarmente, o reexame da qualificação jurídica do nascituro e a extensão de seus direitos, em todas as fases da vida humana anteriores ao nascimento.¹³⁵

in America and elsewhere.” (DWORKIN, op. cit., p. 3). A atualidade do tema também se revela no seguinte comentário: “Few laws have been drafted to regulate the delivery of death. In the Netherlands, the country with the most liberal attitude towards mercy-killing, a doctor is protected from prosecution if he or she obeys four guidelines in the carrying out of assisted suicide or euthanasia.” (A request for medication to end my life. *The economist* ..., p.23).

¹³³A eutanásia é referida nas seguintes obras: CHAVES, Antônio. **Estudos de Direito Civil**. São Paulo : RT, 1979; CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo** : intersexualidade, transexualidade, transplantes. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo : RT, 1994; SERPA, José. **Direito à imagem, à vida e à privacidade**. Belém : Cejup, 1994; SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Transplantes de órgãos e eutanásia** : liberdade e responsabilidade. São Paulo : Saraiva, 1992.

¹³⁴ “Cremos que há um momento, na história natural de doenças, em que a medicina não tem chance de oferecer nada significativamente útil aos pacientes. Possui, eventualmente, a capacidade de prolongar uma vida vegetativa em Unidade de Terapia Intensiva, aumentando o sofrimento do paciente e da família, ampliando as despesas, a troco de absolutamente nada.[...] Afigura-se inteiramente válida e moralmente decente abstenção no sentido de efetuar esforços exagerados e desmesurados quando está claro ser fútil esse tipo de atitude. Encontra-se respaldo inclusive em instruções religiosas; assim, Pio XII explicitamente disse que não é obrigação moral do médico promover excessos terapêuticos quando não há o que fazer.” (NETO, Vicente Amato; PASTERNAK, Jacyr. Suicídio assistido e doente terminal. **Folha de S. Paulo**, 21 jun. 1997. p.3).

¹³⁵ Na perspectiva da ampliação da tutela dos direitos fundamentais da personalidade humana, as divisões que atendem critérios biológicos orientados pelo estágio de desenvolvimento da fecundação não são aceitas ou são irrelevantes para o Direito, conforme explica o Professor Eduardo de Oliveira LEITE (**O direito do embrião humano** : mito ou realidade? p. 5-7). Partindo de outra perspectiva, DWORKIN também afirma: “Though biologists use distinct terms (including ‘zygote’, ‘pre-embryo’, ‘embryo’, and ‘fetus’) to distinguish different stages of human pre-natal life, I use ‘fetus’ (and sometimes ‘embryo’) to refer indiscriminately to all stages because most of the contemporary moral and legal discussion of abortion uses those terms in that way, even though it does sometimes attend to the distinctions the more technical vocabulary marks.” (DWORKIN, op. cit., p.5).

O Código Civil brasileiro dispõe, em seu artigo 4º, que “A personalidade civil do homem começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

A exegese do artigo 4º aponta para um marco temporal, biologicamente determinado, do sujeito de direito, pois ao nascer com vida é investido de personalidade civil, leia-se, jurídica. Na segunda parte desse dispositivo, constata-se que a dimensão, puramente biológica do homem, no momento anterior ao seu nascimento, não o qualifica como sujeito de direito, mas apenas como nascituro, sem personalidade jurídica, portador de alguns direitos assegurados pela lei.

A discussão em torno da natureza jurídica do nascituro revela, em primeiro plano, o desvalor da dimensão biológica do homem para o Código Civil, mas pode também indicar a contradição verificável no corpo desse Código, relativa à própria conceituação do sujeito de direito e da personalidade jurídica.

Clóvis Bevilacqua, em uma interpretação privilegiada da lei, coloca o problema nos seguintes termos, sem contudo resolvê-lo :

“Em relação ao início da existência da personalidade humana, há duas doutrinas. Uma faz começar a personalidade civil com o nascimento, reservando para o nascituro, entretanto, uma expectativa de direito. Ficaram acima indicados os códigos, que adotam essa doutrina, e são o maior número. Outra remonta à concepção, e por ela se inclinara o *Projeto primitivo*, com TEIXEIRA DE FREITAS, NABUCO e FELÍCIO DOS SANTOS. Apesar dos excelentes argumentos, em que esta opinião se firma, foi preferida a primeira, por parecer mais prática. Não obstante, o Código Civil brasileiro como todos os outros, destaca situações, em que o nascituro se apresenta como pessoa: a) art. 359, legitimação do filho apenas concebido; b) art. 363, parágrafo único), reconhecimento do filho, anterior ao nascimento; c) art. 468, curatela do nascituro; d) art. 1.718, a pessoa já concebida, embora ainda não nascida tem capacidade para adquirir por testamento.

KOHLER recorre a uma construção forçada das *peçoas jurídicas implícitas (stileschweigende juristische Personen)* para explicar o exercício dos direitos do nascituro (151), WINDSCHEID fala, em tal caso, de direito sem sujeito (§ 52). Parecia mais lógico afirmar francamente, a personalidade do nascituro.”¹³⁶

Dentre as razões que levaram o legislador a optar pela não atribuição de personalidade jurídica ao nascituro, encontra-se a idéia de que apesar da diferenciação

¹³⁶ BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. atual. Rio de Janeiro : Azevedo, 1956. p. 144-145.

biológica entre a mãe e o feto, faltam-lhe atributos para atuar como sujeito de direito no plano jurídico, mantendo-se, com isso, a coerência racionalista do Código Civil brasileiro.

Em realidade, a questão do nascituro põe em discussão a função do Direito moderno em relação ao homem, pois embora se apresente como instrumento de proteção aos interesses dos indivíduos, em toda a sua extensão, o tratamento jurídico dispensado ao nascituro revela limitações dessa proteção.

Essa perspectiva teórica acolhida pelo Código Civil brasileiro abre, também, a possibilidade de serem excluídos da categoria jurídica “sujeito de direito” indivíduos já nascidos pertencentes à espécie humana. Nesse sentido, critica-se a posição de Savigny que depois de ter reconhecido, como faz o Código Civil brasileiro, a identidade entre *homines e personae*, reconhece, no plano lógico-conceitual, a possibilidade, por parte do ordenamento jurídico, de negar a alguns homens, em particular, a capacidade jurídica, em todo ou em parte.¹³⁷

No que tange, especificamente, aos problemas atuais suscitados pela utilização científica de elementos biológicos humanos, a concepção limitadora da personalidade jurídica poderá colocar o nascituro ao desabrigo da tutela dos direitos da personalidade.¹³⁸

¹³⁷ “[...] in Germania sotto l’impulso delle categorie pandettistiche elaborate dalla *Begriffsjurisprudenz*, si esprime attraverso il dogma della *persona*, e trova la sua formalazione più raffinata nel *Sistema del diritto romano attuale* di FRIEDERICH KARL von SAVIGNY. Proprio all’inizio del secondo volume del suo *Sistema*, il grande giurista tedesco, dopo aver riconosciuto la *primitiva identità* tra *homines e personae*, seggiunge che *tuttavia questo primitivo concreto della persona può dal diritto positivo ricevere modificazioni* per poi rivendicare la possibilità, da parte dell’ordinamento giuridico, di *negare a taluni singoli uomini, in tutto o in parte, la capacità giuridica*. Questo procedimento logico è valso a corroborare e a promuovere iniziative legislative e orientamenti dottrinali tendenti a: 1) subordinare alla nascita l’acquisto della capacità giuridica da parte di *qui in utero sunt*; 2) sospendere l’acquisto della capacità giuridica da parte di uomini nati ma giudicati *non vitali*; 3) sopprimere la capacità giuridica, o addirittura la vita di uomini giudicati non degni sopravvivere.” (BUSNELLI, Francesco. *Il diritto e le nuove frontiere della vita umana*. In: **Diritti umani, poteri degli stati e tutela**. Milano : Giuffrè, 1986).

¹³⁸ DWORKIN, ao tratar do aborto, nega a condição de sujeito de direito ao nascituro, com base no argumento de que até a sétima semana de vida intrauterina, o nascituro não é capaz de sentir dor, em virtude de seu incompleto desenvolvimento cerebral, conforme registra: “But a fetus cannot be aware of pain until late in its mother’s pregnancy, because its brain activity arises in a fetus’s brain stem, and it is capable of reflex movement, by approximately the seventh week after conception.” (DWORKIN, op. cit., p.17).

Segundo o Código Civil, são reconhecidas a existência física e a titularidade de alguns direitos ao nascituro, sem que isso resulte no reconhecimento de sua personalidade jurídica. O ordenamento civil, com efeito, assegura ao nascituro a titularidade de direitos de natureza patrimonial, ou de natureza pessoal ligados ao *status* familiar, mas, ainda assim, exige o nascimento com vida, como termo inicial para a existência dos direitos já reconhecidos, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“[...] estabelecendo o art. 4º do nosso estatuto civil que ‘a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro’, urge considerar que se trate, não de direitos naturais e reais, mas de expectativas, que se tornarão direito, se ele nascer vivo, e que só nos casos expressamente fixado pelo direito positivo há essa proteção de interesses, para cuja efetividade o art. 462 determina a nomeação de um curador, falecendo o pai e não tendo a mãe o pátrio poder. Acrescento, apenas que essa exegese restritiva do artigo 4º do Código Civil se impõe em face da interpretação sistemática da mesma Codificação. Com efeito, se o sentido do citado artigo 4º fosse o de abarcar quaisquer vantagens, como o era o do princípio romano *infans conceptus pro iam nato habetur quotiens de eius commodis agitur*, não se justificaria que o mesmo Código Civil ressalvasse, expressamente, certas expectativas do nascituro (arts. 229, 353, 338,II, 363 I e II, 1169, 1718) que estariam necessariamente abarcadas pela regra geral. [...] As ressalvas traduzem, pelo contrário, a necessidade de explicitarem as expectativas que a lei põe a salvo em favor do nascituro.”¹³⁹

Atendendo a pressupostos doutrinários distintos:

“A salvaguarda dos direitos do nascituro estabelecida na segunda parte do artigo 4º do Código Civil não pode ser analisada, interpretada, compartimentadamente. Impõe-se a interpretação de todo o artigo. De notar-se que o dispositivo não está, sequer, destacado num parágrafo: é, sim, continuação de um mesmo artigo que estabelece o termo *a quo* da personalidade civil.

O direito objetivo pátrio adotou a doutrina do nascimento com vida como marco inicial da personalidade civil do homem [...].

Ocorre, porém, que mesmo antes do nascimento, há direitos que podem ser exercitados mediante representação: legitimação do filho apenas concebido (art. 357, par. único, do Código Civil); curatela do nascituro (arts. 458 e 468); ‘capacidade’ do nascituro para adquirir por testamento (art. 1718); possibilidade jurídica de doação ao nascituro mediante aceitação pelos pais (art. 1169).

Essas hipóteses expressamente previstas no Código para o nascituro e que são exercitáveis ainda na fase do *infans conceptus*, não exaurem os direitos do nascituro nem desnaturam a universalidade que informa o dispositivo de salvaguarda em exame.

A hermenêutica do dispositivo permite entender que o nascituro tem direitos - não simples expectativa. O exercício deles é que se subordina a uma condição suspensiva: o nascimento com vida.”¹⁴⁰

Do exposto, pode-se dizer que, também para a jurisprudência brasileira, a identidade entre homem e sujeito de direito é apenas aparente. A existência, puramente

¹³⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 99.038-1. Relator: Ministro Francisco Rezek. Voto do Ministro Moreira Alves.

¹⁴⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 99.038-1. Relator: Ministro Francisco Rezek. Parecer do Representante do Ministério Público Federal transcrito pelo Relator, Ministro Francisco Rezek.

biológica, do indivíduo não é suficiente para que ele seja acolhido como sujeito de direito, pois essa qualidade, que lhe é conferida pelo ordenamento jurídico, poderá sofrer modulações e limitações.

A superação dessas duas teorias tradicionais sobre o estatuto jurídico do nascituro ainda não foi encontrada, mas a doutrina contemporânea busca afirmar a necessidade de tutelá-lo, amplamente, ao qualificar o embrião a partir da identificação de uma autonomia da vida embrionária, como se retira da exposição do professor Eduardo de Oliveira Leite:

“Sem classificar o embrião na categoria ‘humana’, nem tampouco negar sua possibilidade de tornar-se ‘humano’, a terceira tendência visualiza no embrião um estatuto específico e irreduzível que lhe é próprio. O embrião humano é dotado, desde o primeiro momento de sua existência, de autonomia, mas que não é ‘humana’, como pretende a corrente concepcionista, nem ‘biológico’, como querem os desenvolvimentistas, mas uma autonomia ‘embrionária’.”¹⁴¹

Mesmo que não restem totalmente ultrapassadas as dificuldades de classificação jurídica do embrião, em virtude da necessidade de tutelar o direito à vida do nascituro, não só a doutrina, mas também a legislação vêm procurando assegurar o *direito ao nascimento ou de nascer*, como categoria autônoma.¹⁴² Nessa perspectiva, a proteção jurídica do embrião amplia e se distingue da tutela penal, cuja titularidade ativa é atribuída à sociedade, ou da civil, consistente na indenização por danos causado ao embrião ou ao feto, onde figuram como titulares ativos os genitores, ou mesmo em relação às normas de proteção à maternidade, em que a mãe aparece como titular do interesse tutelado.¹⁴³

¹⁴¹LEITE, E. O. **O direito do embrião humano: mito ou realidade?** p.8. (No prelo).

¹⁴²João Álvaro DIAS, ao cuidar da crescente afirmação dos direitos do embrião, ressalta: “[...] o texto da Recomendação 874 (1976) da Assembléia Parlamentar do Conselho da Europa relativa à Carta Europeia dos Direitos da Criança ao afirmar que ‘os direitos de cada criança à vida desde o momento da sua concepção... devem ser reconhecidos e os Governos deveriam obrigar-se a accionar os mecanismos necessários que permitissem a aplicação integral deste direito.’ ” O mesmo autor destaca, em nota de rodapé: “Curiosa é a definição de embrião dada pela lei alemã sobre a protecção do embrião de 13 de Dezembro de 1990 (“Embryonenschutzgesetz”) que, no § 8º, faz coincidir tal estágio com a própria fusão das células masculina e feminina, conquanto que o produto daí resultante seja capaz de desenvolvimento compartilhando de melhores condições de existência e podendo desenvolver-se para dar origem a um indivíduo. O nº 2 do mesmo parágrafo 8º estipula que ‘nas primeiras 24 horas após a fusão, as células humanas fecundadas são consideradas como susceptíveis de desenvolvimento porquanto após o decurso desse lapso de tempo pode determinar-se se têm ou não a potencialidade de se desenvolver para além do estado unicelular.’ ” (DIAS, João Álvaro. **Procriação assistida e responsabilidade médica**. Coimbra : Coimbra, 1996. p.162-163).

¹⁴³A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, traz em seu artigo 7º, inciso XVIII e no artigo 10, inciso II, “a” dos Atos das Disposições Transitórias normas

Note-se que a aceitação da personalidade jurídica do embrião, desde a concepção, *in vivo* ou *in vitro*, resultaria no necessário tratamento jurídico equitativo aos demais sujeitos, submetidos à mesma ordem jurídica, possibilitando-lhe a aquisição de todos os direitos, e não apenas dos direitos discriminados pela lei, antes do nascimento. Admitida a personalidade jurídica do nascituro ou autonomia embrionária, apresenta-se de todo incompatível o tratamento desigual que, por vezes, lhe é dispensado pela lei e pela jurisprudência, tendo em vista a exigência de tratamento isonômico entre os sujeitos, plasmado no art. 5º, *caput*, da Constituição da República.

A necessidade de reconhecer uma posição jurídica especial ao nascituro destaca-se, sobretudo, em situações em que é possível haver conflito de interesses entre ele e os demais sujeitos, como no caso da tentativa de interrupção da gravidez e da fecundação, ou da aplicação de tratamentos que não atendam ao seu interesse, bem como nas hipóteses em que a legislação penal considera jurídica a prática do aborto, e em que se levam em consideração, predominantemente, os interesses da mãe e da sociedade, em contraposição ao do nascituro.¹⁴⁴

Com efeito, o desequilíbrio da proteção jurídica dos interesses conflitantes do nascituro e dos demais sujeitos pode levar a soluções jurídicas que lhes são flagrantemente desfavoráveis, como ocorre em países¹⁴⁵ onde se verifica uma maior

protetivas da maternidade e também a Consolidação das Leis do Trabalho, no artigo 102, inciso VIII, “a” e nos artigos 391 a 400 assegura direitos especiais à trabalhadora gestante.

¹⁴⁴ A esse respeito, é importante a análise do artigo 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro, que regulamentam os casos em que se justifica a prática do aborto. Segundo a doutrina, a definição dos critérios que justificam o aborto, independentemente de o Direito atribuir a condição de pessoa ao nascituro, levam em consideração, predominantemente, o direito à vida, à integridade física e à saúde da gestante, como ressaltam, entre outros, DWORKIN (op. cit., p. 23) e João Álvaro DIAS (op. cit., p. 163).

¹⁴⁵ “También en varios países europeos existen leyes que han disincriminado el aborto, admitiendo que su ejercicio es una manifestación del derecho de la madre a la disposición de su propio cuerpo. Así, en los países escandinavos, Francia, Inglaterra, entre otros. Alemania también lo ha legalizado, aprobando el Parlamento, con fecha 26/6/92, una ley que lo autoriza dentro de los primeros tres meses de gestación la cual entraría en vigencia el 1º de enero de 1993. De esta forma, el *Bundestag*, o Cámara baja del Parlamento Federal, puso fin una doble legislación en la materia, pues mientras en la ex Alemania del Este se permitía el aborto sin restricciones, en la ex Alemania del Oeste se autorizaba solamente en situaciones especiales.” (MALICKI, op. cit., p. 126). Nos Estados Unidos da América do Norte, “In 1973, in the famous case of *Roe v. Wade*, the Court declared (by a vote of seven to two) that the abortion law of Texas, which made abortion a crime except when performed to save a mother’s life, was unconstitutional.” (DWORKIN, op. cit., p. 7).

proteção aos interesses da mãe e a sua liberdade, de modo a tornar lícito o aborto voluntário, como destaca Giovanni Berlinguer:

“O princípio da autonomia estendeu-se a todos os campos nos quais se desenvolvem o valor da livre escolha pessoal. Nos temas ligados à saúde houve controvérsias, como ocorreu, por exemplo, quando se firmou a idéia da autodeterminação da mulher no aborto voluntário, ou do *living will* (testamento de vida), como autorização pessoal à prática da eutanásia.”¹⁴⁶

É possível afirmar, em relação ao aborto, do mesmo modo que em relação à eutanásia, que a concepção jurídica que resultou no respeito à autonomia da vontade não deve, em princípio, ser levada a tal ponto que suprima o direito essencial à vida, o qual também não pode vir condicionado sequer pelo interesse público ou social, que justifique sua relativização, como ressaltado em relação à pena de morte.

No Brasil, o aborto só excepcionalmente deixa o campo da ilicitude mas, por outro lado, o texto original do Código Civil contém proteção limitada dos direitos do nascituro (filiação e patrimônio) e não faz qualquer referência expressa ao direito à vida do concebido. Sua proteção, na perspectiva civilista do século XIX, atendia, quando muito, aos interesses da sociedade e se localizava, predominantemente, na legislação penal.

O Projeto de Código Civil, em tramitação no Congresso Nacional há mais de vinte anos, muito embora esteja atento às elaborações doutrinárias e às tendências jurisprudenciais deste século e tenha assimilado os contornos básicos dos direitos da personalidade, não avançou em relação ao direito à vida, à eutanásia e ao direito do nascituro, conforme se depreende da leitura de seus artigos 11 e 12, *verbis*:

“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.

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.”¹⁴⁷

¹⁴⁶ BERLINGUER, Giovanni. Op. cit. p.59-60.

¹⁴⁷ BRASIL. Projeto de Lei nº 634, de 1975 (Poder Executivo - Mensagem nº 160/75).

O tratamento do direito à vida, no Brasil, antes da Constituição da República de 1988, limitou-se ao exame jurisprudencial, sendo analisado sob a perspectiva da aplicação das sanções de direito penal, ou apenas obliquamente, a partir das disposições dos artigos 159, 1537, 1540 do Código Civil brasileiro, versando sobre a reparação de danos à pessoa e sua quantificação. Este último aspecto motivou um acirrado debate jurisprudencial sobre a viabilidade de reparação autônoma de dano moral, causado por morte, independente da função econômica que a pessoa falecida exercia no grupo familiar.

Por evidente, a definição e a expressão dos bens da personalidade pelo Direito não se assentam nem se traduzem unicamente em valor pecuniário, no entanto, sua lesão gera responsabilidade civil, com ressarcimento econômico, presente sempre que ocorra dano a um bem juridicamente protegido.

O artigo 1537 do Código Civil, que trata da reparação do dano por morte, deixou de incluir, expressamente, a reparação dos efeitos não patrimoniais desse dano, e revela a visão limitada e patrimonialista, no que tange aos direitos da personalidade, como se verifica da leitura desse dispositivo: “Art. 1537 - A indenização, no caso de homicídio, consiste : I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia.”

O teor do artigo do Código Civil brasileiro, acima transcrito, teve, entretanto, a virtude de provocar nos Tribunais, ao longo deste século, a celeuma em torno do direito à vida e do preço da dor, questões reiteradamente invocadas nos pedidos de reparação de dano moral, formulados pelos familiares do falecido.

A mesma discussão sobre o valor autônomo da vida humana, representada pela reparação do dano extrapatrimonial, também se verificou em outros países, como, por exemplo, a Argentina¹⁴⁸ e Portugal. Isto talvez como um último resquício da visão

¹⁴⁸“Desde otro ángulo, hace mucho que en los pronunciamientos judiciales se viene repitiendo que la vida humana, además del valor que representa en su aspecto moral y afectivo, constituye un bien susceptible de valoración económica y su pérdida debe indemnizarse.

Sin embargo, en la actualidad, el debate jurisprudencial ha girado en torno a si la vida humana constituye por sí un valor susceptible de apreciación pecuniaria, o carece de un valor económico en sí misma.

marcadamente patrimonialista da tutela da personalidade, voltada, predominantemente, à recomposição patrimonial, sempre posterior à ofensa, na qual se sobressai, também, questionamentos a respeito da titularidade do direito à reparação. Antunes Varela, com base na jurisprudência lusitana, trabalha este aspecto:

“A dúvida está apenas em saber se a própria perda da vida, em si mesma considerada, constitui um dano (independente dos outros danos não patrimoniais, que a vítima tenha padecido) cuja reparação confira aos herdeiros por transmissão *mortis causa*, um direito a indenização.

Para sustentar a negativa, o acórdão de 12 de Fevereiro de 1969 apoiou-se, fundamentalmente, na circunstância de a lei admitir *apertis verbis* a existência de dois danos não patrimoniais (o sofrido pela vítima e o padecido pelo cônjuge ou parentes dela), pois se a indemnização tivesse por base a supressão do bem que é a vida, o dano seria apenas um e os parentes da vítima teriam só um direito de representação. O acórdão de 17 de Março de 1971, brilhantemente relatado pelo malogrado Conselheiro Bernardes de Miranda, entende, por sua vez, que o direito à vida é um direito de personalidade cuja violação ilícita não pode deixar de dar lugar à obrigação de indemnizar, nos termos do artigo 483, I, do Código Civil. A obrigação nasce no momento em que o agente inicia a prática do acto ilícito, integrando-se o correlativo direito, desde logo, no património da vítima e assim se transmitindo aos herdeiros a titularidade da indenização.”¹⁴⁹

Ao lado da autonomia do direito à vida e sua reparação, surge o problema em torno da transmissibilidade, por sucessão, em virtude da morte, do direito à indenização.

Diogo Leite de Campos inicia por destacar o valor essencial da vida e sua evidente repercussão jurídica, em virtude da morte, para afirmar que: “A morte é um dano único que absorve todos os outros prejuízos não patrimoniais. O montante de sua indenização deve, pois, ser superior à soma dos montantes de outros danos imagináveis.”¹⁵⁰

Em seguida, o mesmo autor avança no exame do problema levantado pela jurisprudência e analisado por Antunes Varela, para buscar na figura da indenização

Hay fallos que se pronuncian por la afirmativa e interpretan que al tener la vida humana un valor en sí misma, basta con que se haya privado de la vida a alguien para que exista daño resarcible, aunque no se pruebe, por ejemplo, que el muerto realizara tareas remuneradas y sin que sean indemnizables sólo los daños materiales, sino también otros perjuicios indirectos. Desde otra orilla, en distintas especies judiciales, se ha interpretado que no cabe considerar resarcible el valor vida humana *per se*, sino el perjuicio que sufren aquellos que recibían aportes económicos y beneficios derivados de la actividad productiva de la víctima.” (MALICKI, op. cit., p.110)

¹⁴⁹ANTUNES VARELA, João de Matos. **Direito das obrigações em geral**. 6. ed. Coimbra : Almedina, 1989. v. I. p.580.

¹⁵⁰CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direitos da personalidade**. 2. ed. Coimbra : Coimbra, 1992. p.65.

por danos futuros a justificativa lógico-jurídica da regra que permite aos familiares postularem a indenização por morte e o conseqüente exercício do direito pelos sucessores do falecido.

Sobre a ressarcibilidade do dano futuro, escreve Leite de Campos:

“A ordem jurídica (doutrina e jurisprudência) aceita a indenização de danos futuros, de danos ainda não produzidos. Haveria um direito de indenização cujo conteúdo ainda não estaria determinado. Direito que se transmitiria aos herdeiros do seu titular, depois do falecimento deste. Nesta medida, o dano será sempre pressuposto da responsabilidade civil”.¹⁵¹

Leite de Campos oferece, ainda, uma outra resposta ao problema, dirigindo-se àqueles que não admitem a transmissibilidade dos direitos personalíssimos e não vêem outra possibilidade senão a constituição do direito de indenização, depois da morte do titular, concluindo:

“Seguindo este raciocínio penso que o direito de indenização pelo dano da morte é adquirido pelo *de cuius* depois de sua morte. A defesa da pessoa exige uma enérgica defesa do direito à vida. Esta proteção envolve a obrigação de indenizar sua lesão. O direito correspondente deverá ser, na ordem natural das coisas, adquirido pelo próprio lesado. E por que não depois de sua morte? Eis um outro caso em que a proteção do direito da personalidade se prolonga depois da morte, sem o que o direito à vida perderia uma parte de sua consistência prática.”¹⁵²

No Brasil, a questão da reparação civil autônoma do direito à vida ficou totalmente superada, pois o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento que o dano moral por morte deve ser reparado, autonomamente, independente da função econômica que o falecido exercia em relação aos processualmente legitimados para requerê-lo. Esse entendimento jurisprudencial dominante foi consagrado no texto da Constituição da República de 1988 que, em vários dispositivos, reafirma a autonomia do dano moral, em face do dano patrimonial, permitindo, inclusive, a cumulação de pedidos de reparação com base em fundamentos distintos.¹⁵³

¹⁵¹ CAMPOS, op. cit., p.68.

¹⁵² Ibid, p. 69.

¹⁵³ Com relação à autonomia do dano moral, a Constituição da República Federativa do Brasil, no seu artigo 5º, incisos V e X, consagra o entendimento que já se encontrava pacificado na jurisprudência, inclusive, em relação ao dano moral causado por morte de membro da família.

O debate jurisprudencial travado em torno da expressão jurídica autônoma da vida humana, embora tenha contribuído para ampliar a tutela da personalidade, tomou como ponto de partida a noção clássica de direito subjetivo e de dano a um bem submetido ao poder do titular e, por isso, não avançou no sentido de conceber o direito à vida como um direito fundamental.

Especialmente, no Brasil, os debates doutrinários e jurisprudenciais sobre o direito à vida não contemplam os pressupostos teóricos que nortearam a construção dos direitos da personalidade e que possibilitaram a superação do tratamento fragmentário e deficiente que lhe é dispensado, apesar de sua explícita previsão no texto constitucional em vigor (artigo 5º, *caput*, CF/88), e dos balizamentos por ele oferecidos.

2.2 DA INTANGIBILIDADE DO SUJEITO AO DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA

O direito à integridade física decorre do reconhecimento jurídico do interesse que cada indivíduo e a sociedade têm, em princípio, em manter, sem diminuições ou alterações, as qualidades que sustentam e tornam singular cada pessoa. O que se destaca, por isto, nesta espécie de direito da personalidade, é a proteção à intangibilidade do sujeito.

O bem jurídico tutelado é, portanto, a intangibilidade, não apenas física e psíquica do homem, mas a saúde e integridade do próprio sujeito, uma vez que a separação entre os aspectos corporais e intelectuais só tem significação cultural e científica.

Já no direito à disposição corporal, o que se protege e se limita é, primordialmente, a liberdade de o indivíduo atuar lícitamente, para permitir ingerências ou alterações em seu corpo, em seu benefício ou de terceiros, com maior ou menor sacrifício de sua integridade corporal.

Como se percebe, a compreensão e disciplina jurídica do direito à integridade física e do direito de disposição corporal têm bases em distintos bens, juridicamente valorados e protegidos. É necessário distinguir, ainda, que o exercício do direito de

disposição corporal, embora possa atingir a integridade do sujeito, não resulta na violação ao direito à integridade física, por vir sempre justificada pela finalidade e precedida pelo consentimento.¹⁵⁴

Realizada uma primeira delimitação dos conteúdos e a indicação do bem juridicamente protegido, cabe aprofundar a análise do direito à integridade física, para dizer que seu conteúdo inclui tanto o poder que é facultado ao sujeito de se defender de atentados dirigidos a seu corpo ou a sua saúde, pelo Estado ou por particulares, quanto o dever que lhe é exigido, juntamente com o Estado, de promover o seu bem-estar e manter sua integridade.

Assim, sob a ótica do direito subjetivo, direito à integridade física significa que o titular detém um poder de oposição em relação aos demais sujeitos, para os quais resulta o dever negativo, de não realizar ações lesivas em relação ao corpo de outrem. A par disso, atribui deveres especiais de proteção que recaem sobre o titular e sobre o Estado.

O conteúdo do direito à integridade física, apreendido pelo Direito, constitui, assim, um complexo de poderes e deveres localizados em um mesmo sujeito, a exemplo do que ocorre em todos os direitos subjetivos da personalidade, mormente aqueles que visam proteger os aspectos físicos do homem.

Esse complexo de poderes e deveres se entrelaça finalisticamente, de modo que o poder que todo indivíduo tem sobre o seu corpo resulta em poder de oposição contra terceiros e em dever de zelar por sua integridade, exercitados simultaneamente, com vistas a assegurar a intangibilidade.

Examinando o conteúdo do direito à integridade física, a partir de seu titular, verifica-se uma concentração de poderes e deveres jurídicos, pois o titular ora tem a

¹⁵⁴ "Pero, atención, no deben confundirse los conceptos. La referencia a la 'integridad física' como límite al derecho de disposición sobre el propio cuerpo resulta, con razón, cuestionada. En efecto, como destaca con lucidez Bergoglio, el derecho a la integridad física es esencial para proteger al individuo de atentados procedentes de terceras personas. Por otro lado, y en forma autónoma, existe el derecho personalísimo a la disposición del propio cuerpo, que comprende un conjunto de facultades que le permiten a la persona tomar decisiones en su esfera somática, es decir, corporal y aquí debe limitarse este derecho por otro medio - que no es la integridad física -, pues lo que se necesita es proteger a la persona frente a su propio poder dispositivo." (MALICKI, op. cit., p.143-144)

obrigação positiva de fazer, isto é, realizar a defesa de sua integridade, ora lhe cabe a obrigação negativa de não fazer, isto é, não atentar contra sua própria integridade, igualando-se, neste ponto, a terceiros.

Por outro ângulo, o direito à integridade física resulta, ainda, em deveres especiais de conservação dos aspectos físicos do sujeito, deveres estes que recaem sobre o próprio titular e sobre a sociedade, podendo se identificar, neste ponto, com o direito à saúde, previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, entre os direitos sociais, como dispõe o artigo 6º, *caput*: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”¹⁵⁵

O dispositivo constitucional antes transcrito consagra o valor social da integridade do sujeito acolhido pelo Direito, isto é, o valor que o homem e seu corpo têm para a sociedade e não apenas para o indivíduo, que nele se encontra corporalmente sediado.

O interesse em manter a integridade física, localizado externamente ao sujeito, é, também, captado pelo Direito, com base nas noções do interesse social e vem protegido sob a rubrica de direito à saúde. Esse direito é reconhecido nos textos constitucionais contemporâneos, não apenas como direito subjetivo individual, mas também como direito subjetivo público à saúde, de conteúdo positivo, em cujo pólo passivo se encontra o Estado. Nos termos vertidos no artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil, vem assim conformado: “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário a ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Um novo impulso à regulamentação do direito à saúde tem sido dado pelas normas de Direito Internacional, especialmente, visando solucionar as desigualdades

¹⁵⁵BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, artigo 6º.

concretas existentes entre países e buscando a erradicação de moléstias endêmicas, nos países do Terceiro-Mundo, e a descoberta de tratamento para doenças graves, como o câncer e a Aids.¹⁵⁶

Perlingieri adverte que o direito à saúde não deve ser visto apenas sob ponto de vista sanitário de um direito da personalidade constitucionalizado e burocratizado, mas deve, também, ser compreendido em sua aplicabilidade às relações intersubjetivas, “[...] como parâmetro de licitude ou da ilicitude dos comportamentos e da ‘meritevolezza’ da atividade, em sentido lato, do homem”.¹⁵⁷

Com se vê, os mesmos fundamentos que resultaram nas alterações da concepção jurídica contemporânea do direito à vida refletiram sobre a concepção atual do direito à integridade física. Também nesta espécie, devido à ligação íntima e indissociável entre o bem tutelado pelo Direito e o titular desse direito, ocorreu a ampliação do rol dos obrigados ao cumprimento de deveres especiais de conservação, resultando na inscrição do direito à saúde nos textos constitucionais,¹⁵⁸ com as características antes examinadas.

Por tais razões, tem-se afirmado que o corpo humano com vida é a sede do sujeito de direito, podendo-se acrescentar que a diminuição ou perda das suas qualidades atinge não apenas a dimensão corporal do sujeito, mas o próprio sujeito em sua integralidade, com reflexos sobre a sociedade e a própria ordem jurídica.

¹⁵⁶Entre essas normas internacionais destacam-se : a Carta Social Européia, de 18 de outubro de 1961; o Código Europeu de Seguridade Social, de 16 de abril de 1964. Merecem referência especial, as iniciativas da Organização Mundial da Saúde, como a “Saúde para todos”, e da Comunidade Econômica Européia, com seus programas de ação contra o câncer e a SIDA e seu programa “EUREKA”, sobre biotecnologia e biomédica. (BARACHO, **O direito...**, p. 5).

¹⁵⁷PERLINGIERI, **Perfis...**, p.158.

¹⁵⁸A Constituição da República italiana, promulgada pela Assembléia Constituinte de 22 de dezembro de 1947, inaugura o ciclo das Constituições que estabelecem deveres positivos para o Estado, entre eles o de promoção da saúde e seu reconhecimento como direito subjetivo fundamental de conteúdo público, ao prever, em seu artigo 32: “La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti”.

Em outra perspectiva, a relação direta entre o bem tutelado e o sujeito resultou na problematização dos direitos à vida e à integridade física e promoveu a rediscussão da liberdade, em seu sentido clássico, sustentada pela vontade e sua autonomia nas relações jurídicas de cunho privado. Modificou, também, o conceito de soberania, nos limites da atuação do Estado, com base no interesse público.

A percepção de que o corpo humano subjetivado é o *locus* onde se exercitam os aspectos públicos e privados da liberdade e seus limites, delimitados pelo dever individual e coletivo de manter a intangibilidade física dos sujeitos, forneceu novos contornos jurídicos à tortura, como forma específica de atentado à integridade física praticada pelo Estado ou por particulares.

Os textos de Direito Internacional e a maioria das Constituições elaboradas após a Segunda Guerra Mundial¹⁵⁹ destacaram, em particular, a prática desse atentado ao direito à integridade física pelo Estado. Como reflexo dessa experiência histórica, o Direito, desde o Código de Nuremberg de 1947, conforme anteriormente anotado, recepcionou um conjunto de postulados éticos e revigorou a noção de liberdade dos sujeitos, diante da atividade estatal, principalmente, quando esta atividade visa à utilização do corpo para a realização de experimentações científicas.

As idéias centrais do movimento de revalorização ética do homem e de seu corpo, pelo Direito, têm sido constantemente retomadas e reconstruídas pelos textos jurídicos, cabendo referir, aqui, novamente, à Declaração Universal dos Direitos do Homem, datada de 1948, que dispõe em seu artigo 5º: “Ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.”¹⁶⁰ No mesmo sentido, o Acordo Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da Assembléia Geral da ONU, firmado em 1966, em seu artigo 7º, proclama: “ninguém será submetido à

¹⁵⁹Assim, por exemplo, o artigo 13, *in fine*, da Constituição da República Italiana, pune qualquer violência física ou moral, praticada contra pessoas cuja liberdade se encontra restringida, e o artigo 18, da recentíssima Constituição da Nação Argentina, já transcrito em nota de rodapé, veda a prática da tortura estatal, juntamente com a pena de morte.

¹⁶⁰ GOUVEIA, op. cit., p.23.

tortura ou tratamento ou punição cruel, desumano ou degradante. Em particular, é **interdito submeter uma pessoa a uma experiência médica ou científica sem o seu livre consentimento.**¹⁶¹ (sem grifo no original)

Seguindo essa mesma orientação, a Constituição Federal de 1988 acolheu a dignidade da pessoa humana como valor fundante da República (art. 1º, inciso III) e traz, em seu artigo 5º, incisos II e III, a vedação à tortura, no âmbito da ordem jurídica brasileira. Reafirma o valor da vontade individual, erigindo o consentimento como requisito de validade para qualquer ato de ingerência no espaço corporal do indivíduo, nos seguintes termos: “Art. 5º - [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei. III - ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante.” O inciso XLIII, deste mesmo dispositivo constitucional estabelece que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura[...]”.¹⁶²

A tutela à integridade física do sujeito também veio a ser reforçada pela Lei 9.455, de 04 de abril de 1997, que, ao tipificar o crime de tortura, dispõe: “ Art. 1º - Constitui crime de tortura: I – constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental.”

O termo “constranger” indica, por outro lado, a importância do consentimento em matéria de disposição corporal.

Anteriormente à promulgação da Constituição de 1988, o Projeto de Código Civil já havia aberto espaço para que a vontade individual fosse levada em consideração, mesmo diante da atividade estatal fundada no interesse social ou público, como pode se inferir da leitura da seguinte norma projetada: “Art. 15 -

¹⁶¹ Ibid., p.46-47.

¹⁶²Relembre-se, neste particular, as disposições da Constituição Argentina, conforme nota de rodapé, onde se lê: “Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes.”

Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica”.

Apesar da crescente constitucionalização e ampliação da tutela jurídica dos direitos da personalidade, ainda podem ocorrer situações que venham a atingir a dimensão física do sujeito, sem seu consentimento e que, segundo a visão da ordem constitucional, só excepcionalmente poderiam ser autorizadas e justificadas em nome do interesse público.

A excepcionalidade da intervenção corporal não autorizada pelo sujeito é, expressamente, reconhecida pelo artigo 13 da Constituição da República Italiana, dispositivo que em seu título, emblematicamente, conjuga os termos liberdade e inviolabilidade pessoal:

“Art. 13 A liberdade pessoal é inviolável.

Não é admitida nenhuma forma de detenção, de inspeção ou de busca pessoal nem qualquer outra restrição à liberdade pessoal senão por ato fundamentado da autoridade judicial e somente nos casos e nos termos da lei.

Em casos excepcionais de necessidade e urgência, taxativamente indicados na lei, a autoridade de segurança pública pode adotar providências provisórias, que têm de ser comunicadas dentro de quarenta e oito horas à autoridade judicial e, se esta não as validar nas quarenta e oito horas sucessivas, elas considerar-se-ão revogadas e privadas de qualquer efeito.”¹⁶³

O caráter expressamente restritivo da norma constitucional italiana acima transcrita, merece ser complementarmente interpretado à luz do artigo 32, *in fine*, da Constituição daquela República, de onde emerge a amplitude da proteção atribuída à vontade do sujeito em relação ao seu corpo, limitando, inclusive, a lei, com base no respeito à dignidade da pessoa humana: “Art. 32. [...] Ninguém pode ser obrigado a um determinado tratamento sanitário se não por lei. A lei não pode, em caso algum, violar os limites impostos pelo respeito da pessoa humana.”¹⁶⁴

Partindo desse conjunto de premissas e de normas, é possível afirmar que toda e qualquer intervenção realizada no corpo humano, contrariando frontalmente a vontade do

¹⁶³Constituição da República Italiana, *apud* PERLINGIERI, *Perfis...*, p.322.

¹⁶⁴Idem, p.325.

sujeito, à exceção dos casos justificados pelo estado de necessidade, fere a dignidade da pessoa com a quebra não autorizada de sua intangibilidade corporal e resulta em violação ao direito à integridade física do sujeito, como revela a decisão que impediu a inspeção corporal forçada, visando à produção de prova em Juízo:

“EMENTA: Investigação de paternidade. Exame DNA. Condução do réu ‘debaixo de vara’. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, ‘debaixo de vara’, para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.”¹⁶⁵

Mesmo quando as intromissões corporais contra a vontade do sujeito não se realizam, a atuação do interesse público sobre o corpo dos sujeitos pode resultar em ofensa a sua liberdade. É o que se verifica nas chamadas inspeções corporais, para produção de prova, em que da negativa se extraem presunções desfavoráveis à parte. No Brasil, por exemplo, a recusa à realização do exame do DNA, para provar a paternidade, gera presunção de paternidade, conforme vêm decidindo os Tribunais brasileiros, com base em orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

“Ementa - **Investigação de paternidade**, cumulada com prestação de alimentos. Cerceamento de defesa: inoportunidade. Divergência pretoriana não demonstrada, se o réu, ora recorrente, apesar de toda a insistência do juízo, deixou de comparecer aos **exames hematológicos a que devia submeter-se, tendo sido o mesmo advertido de que a sua ausência poderia significar em seu desfavor**, não é admissível venha ele a alegar sua própria omissão para pretender anular o processo, a partir da sentença; o mesmo dizer-se quanto a não terem sido inquiridas testemunhas arroladas pelo réu, se a defesa sequer forneceu seus endereços. divergência não demonstrada, se no caso paradigma diferentemente do ocorrido na espécie dos autos, não se furtou o réu à realização das provas.”¹⁶⁶ (sem grifos no original)

¹⁶⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 71373-RS. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Diário da Justiça da União**, p.45686, 22 nov. 1996.

¹⁶⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Investigação de paternidade, cumulada com prestação de alimentos. Cerceamento de defesa: inoportunidade. Recurso Extraordinário nº 110315/SP. Relator: Ministro Aldir Passarinho. **Diário da Justiça da União**, Brasília, p. 013088, 05 fev. 1988.

É bem verdade que o equacionamento dos valores e interesses em conflito, decorrente das intervenções corporais contrárias à vontade do sujeito, não pode ser realizado pelos titulares dos interesses concretos e somente poderá ser efetuado, no âmbito do Estado Democrático de Direito, pelo Poder Judiciário, a partir de parâmetros sociais constitucionalmente aceitos.¹⁶⁷

Parte da doutrina defende, contudo, que a carga de interesse público presente no direito fundamental é que deve determinar o sacrifício de um dos direitos em confronto. Assim, por exemplo, entre a integridade física, sustentada exclusivamente pelo interesse individual, e o direito ao nome e à identidade pessoal, com evidentes conseqüências sobre o *status* da pessoa, o primeiro deve ceder lugar ao segundo.¹⁶⁸

A Professora Maria Celina Bodin de Moraes, na mesma linha do pensamento de Perlingieri, entre outros, defende essa solução, ao dizer:

“Mais do que isto. Em diversos casos, a tutela psicofísica não pode inspirar-se exclusivamente no aspecto subjetivo do consentimento do sujeito. Pode-se encontrar justificativas para tratamento sanitário, independentemente da vontade do doente, quando, por exemplo, o estado de saúde do indivíduo contenha em si potencialidade tal de lesionar terceiros. Há, nesse caso, interesse público a ser protegido. O mesmo se diga acerca da determinação da paternidade. A integridade física, nesta hipótese, parece configurar (mero) interesse individual se contraposta ao direito à identidade real, o qual, referindo-se diretamente ao estado pessoal e familiar da criança, configura, além de qualquer dúvida, interesse público de toda a coletividade.”

Também merecem destaque, no campo da análise do direito à integridade física, os tratamentos médicos obrigatórios os quais, muitas vezes, põem em conflito o

¹⁶⁷Merece destaque, neste particular, a decisão da Suprema Corte Argentina: Por su parte, la Corte Suprema de la Nación en el *leading case* “Ponzetti de Balbín c/ed. Atlántica” en el considerando octavo, reafirmando este derecho a la intimidad, realiza un verdadero digesto sobre el tema: “Que en cuanto al derecho a la privacidad e intimidad, su fundamento constitucional se encuentra en el art. 19 de la C.N. En relación directa con la libertad individual, protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos, costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, as creencias religiosas, *la salud física mental* y en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo comocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro potencial o real para la intimidad. en rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo a la esfera doméstica, el círculo de amistad y familiar, sino a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas, tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas *sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello, y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo dela libertad de los otros, la defensa de la sociedad, la buenas constumbres o la persecución del crimen.*”

¹⁶⁸(MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade. In: BARRETO, Vicente. **A nova família** : problemas e perspectivas. Rio de Janeiro : Renovar, 1997. p.189-190).

dever do Estado de promover a saúde e do médico de realizar a cura ou tratamento com a vontade do cidadão.

A questão da negativa do consentimento para tratamento médico extrapola, por evidente, o problema regulado pelo Direito Penal em relação ao consentimento presumido, em estado de necessidade, e se localiza fora da problemática da natureza do consentimento exigível para as disposições corporais em geral. Diz respeito, portanto, às situações nas quais o paciente pode exprimir seu consentimento mas, verdadeiramente, não quer consentir, embora, do ponto de vista sanitário ou terapêutico, necessite da intervenção, mesmo contra a sua vontade.

É preciso notar que a negativa do sujeito, nesses casos, geralmente, vem motivada por elementos valorativos que não são assumidos pela ordem jurídica, mas são considerados fundamentais apenas para o sujeito e determinantes para que ele negue seu consentimento à intervenção corporal, tais como, crenças religiosas ou posições filosóficas.

Em certas ocasiões, o consentimento é negado até mesmo em decorrência de dúvida relevante sobre a certeza da cura pelo tratamento, dúvida essa que determina, inclusive, a classificação das obrigações estabelecidas por meio de contratos médicos, em obrigações de meio e não de resultado.

Perlingieri, apesar de reconhecer a complexidade da motivação, para a negativa do consentimento, busca justificativas na noção jurídica de estado de necessidade, ao dizer que a atuação do médico não deve “[...] inspirar-se exclusivamente no aspecto subjetivo do consentimento do interessado [...]”, e que a intervenção “[...] justifica-se não por uma objetiva oportunidade, mas por um estado de necessidade.”¹⁶⁹

Daisy Gogliano também examina esse conjunto de questões relativas aos possíveis atentados à integridade física do sujeito, no Direito brasileiro, ao enfocar, comparativamente, o Anteprojeto elaborado por Orlando Gomes e o Projeto de Código Civil, ainda em tramitação perante o Congresso Nacional:

¹⁶⁹PERLINGIERI, *Perfis...*, p.160-161.

“Em relação ao que diz respeito ao exame médico, não podemos deixar de destacar o art. 33 do Anteprojeto Orlando Gomes, o qual mui acertadamente prescreveu que ninguém que se recuse pode ser constrangido a submeter-se a tratamento médico para ser curado.

Esse artigo tem por escopo fazer com que se respeitem as decisões pessoais sobre o próprio corpo. Apesar das conseqüências que possa acarretar a negativa.

Dado que o Projeto atual traz como limite o risco de vida, sem a amplitude consignada no Anteprojeto Orlando Gomes, muitos atos de disposição do próprio corpo podem ficar a descoberto do resguardo dos direitos da personalidade, quando não se referem propriamente ao risco de vida, mas sim às convicções de ordem íntima da própria pessoa, que se podem manifestar diante das mais variadas formas, de ordem cultural, sociológica, psicológica, etc...”¹⁷⁰

Como se percebe, o estado de necessidade deixa sempre em aberto um espaço para intervenções corporais arbitrárias ou desarrazoadas, podendo, por vezes, colocar em risco a integridade do sujeito, sob a justificativa do dever de curar do médico, ou apoiadas em “razões de Estado”.

Orlando Gomes, ao analisar os fatores subjetivos juridicamente não objetivados, que compõem a negativa e que nem sempre podem ser compreendidos e enfocados, a partir de noções puramente jurídicas, observa :

“A recusa à observância de tratamento médico ou cirúrgico apresenta-se como interessante aspecto do direito à inviolabilidade do corpo humano, mas somente interessa ao Direito Civil quando agrava a responsabilidade de terceiro obrigado ao pagamento de indenização pelas lesões causadas ao ofendido. Se a negativa constitui exercício de um direito, não pode ser vencida com a supressão das prestações devidas, mas, se precisa ser fundada em face dos riscos que o tratamento implica, somente exonerará o devedor nessa hipótese.

Objeto de preocupações mais graves tem sido ultimamente o emprego de droga ou da psicocirurgia para fins de cura ou de investigação, que produzem a destruição do próprio *eu* ou a alteração da personalidade. Algumas dessas práticas podem ser toleradas em atenção ao fim superior a que se destinam, desde que a preocupação terapêutica não se sobreponha à dignidade pessoal do paciente. Condenável, no entanto a todas as luzes, é o processo de desintegração da consciência que se vem usando para obter confissões. A monstruosidade das câmaras chamadas *mágicas* onde se processam as alucinantes *lavagens do cérebro* não tem paralelo na História. Nem há de se permitirem outros atentados à dignidade humana, como os que se ensaiam com a narcoanálise e com a absorção de drogas que permitem *teledirigir* a conduta do homem.”¹⁷¹

A dificuldade extrema de se encontrar o equilíbrio para tais questões tem resultado em soluções jurisdicionais que, ora se inclinam pelo respeito à vontade individual, ora se fundam no interesse geral, sem afastarem, em ambos os casos, a concorrência dos valores constitucionais essenciais ao Estado Democrático de Direito.¹⁷²

¹⁷⁰GOGLIANO, *Exames médicos...*, p.316.

¹⁷¹GOMES, *Direitos...*, p.10.

¹⁷²“En el caso enjuiciado, el hijo de una persona que padece una infección en el pie derecho denominada “pie diabético”, solicita autorización judicial para practicar a su padre una intervención quirúrgica consistente en la amputación de la pierna hasta la rodilla. La gravedad del diagnóstico del paciente determinaba

Antes da promulgação da Constituição de 1988, a deficiência normativa e doutrinária, referente ao direito à integridade física, limitava a análise dessas questões aos problemas decorrentes da ilicitude dos atos que ferem a integridade física, conforme disposto nos artigos 129 e 137, do Código Penal e pelo artigo 1538 do Código Civil, respectivamente.

O direito à integridade física, do mesmo modo que o direito à vida e todos os demais direitos da personalidade, prescinde de expressão puramente econômica para ver afirmada sua existência, conforme anteriormente destacado. Pela mesma razão, a tutela jurídica a esses direitos não deve se limitar a conferir mera reparação econômica do dano a eles causados, mas a compensação patrimonial apresenta-se oportuna no caso de dano moral, como se extrai da lição de Pontes de Miranda:

“Vale dizer-se que a integridade física é bem em si. Se o sistema jurídico adota tarifa, ou avaliação, para o dano à integridade, tomando por base, ali ao fazer a lei e aqui para o critério dos avaliadores, o que o lesado deixa de produzir, confunde o interesse que se tutelava com a ação da lei Aquilia e o interesse não-patrimonial. Se o critério é tal que se ressarce o dano de não produção, *mais* o da ofensa à integridade física como bem em si, têm-se, então, a indenização do dano patrimonial e a do dano ao direito de personalidade, direito absoluto como o de propriedade mas inconfundível com ele.”¹⁷³

A jurisprudência brasileira, embora não tenha logrado desenvolver parâmetros decisórios que levem em consideração o conteúdo próprio do direito à integridade física, ao admitir sua tutela autônoma, com base em pedidos de indenização por danos à pessoa, vertidos em forma de reparação por dano moral, tem contribuído para o aperfeiçoamento dos direitos da personalidade.

Nesse sentido, merecem especial referência, ainda, as indenizações às ofensas causadas à integridade física, resultantes de dano estético, cuja problemática revela o

la necesidad de una urgente intervención quirúrgica. El enfermo no consiente la operación y el hijo alega que aquél no tiene en claro su discernimiento.

El juez de Primera Instancia denegó la autorización, negativa que fue confirmada por el Tribunal de Alzada. Sumariamente, los argumentos del fallo de Cámara, destacaron en virtud de “*los derechos a la integridad física, relativos al cuerpo y a la salud, nadie puede ser constreñido a someterse contra su voluntad a tratamiento clínico, quirúrgico o examen médico cuando está en condiciones de expresar su voluntad*” (el destacado nos pertenece). Asimismo, se entendió que “no surgiendo que la conducta del paciente que deniega la intervención quirúrgica, configura una forma de suicidio, debe respetarse la voluntad de aquél y la solución viene impuesta por la naturaleza de los derechos en juego que determinan que *el paciente sea el árbitro único e irremplazable de la situación. El principio expuesto no debe ceder aunque medie amenaza de la vida*”. (MALICKI, op. cit., p.158).

¹⁷³ PONTES DE MIRANDA, op. cit., p.17.

acolhimento da orientação que permeia os direitos da personalidade, para a qual todos os aspectos do homem devem ser tutelados pelo direito, a fim de manter sua integridade, mesmo quando não digam respeito diretamente às qualidades relevantes para a sociedade e atinjam somente os sentimentos, aspectos psicológicos ou íntimos do indivíduo.

Diante da escassez legislativa e das esparsas construções jurisprudenciais, a doutrina brasileira tem postulado a necessidade do tratamento integral e sistemático da tutela dos direitos da personalidade, tratamento este que colocaria em relevo o direito à integridade física, cujos desdobramentos já se verificaram na jurisprudência, conforme acima demonstrado.

Além da tutela consistente na reparação, *a posteriori*, de danos, existem situações que poderiam ser evitadas ou ter seus efeitos minorados, se houvesse no ordenamento jurídico brasileiro cláusula geral facilitando a postulação, em juízo, por meio de tutelas preventivas dos direitos personalíssimos. Do mesmo modo, a presença de normas específicas, que ensejassem a clara delimitação do respeito à integridade física, em sua relação com o direito à vida e à disposição corporal, facilitaria a defesa desse direito.

CAPÍTULO 3

***AS FRONTEIRAS DA LIBERDADE: DAS DISPOSIÇÕES
CORPORAIS AOS TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS***

CAPÍTULO 3

AS FRONTEIRAS DA LIBERDADE: DAS DISPOSIÇÕES CORPORAIS AOS TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS

3.1 O DIREITO À DISPOSIÇÃO CORPORAL: AUTONOMIA E SOLIDARIEDADE

A superação da doutrina medieval do *ius in se ipsum*, em contraste com a gradativa afirmação da personalidade e da liberdade humana, valores assumidos pelo Direito contemporâneo, resultou na posição atual predominante que garante ao sujeito, nos limites da licitude a disposição de parte de seu corpo, em concordância com os objetivos socialmente aceitos. Em outras palavras, “se a pessoa pode ser objectivada não pode ser coisificada ou reificada, ao nível da consciência ético-jurídica moderna.”¹⁷⁴

A objetivação do corpo é, admitida, apenas do ponto de vista técnico-jurídico, para viabilizar o exercício de uma liberdade do sujeito, regulada pela ordem jurídica. Não decorre dessa solução, entretanto, uma liberdade ou poder absoluto do sujeito, que retire do corpo o seu caráter essencial, singular e merecedor de proteção. A liberdade se vê sempre colocada diante da inviolabilidade da pessoa humana.¹⁷⁵

Essas constatações podem levar, mais uma vez, à conclusão paradoxal de que a ordem jurídica, ao admitir o direito à disposição corporal, relativiza o valor da vida e da intangibilidade do corpo humano, para atender a interesses que podem, inclusive, localizar-se fora do sujeito. A explicação para esse aparente paradoxo pode ser buscada no sentido jurídico que a liberdade do indivíduo assume em relação ao seu corpo,

¹⁷⁴CARVALHO, Orlando de. **Direito das coisas**. Coimbra : Coimbra, 1977. p.100.

¹⁷⁵Nesse sentido, o Professor Alberto J. BUERES afirma: “Dejamos insinuado que el cuerpo vivo no es una cosa sino un bien extrapatrimonial indisponible in totum.” (BUERES, Alberto J. Op. cit. p.233).

liberdade esta que, antes de mais nada, é limitadíssima e de modo algum pode ser confundida com aquela reconhecida ao sujeito no exercício de direitos patrimoniais, como explica Perlingieri:

“É ainda a antiga concepção do direito subjetivo por excelência, a propriedade, a operar a sugestão da licitude da destruição da coisa própria como extrema manifestação da liberdade do proprietário; trata-se de concepções que poderiam sobreviver somente se se rechaçasse a necessidade de uma profunda reflexão sobre o sentido do sistema constitucional, sobre o seu papel na hierarquia das fontes e na interpretação, na combinação da liberdade e responsabilidade. As situações existenciais exprimem-se não somente em termos de direitos, mas, também, de deveres: no centro do ordenamento está a pessoa, não como vontade de realizar-se libertariamente, mas como valor a ser preservado também no respeito de si mesma.”¹⁷⁶

3.1.1 As Disposições em Vida: O Individual e o Coletivo

Como marco essencial à compreensão do direito à disposição do corpo vivo, cabe mencionar, inicialmente, a impossibilidade jurídica de o indivíduo dispor da totalidade de seu corpo, pois só seria possível admitir a completa alienação da base física do sujeito, se fosse admitida a escravidão pelo Direito contemporâneo.¹⁷⁷

O direito à disposição cadavérica, embora receba tratamento diverso e atenda a interesses e pressupostos demarcados pela ausência de vida do corpo e pela projeção futura da vontade do sujeito sobre seu corpo sem vida, também não contempla a possibilidade de disposição do cadáver por inteiro.

O Direito admite que os sujeitos disponham de seu corpo, permitindo ingerências de terceiros, somente para atingir fins que tiram o caráter ilícito, normalmente atribuído aos atos que resultem na quebra da integridade física. Vale dizer, o simples fato de o Direito admitir a disposição corporal pelo sujeito não retira o caráter geral de ilicitude dos atos de agressão ao corpo, ainda que consentidos, pois remanesce o interesse social que vincula integralmente o sujeito à ordem jurídica, limitando sua liberdade.

¹⁷⁶ PERLINGIERI, Pietro. Op. cit. p.298-299.

¹⁷⁷A impossibilidade de alienação absoluta, voluntária ou involuntária, do sujeito e seu corpo é pressuposto de toda construção jurídica moderna, pois o sujeito de direito não pode estar subjugado física ou moralmente a outro sujeito, devido à identidade entre homem e sujeito de direito, realizada pelos textos legais, como resulta, por exemplo, do texto do artigo 2º, do Código Civil brasileiro.

A proteção dos interesses individuais e a proteção de valores e interesses coletivos concorrentes recaindo sobre o corpo humano interpenetram-se e se fazem presentes nos vários níveis e categorias normativas, como analisa Pontes de Miranda :

“Pode dar-se que o direito penal proteja interesses, sem que permita supor-se que, com isso, ‘subjativou’ o direito dos interessados. Não seria possível negá-lo. Porém daí não se há de tirar que *nunca*, ao formular regras jurídicas penais, crie o sistema jurídico direitos subjetivos, ou permita que das suas regras se conclua que tais direitos subjetivos foram criados. Assim, não se há de afastar, *in limine*, para a interpretação do sistema jurídico, no que êle estabelece de direitos (subjetivos), pretensões, ações e exceções, o elemento normativo do direito penal. Tanto seria êrro crer-se que todo interesse que êle protege é privatisticamente protegido quanto o seria assentar-se que nunca, ao proteger interesses privatisticamente não protegidos, os protege apenas no plano penal e os deixa desamparados no plano do direito privado. A questão de haver, ou não, direito subjetivo põe-se no plano do direito privado, se para aí se quer a resposta; mas os elementos para a resolver podem ser alhures, inclusive no direito penal.”¹⁷⁸

Convém destacar que, mesmo em relação ao corpo parcialmente considerado, o direito de disposição e corporal vem modulado pelo interesse concorrente da coletividade, juridicamente expresso pela noção ética de bons costumes, tal como ocorre, por exemplo, com a vedação à prostituição.

O sujeito não pode, portanto, dispor livremente de seu invólucro corporal, como se sua vontade estivesse desvinculada da finalidade sustentada pelo interesse público e social, nem lhe é permitido pôr em risco sua incolumidade física, atingindo os interesses da coletividade. Decorrem daí as limitações à liberdade individual, em relação, por exemplo, às autolesões ou lesões consentidas para a realização de cirurgias, visando à alteração morfológica do aparelho sexual, ou ainda, no que tange às esterilizações, cujos reflexos extrapolam a esfera do interesse puramente individual e podem repercutir nos interesses de terceiros, familiares ou não.¹⁷⁹

¹⁷⁸ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 18.

¹⁷⁹No debemos olvidar que los limites generales de todo derecho moral, orden público y buenas costumbres) quitan relevancia al consentimiento de la persona que, ejerciendo abusivamente el derecho que le asiste (conf. art. 1071 Cód. Civil argentino), autorice cualquiera de la amplia gama de intervenciones quirúrgicas llamadas por la doctrina “operaciones prohibidas”, recobrando plena vigencia el principio general de que la lesión causada a otro en el cuerpo o la salud es ilícita. (KONING, Maria Tereza Bercoglio de Brouwer de & FOURCADE, Maria Virginia Bertoldi de. *Op. cit.* p.27.

A vontade individual dirigida à disposição corporal só é juridicamente valorada, se direcionada para fins admitido pelo ordenamento jurídico, pois fora deles não tem o condão de retirar o caráter ilícito civil e penal, de que se revestem, de um modo geral, os atos de ingerência no corpo humano, levando à conclusão de que a vontade, apesar de necessária, não é suficiente para tornar lícitos todos os atos de disposição corporal.¹⁸⁰

O conflito de interesses, recaindo sobre o corpo humano, e a necessidade de dar relevância à vontade individual refletem-se, intensamente, no modo de compreensão e regulamentação jurídica do direito à disposição corporal, para realçar, ao mesmo tempo, a limitação e a valorização da liberdade do sujeito.

Na perspectiva de valorização da liberdade individual, o exercício do direito à disposição corporal exige que o sujeito expresse sua vontade sob forma de consentimento, para permitir a ingerência de outrem em seu corpo, tendo que discernir, também, a respeito da motivação de seu ato; daí falar-se em consentimento informado.

A inclusão da manifestação da vontade dos sujeitos, como requisito legal de validade jurídica dos atos envolvendo disposições corporais, e a aplicação de técnicas terapêuticas que atinjam a integridade do corpo humano, ao mesmo tempo que abrem uma brecha no princípio da intangibilidade absoluta do corpo, reafirmam o reconhecimento de uma dimensão ética que o Direito ocidental contemporâneo localiza no indivíduo e sua vontade. Isso não significa desprezo pelo valor social que as ciências biomédicas vêm agregando aos elementos corpóreos do sujeito, em seus múltiplos e renovados usos científicos.

O Direito ocidental tem procurado conjugar os interesses concretos presentes nas sociedades tecnificadas com a reaproximação entre o Direito e a Ética, afastando

¹⁸⁰ Examinada a questão com base na doutrina do Direito Penal, em se tratando de bens indisponíveis, o consentimento do ofendido não afasta a ilicitude do ato, daí porque a relativa disponibilidade de tais bens deve vir sempre orientada por uma finalidade socialmente justificável. (BARBOSA, Marcelo Fortes. O consentimento do ofendido. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 346, p.347-348, ago. 1995).

soluções assentadas em conceitos apriorísticos, que partem de posições conceituais unitárias e abstratas, próprias das concepções jurídicas dos séculos anteriores.

Na História da Europa Ocidental, do século XX, as sociedades organizadas politicamente em torno do individualismo e do coletivismo exacerbados, ainda que apoiadas em ordens jurídicas formalmente válidas, redundaram em flagrantes injustiças e forneceram a experiência de que a convivência entre a dimensão individual e social, física e psíquica do sujeito, é dado cultural que ainda oferece possibilidades de construção de uma sociedade e de um Direito voltados, primordialmente, à busca da justiça.

Atualmente uma gama de princípios bioéticos orientam os textos constitucionais, de Direito Internacional e Comunitário, buscando dar resposta a alguns problemas concretos decorrentes das conquistas científicas, conforme aponta João Alfredo de Oliveira Baracho:

“Existem princípios gerais de proteção do corpo do homem que deem observar: a primazia da pessoa; a dignidade da pessoa; respeito do ser humano diante da comercialização de sua vida, inviabilidade do corpo humano e sua integridade, necessidade de terapêutica (consentimentos e limites); integridade da espécie humana, extra-patrimonialidade do corpo humano (não patrimonialidade do corpo humano); não remuneração do doador; princípio do anonimato, garantias judiciais, nascimento e liberdade sexual; esterilização, regulamentação dos nascimentos; interrupção da gravidez, vontade de procriação; assistência médica à procriação; proteção do embrião humano; proteção contra exploração comercial e a experimentação; filiação do embrião, exclusão da ligação biológica entre o doador e a criança; efeitos da filiação; a vida e a utilização do corpo humano; utilização dos órgãos e elementos do corpo humano; regime aplicável à transfusão de sangue, utilização de dados genéticos, regras de proteção específica à utilização do corpo, utilização de tecidos, células e produtos do corpo humano”.¹⁸¹

A abertura do Direito para a ética verificou-se, principalmente no âmbito do Direito Internacional, após a Segunda Guerra Mundial. Mais recentemente as Constituições de vários países vieram a contemplar questões de natureza ética e política, calcadas na noção de dignidade essencial da pessoa humana, antes relegadas para fora dos limites da normatividade jurídica. O Professor João Alfredo de Oliveira Baracho aponta os princípios bioéticos que tem orientado os textos constitucionais e de Direito Internacional e Comunitário, enunciando, ainda, alguns problemas concretos decorrentes das conquistas da Medicina.

¹⁸¹BARACHO, João Alfredo de Oliveira. **O direito...** p.2.

Não é de estranhar, portanto, que, no âmbito do Código Civil brasileiro, não haja qualquer menção aos atos de disposição corporal, ou qualquer vedação relativa à prática de tais atos. A explicação radica-se tanto no fato de que o corpo humano ainda não apresentava, no início do século, a possibilidade prática de se tornar objeto mediato da relação jurídica quanto na visão jurídica cristalizada no texto codificado que não se preocupava com as questões existenciais do sujeito, em geral e, em especial, com a dimensão corporal dos indivíduos.

Apesar do silêncio do Código, a expressão da vontade constitui elemento nuclear dos atos de disposição corporal, o que lhes aproxima dos demais atos jurídicos, cujos requisitos gerais de existência e validade jurídica vêm regulados na Parte Geral, do Código Civil brasileiro, merecendo especial referência os artigos 81 a 145, da lei civil, que dispõem sobre a capacidade dos sujeitos, a licitude do objeto e a forma dos atos jurídicos em geral.

Os requisitos específicos exigidos para a prática e validade dos atos de disposição corporal, presentes na legislação especial, resultam da finalidade a ser alcançada por meio deles e sua absoluta vinculação com os interesses subjetivos ou sociais a serem satisfeitos. A natureza peculiar do objeto da relação jurídica também vai determinar a presença de requisitos legais específicos, de acordo com o maior ou menor reflexo que a disposição corporal tiver sobre o corpo do sujeito.

A finalidade, orientada pelas noções éticas e morais, como os bons costumes, implica, ainda, a vedação à retribuição patrimonial ou comercialização dos bens corporais dispostos por meio de tais atos. Este aspecto finalístico dos atos de disposição corporal também estabelece um marco diferencial entre eles e os negócios jurídicos dispositivos patrimoniais em geral, regulados pelo Código Civil brasileiro.

Demarcados, inicialmente, o conteúdo e os limites básicos do direito à disposição corporal, para ingressar no exame de sua regulamentação especial, cabe, primeiro, examinar as modalidades dos atos de disposição corporal, a partir dos

interesses predominantes e da sua finalidade mediata para, em seguida, analisar as peculiaridades de seu objeto.

O direito à disposição corporal compreende, assim, as disposições realizadas por meio de atos que autorizem ou permitam que sua integridade física possa ser atingida por outrem, em benefício do próprio disponente. Incluem-se, nesta espécie, os contratos com risco à integridade, os tratamentos consentidos, inclusive as cirurgias com finalidade de implante de aparelhos e transplantes de tecidos e órgãos, provenientes de outras pessoas.¹⁸²

Uma segunda espécie de atos de disposição corporal pode ser distinguida com base nesse critério quando a disposição não se realiza em favor do disponente, mas em favor de terceiro determinado, como é o caso da cessão de material orgânico, para ser aproveitado por outrem, com finalidade terapêutica. Esses atos seguem o regime específico previsto na Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que será objeto de análise no próximo capítulo.

Uma terceira espécie de atos de disposição corporal consiste na cessão de material orgânica realizada em favor da coletividade, com finalidade científica.

A classificação acima apresentada, conjuga, portanto, para determinar o regime jurídico especial das disposições corporais, a qualificação do interesse, individual ou coletivo, com a finalidade imediata, terapêutica ou científica.

Quanto à utilização científica do corpo humano, é preciso considerar, preliminarmente, que o sacrifício da integridade física não se dá em benefício de um sujeito determinado, mas, em tese, reverte em favor de toda a coletividade, sob forma de conhecimento científico.

¹⁸²As disposições corporais realizadas no interesse do próprio sujeito disponente já foram examinadas sob o ângulo da negação do consentimento, quando se tratou do direito à integridade física em relação aos tratamentos obrigatórios e às intervenções cirúrgicas. Recorde-se que as ingerências proibidas, como aquelas que provocam autolesões ou lesões consentidas, não correspondem ao conteúdo do direito à disposição corporal, mas balizam os limites desse direito.

A crescente regulamentação dos atos de disposição corporal pelos ordenamentos jurídicos decorre, principalmente, das possibilidades e expectativas criadas pela Ciência, nas sociedades contemporâneas, em relação ao emprego de materiais orgânicos humanos. A utilização do corpo humano pela Ciência operou uma transformação no seu valor social e o corpo humano passou a ser considerado como fonte de material para a Medicina e para as ciências biomédicas e, conseqüentemente, objeto da relação jurídica.

É inegável, pois, que a Ciência tem aproveitado, cada vez mais, material orgânico humano, na busca de tratamento de moléstias graves, cuja experimentação demanda longo lapso temporal e exige uma grande diversidade de organismos. As novas tecnologias permitem, ainda, a reprodução artificial do material orgânico para a produção de drogas medicinais que, apropriadas por laboratórios, entram em circulação no mercado.

A regulamentação jurídica da disposição e apropriação do material não pode, entretanto, ser informada pela mesma ótica dos atos de disposição patrimonial e privados, que essas circunstâncias é inadequada e incusficente para tutelar os interesses do disponente e da sociedade. Ocorre que o material orgânico, além de possuir um valor personalíssimo, singular, ligado à identidade do sujeito, pode, também, ser primitivamente apropriado e alienado, pois sua especificidade natural lhe agrega, por vezes, um valor de mercado, mesmo que não seja artificialmente reproduzido. Vale dizer, sua singularidade lhe atribui valor econômico que poderá gerar interesses conflitantes em relação à titularidade da aplicação e do produto da sua reprodução.¹⁸³

¹⁸³“É, sobretudo, no campo da genética que se apresentam as mais variadas possibilidades de aplicação do corpo humano, com repercussões econômicas, revelando a duplicidade com que o Direito apreende a dimensão corpórea do homem, como esclarece Teodora ZAMUDIO: “La información genética se presenta, en principio, como una información de tipo personal e participa del campo de la vida privada de la persona bien que por otra parte, cuando esa información genética no tenga el señalado estatuto personal, cuando efectivamente pierda su capacidad de identificar a la persona humana, cuando la utilización de una parte de la información genética se sitúe en un proceso de aplicación industrial es, en principio, no sólo disponible, sino apropiable.” (ZAMUDIO, Teodora. Los conceptos de persona y propiedad, la necesidad de su revisión jurídica ante las nuevas realidades genéticas. **Cuadernos de Bioética**, Buenos Aires, n. 0, oct. 1996. p. 96).

Contudo, a disciplina jurídica dos materiais orgânicos vem, gradativamente, se aproximando da legislação que regulamenta os direitos do autor e as patentes industriais, pois ao lado do aspecto de pertinência puramente pessoal do material orgânico, em relação ao sujeito, tem-se destacado o evidente interesse patrimonial distinto, decorrente de sua manipulação científica.

O clássico caso do norte-americano John Moore realça a dupla faceta dos direitos da personalidade, pela utilização de material orgânico com finalidades mercadológicas, resumida na frase desse paciente, ao reivindicar o direito sobre suas próprias células, ou melhor, sobre o seu patrimônio genético: “há mais de vinte anos, luto, sem sucesso, contra a apropriação indébita de uma parte do meu corpo e ninguém faz nada.”¹⁸⁴

Nesses casos, ainda que o sujeito tenha autorizado a intervenção cirúrgica e a pesquisa, o conflito de interesses advém da utilização mercadológica da reprodução das suas células. Em relação a John Moore a Suprema Corte norte-americana decidiu que o produto econômico decorrente da informação genética do exame de suas células pertence ao laboratório que desenvolveu a pesquisa.

A observação de Berlinguer e Garrafa permite aprofundar a reflexão sobre o tipo de tutela oferecida à personalidade humana, pautada em pressupostos aplicáveis à regulamentação jurídica dos direitos patrimoniais:

“Talvez o erro do sr. Moore, um homem de negócios do Alaska, tenha sido o de descer ao terreno jurídico, o do direito de propriedade, onde é mais fácil que vença o mais forte. Depois da sentença conclusiva, as várias empresas biotecnológicas da Califórnia que haviam utilizado outras linhas de células puderam dar um suspiro de alívio, e suas ações na bolsa subiram rapidamente.”¹⁸⁵

¹⁸⁴“Na década de 70, Moore sofria de uma doença rara chamada leucemia das células ciliadas. Quando ele procurou auxílio, os médicos descobriram que o seu baço produzia uma substância útil no combate ao câncer, que foi patenteada.” (ASSUMPCÃO, João Carlos. Americano quer patente de suas células. **Folha de São Paulo**, 15 jun. 1997).

¹⁸⁵ BERLINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei. **O mercado humano** : estudo bioético da compra e venda de partes do corpo. Trad. Isabel Regina Augusto. Brasília : Universidade de Brasília, 1996. p.37.

Nessa perspectiva jurídica atual, as células humanas, consideradas como material biológico, em seu sentido natural, isto é, não alteradas artificialmente, uma vez identificada sua especificidade, têm natureza jurídica de invenção, para o direito, e do ponto de vista patrimonial podem ser apropriadas pelo inventor e destinadas a fins lucrativos.

Para conter a especulação econômica de materiais orgânicos humanos, legislações recentes, como a brasileira, vedam o uso não terapêutico de células e organismos humanos, como se infere da leitura dos dispositivos extraídos da Lei nº 8.974, de 05.01.95 :

Art. 13 - Constituem crimes:

- I - a manipulação genética de células germinais humanas;
 - II - a intervenção em material genético humano in vivo, exceto para o tratamento de defeitos genéticos, respeitando-se princípios éticos tais como o princípio de autonomia e princípio de beneficência, e com a aprovação prévia da CTNBio;
[...]
 - III - a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servirem como material biológico disponível;
- Pena - reclusão de seis a vinte anos.¹⁸⁶

A Instrução Normativa do Ministério da Saúde, regulamentando a Lei nº 8.974/95, também restringe a utilização científica do corpo humano, incluindo a clonagem entre os procedimentos proibidos, ao dispor: “Art. 2º - Ficam vedados nas atividades com humanos: I - a manipulação genética de células germinais ou de células [...]; II - experimentos de clonagem radical através de qualquer técnica de clonagem”.¹⁸⁷

As restrições legislativas, contudo, não podem dar conta de todos os problemas decorrentes da apropriação mercadológica dos produtos orgânicos humanos, por relações econômicas complexas e que extrapolam o âmbito das ordens jurídicas nacionais. Daí porque a legislação, necessariamente, além de proibir, *a posteriori*, deverá adotar uma postura prospectiva, ao regulamentar a aplicação e reprodução do

¹⁸⁶ BRASIL. Lei nº 8.974, de 05 de janeiro de 1995. Regulamenta os incisos II e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, autoriza o Poder Executivo a criar, no âmbito da Presidência da República, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 6 jan. 1995.

¹⁸⁷ Instrução Normativa nº 8, de 09 de julho de 1997, publicada no Diário Oficial da União, em 11.07.97, p.14774.

material orgânico, geneticamente modificável ou modificado, sobretudo quando trata de sua circulação no mercado internacional.¹⁸⁸

A tutela jurídica do corpo humano, para reforçar a idéia de sua dignidade intrínseca e de sua singularidade essencial, muitas vezes promove a reificação e patrimonialização do corpo, com base em parâmetros econômicos, despidos de conteúdo ético.

As disposições corporais, em vida, em favor de terceiros, determinados com fins terapêuticos, sugerem uma gama de problemas distintos dos decorrentes da utilização científica do corpo humano. Sua regulamentação jurídica busca, basicamente, tutelar a personalidade dos sujeitos, ocupando posições distintas, em relação ao uso corporal. Essa espécie de disposição corporal obedece a regime jurídico diverso daquelas disposições com finalidade científica e leva em consideração a classificação do material orgânico em sua relação funcional com a totalidade, conforme seja renovável ou não renovável, separado, ou não, do corpo humano.

A classificação jurídica do material orgânico em renovável ou não renovável decorre de noções fornecidas pela Medicina, para chegar à definição de que as partes ou materiais orgânicos renováveis são aqueles que se reconstituem naturalmente e permanentemente, sem que haja alteração da suas qualidades intrínsecas.

O regime jurídico das disposições corporais, com fins terapêuticos, enfrenta, portanto, a questão prévia da classificação jurídica do material orgânico objeto mediato da relação jurídica. Sem ingressar na longa trajetória da doutrina sobre essa questão, cumpre registrar que o material orgânico renovável, já separado do corpo, tem sido classificado como *res*, isto porque se distingue do sujeito, embora, originalmente, se

¹⁸⁸O Professor Luiz Edson Fachin adverte: “Esse enfrentamento requer, isso sim, enfoques plurais, eis que será encontrado na interdisciplinariedade o terreno mais apto para compreender as *décalages* entre direito, ética e biotecnologia. Isso tudo para que no corpo do direito não ingresse tão simplesmente um novo *estatuto do corpo humano* a título de objeto de mercancia suscetível de trânsito na arena jurídica.” (FACHIN, Luiz Edson. **Em busca de novas mandrágoras?** Notas apresentadas ao debate realizado durante o Encontro Regional do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito), na Universidade Estadual de Londrina, Paraná, maio de 1997).

encontrasse a ele ligado.¹⁸⁹

A doutrina civilista, inicialmente, entendeu que as partes ao serem separadas do corpo constituíam *res nullius*, possibilitando a aquisição originária pelo sujeito ao qual estavam organicamente vinculadas, ou por terceiros. Em outro sentido, atendendo a uma orientação doutrinária de caráter personalista, entendeu-se que as partes do corpo, mesmo separadas, são coisas afetas à esfera jurídica do sujeito, que as adquire originariamente, *ipso facto*, de sua retirada, sendo possível, entretanto, sua transmissão por meio de ato voluntário, para o qual se exige a manifestação de vontade do sujeito.¹⁹⁰

Uma vez destacadas do sujeito, os elementos físicos são, para a maioria dos doutrinadores, coisas distintas e que não compõem o aspecto corpóreo do sujeito, independente de poderem ou não ser dispostos e respectivamente apropriados por meio de negócios jurídicos.

Em relação à transmissibilidade dos elementos corpóreos separados do sujeito, Orlando Gomes destaca os seguintes aspectos:

¹⁸⁹“Os primeiros não suscitam qualquer espécie de problema, excepto o de que a sua disposição, enquanto não caducos, e como elementos, que são, do todo físico-psíquico, exige o consentimento da pessoa. Consentimento que pode ser vinculante (assim no contrato de aleitamento), mas sendo a prestação sempre vista como um *facere* e sempre sujeita ao princípio da liberdade negativa (*nemo potest cogi ad factum*). Embora expondo à obrigação de indemnizar, a prestação é inexigível *in natura*. Uma vez caducos, os elementos tornam-se coisas, mas fazem parte do ‘círculo de reserva’ do sujeito e, nessa medida, são insusceptíveis da execução específica do art. 827º do Código Civil. Só um acto do sujeito pode convertê-los em *res in patrimonio*, aptas à venalização. Significa isto que a alienação tanto antes de caducos como depois de caducos não transmite, só por si, direitos reais. Não porque não possa nunca configurar-se como venda e, tendo de configurar-se como doação, seja nula a doação de bens futuros, na primeira hipótese (artigo 942º, 1, do Código Civil). Isso não explicaria a segunda hipótese e, de resto, nada obstava à venda de coisa futura, pois trata-se de bens venalizáveis. A razão, que cobre as duas situações, é a já aludada: mesmo depois de caducos (de recolhido o leite num biberão, ou de cortada a trança do cabelo), os bens só se transformam em *res in patrimonio*, em *res in commercio*, por um acto de desafecção do sujeito que os retire do seu ‘círculo de reserva’, que os abandone e os lance no tráfico ‘acto a partir do qual, e só a partir do qual, perdem o carácter de *res extra commercium*, seguindo o destino das coisas em geral. Teremos um regime análogo ao das partes integrantes e ao dos frutos pendentes (artigos 408º, 2, *in fine*, do Código Civil), justificado pelo ‘sagrado’ de que tudo o que é humano se envolve e que se alarga inclusivamente às próteses que uma pessoa eventualmente utilize.” (CARVALHO, Orlando de. *Transplantações e direitos das pessoas*. In : **Transplantações** : Colóquio Interdisciplinar (25 de março de 1993). Coimbra : Faculdade de Direito de Coimbra, 1993. p.140-141).

¹⁹⁰ “Por lo común, las partes renovables, una vez separadas del cuerpo, son consideradas *cosas* - art. 2311, Cód. Civil - pertenecientes al dominio del sujeto de quien provienen. En otra dirección, alguna vez se sostuvo que esos fragmentos humanos, al escindir del organismo, se convertían en *res nullius*, aunque debía acordarse una preferéncia a la persona de cuyo cuerpo eran integrantes, con miras a la apropiación. Adherimos a la primera tesis que es la que mejor se concilia con la idea del derecho subjetivo personalísimo que ostenta el sujeto sobre su cuerpo. En efecto, a nuestro juicio, las partes separadas del organismo, se transforman, automáticamente, desde el instante del fraccionamiento, en el sustrato del derecho de propiedad de la persona, por un modo de adquisición originario similar al que existe con referencia a las obras del intelecto o del ingenio.” (BUERES, Alberto J. op. cit. p.226-227)

“O direito sobre partes separadas do corpo é dos que ensejam menos controvérsias, sendo admitido por quase todos os escritores. Sua natureza não é, entretanto, pacífica. Com a separação, deixaria de ser direito de personalidade, segundo alguns (GANGI, DEGNI, SANTORO PASSARELI), transformando-se em direito de propriedade, e passando as partes separadas à categoria de cousas no comércio. Em verdade porém, não perde sua natureza por ser disponível.

Desdobra-se a proteção desse direito em dois sentidos: a) contra os atentados procedentes de terceiros; b) contra o poder de disposição do próprio indivíduo. Permitida, em princípio, a separação de partes do corpo para o fim de disposição, tornam-se lícitos, em tese, os negócios jurídicos que os tomem como objeto. Há, entretanto, limites ao poder de disposição. Primeiramente, não é lícita a que importa em diminuição permanente da integridade física. Em segundo lugar, não se reconhece validade ao contrato atentatório da dignidade humana.¹⁹¹

Por se tratar de coisas de natureza especial, o regime do Código Civil brasileiro a respeito dos atos de disposição patrimonial a elas não se aplica. A alteração da titulariedade dessas coisas vem regida por legislação especial que atende a mandamentos constitucionais específicos, contidos no artigo 199, § 4º, da Constituição da República. A partir da dicção constitucional, não restam dúvidas que são coisas fora do comércio, vale dizer em nenhum caso poderá haver retribuição patrimonial por atos sua disposição.

No Brasil, mesmo anteriormente à vigência da Constituição Federal de 1988, a doutrina, majoritariamente, entendia que a disposição de partes separadas renováveis do corpo só excepcionalmente poderia ser feita mediante retribuição patrimonial.

Já o material orgânico ainda não separado do corpo tradicionalmente vem sendo classificado pela doutrina como coisa fora do comércio, de natureza especial, por sua íntima ligação com o sujeito. Os atos de disposição recaindo sobre essa espécie de material, além de não admitirem a presença de qualquer outro interesse, a não ser os contemplados pela legislação especial, sofrem limitações referente à impossibilidade de execução forçada de seu cumprimento, em respeito ao direito à integridade física do disponente.

Apesar de tais peculiaridades de regime jurídico que resultam em limitações à liberdade e à vontade contratual, a discussão em torno da nulidade do negócio jurídico de disposição de material orgânico, não separado do corpo humano, parece estar superada, uma vez que se admite sua extração para aplicação terapêutica, acentuando-se que o cumprimento da obrigação dele decorrente não pode ser compulsoriamente exigido. Nessa categoria de ato jurídico, a vontade do disponente

¹⁹¹ GOMES, *Direitos...*, p.9-10.

aparece, portanto, como necessário para a existência válida do ato e também para o cumprimento da obrigação de fazer dele nascida.¹⁹²

Mais complexa é a disposição de material orgânico não renovável, não separado do corpo, que passou a ser objeto de relações jurídicas a partir de descobertas científicas, que transformaram o corpo humano vivo em fonte de elementos indispensáveis nas cirurgias, envolvendo o transplante de órgãos de um indivíduo a outro.

Devido à natureza de determinados órgãos e partes do corpo humano, foi necessário realizar, no campo da Medicina, a distinção entre integridade anatômica e integridade funcional, para se admitir a retirada desses materiais orgânicos,¹⁹³ cujo exemplo mais esclarecedor encontra-se em órgãos não regeneráveis naturalmente, mas duplos. A retirada de um desses órgãos implica, necessariamente, a perda da integridade anatômica, sem que haja perda das funções orgânicas, que passam a ser desempenhadas por apenas um deles com relativa alteração.

A par disso, a legislação especial, orientada pelos parâmetros da Medicina, regula especificando, por vezes, quais os órgãos, partes ou tecidos não renováveis podem ser objeto de disposição e transplante e estabelece requisitos especiais para cada caso.¹⁹⁴

¹⁹²Sobre a impossibilidade de execução forçada do cumprimento de obrigação nascida de ato jurídico dispondo de parte ou órgão não separado corpo humano, o Professor Alberto J. BUERES conclui: “ Va de suyo que la negativa del obligado a satisfacer la prestación *in natura* impedirá la ejecución forzada - *nemo ptest proecise cogit ad factum* – (arg. art. 505, inc. 1º, Cód. Civil), mas ello no obsta en modo alguno a la viabilidad del reclamo indemnizatorio por la parte perjudicada.” (BUERES, op. cit., p.232).

¹⁹³“En efecto, la disponibilidad corporal en esta área no puede tener, es cierto, como límite la ‘integridad anatómica’ de la persona puesto que ésta siempre se ve lesionada con la transferencia de un órgano en vida. Sin embargo, ante la extracción de uno de dos órganos pares no se vería afectada la ‘integridad funcional-fisiológica’, puesto que la función que competía a la parte extraída sería suplida por la subsistente. De esta forma podría sostenerse que no existe peligro para la salud del dador cuando se preserva dicha integridad funcional.” (KONING, María Teresa Bergoglio de Brouwer de; FOURCARDE, María Virginia Bertoldi de. Op. cit. p.71-72).

¹⁹⁴ No Brasil, nem a Lei 9.434/97, nem o Decreto 2268/97 que a regulamenta, contêm listagem de órgãos passíveis de serem extraídos para utilização em transplantes. Mas, o § 3º, do artigo 9º da Lei brasileira dispõe genericamente:

“Art. 9º - [...].

§ 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.”

Por evidente, as disposições relativas a essa espécie de órgãos atingem a integridade do disponente, mas são lícitas, segundo o exame da proporcionalidade entre o sacrifício realizado por um e o benefício colhido por outro, parâmetros que vem contemplados na legislação especial.

O direito legislado, ao levar em consideração o aspecto da integridade funcional do corpo do disponente, ressalta a importância da informação do profissional médico, pois só este poderá dar conteúdo concreto à regra jurídica, mediante o exame de cada organismo do disponente, devendo realizar, ainda, a avaliação do benefício que resultará para o receptor.

No Brasil, os atos de disposição corporal de materiais orgânicos não renováveis, entre pessoas, podem se dar em benefício de pessoa que não seja vinculada ao disponente por qualquer vínculo de parentesco. Nesse aspecto, a legislação brasileira (Lei 9434/97) diverge de parte das legislações estrangeiras, que exigem a presença de receptor ligado ao disponente, por vínculo de parentesco ou familiar, com o disponente.

Como se vê, a tônica do regime jurídico dos atos de disposição corporal, em vida, é fornecida pelas normas deontológicas e de Direito internacional, bem como pelas disposições constitucionais que põem em destaque o respeito à dignidade da pessoa, a solidariedade social e o incentivo à investigação e aplicação científicas.

Os requisitos legais específicos variam segundo a maior ou menor valoração que cada sociedade atribui aos valores jurídicos constitucionalmente acolhidos, em permanente oscilação entre a afirmação da liberdade individual e a solidariedade social. No caso brasileiro, o direito legislado tem avançado no sentido de proteger o indivíduo contra agressões a seus aspectos físicos, para permitir-lhe uma maior liberdade de disposição de seu corpo e de seu cadáver sempre que motivada pelo sentimento de solidariedade familiar e social, premissas que se encontram claramente refletidas no texto da Lei 9.434/97.

3.1.2 As Disposições *Post Mortem*: O Dom da Vida

Os atos de disposição corporal, com eficácia diferida *post mortem*, por sua vez, atendem a regime jurídico diverso daquele que regula as disposições sobre o corpo vivo, principalmente, por resultar a intervenção juridicamente válida da vontade do sujeito sobre o seu cadáver e também porque podem exigir a manifestação de vontade de terceiros, para complementar ou suprir a vontade do falecido a esse respeito.

Em relação aos atos de disposição cadavérica, praticados pelo próprio sujeito, fala-se no exercício de um verdadeiro direito subjetivo da personalidade, que se concretiza por meio da prática de atos jurídicos, cuja eficácia se verifica *post mortem* do sujeito que os praticou validamente.¹⁹⁵

Nas hipóteses em que terceiros podem decidir os destinos dos despojos de outrem, menciona-se a existencia de um direito subsidiário geralmente reconhecida pela ordem jurídica aos familiares ou pessoas que compõem o círculo de relações íntimas do falecido.

Do ponto de vista da finalidade, o direito à disposição cadavérica pode ser exercido para determinar a forma e circunstância da cerimônia fúnebre, constituindo o denominado direito às exéquias, ou para permitir a utilização de os elementos cadavéricos em favor de terceiros, com finalidade terapêutica ou científica.

Além das hipóteses acima enunciadas e admitidas pelo ordenamento jurídico, toda e qualquer outra forma de disposição cadavérica pelo sujeito ou por terceiro é inválida e constitui ilícito penal.¹⁹⁶

Aqui, a exemplo do que ocorre com o direito de disposição do corpo vivo, em obediência às regras constitucionais que asseguram a autodeterminação do sujeito sobre

¹⁹⁵“Por un lado se ha entendido que las posibilidades de disposición sobre el propio cadáver no constituyen derechos subjetivos, pues la voluntad del interesado, si bien es tenida en cuenta por el orden positivo, no es decisiva por sí sola. Por otro lado, se aceptó que se está en presencia de verdaderos Derechos subjetivos, pero no de propios derechos personalísimos, pues en el derecho, al cadáver se da una desvinculación entre sujeto-objeto y, en consecuencia, falta la unión que en mayor o menor medida caracteriza a estos derechos. Sin embargo, la doctrina mayoritaria enmarca la prerrogativa en cuestión en el cuadro de los derechos de la personalidad. En nuestro tiempos, éste es el criterio que se impone.” (MALICKI, op. cit., p.189).

¹⁹⁶ É o que estabelece o artigo 14, da Lei nº 9.434/97, de 05 de fevereiro de 1997.

suas manifestações corpóreas, destaca-se o valor inafastável que possui a vontade do sujeito e sua manifestação. Tal vontade é decisiva, mesmo em legislações, como a brasileira (Lei 9.434, de 04 de fevereiro de 1997), que acolher o chamado “sistema do consentimento presumido”, em virtude do qual o silêncio do sujeito é tomado como permissão para a coleta de órgãos, com fins terapêuticos, após sua morte.

A Lei 9.43/97, por outro lado, não reconhece valor jurídico à vontade dos familiares do falecido, mesmo quando há dúvidas sobre o teor da declaração ou da existência da vontade anteriormente declarada. Os familiares não têm neste caso nem mesmo um “direito subsidiário”, para ratificar ou complementar a vontade do falecido, havendo clara opção legislação pelo aproveitamento terapêutico do cadáver, na ausência de manifestação.

A doutrina há muito vem discutindo a natureza do direito à disposição cadavérica, especialmente quando ele é exercido pelos familiares, para saber se ele constitui um verdadeiro direito subjetivo. Esse problema decorre da compreensão de que os direitos subjetivos personalíssimos se extinguem com a morte, sendo, portanto, insuscetíveis de transmissão aos herdeiros. Mas, em geral, os ordenamentos jurídicos, em atenção à *pietas* familiar, atribuem legitimidade jurídica ativa a terceiros e familiares, para disporem do cadáver alheio, ou pelo menos para suprirem a vontade do falecido, em caso de silêncio a respeito da utilização do cadáver.

Parte da doutrina, entende o direito à disposição cadavérica como direito subjetivo da personalidade, de caráter individual e intransmissível, e formula críticas a soluções contidas em dispositivos legais, como aquela que preconiza o artigo 71 do Código Civil português:

“Artigo 71º (ofensas a pessoas já falecidas)

1. Os direitos de personalidade gozam igualmente de protecção depois da morte do respectivo titular.
2. Tem legitimidade, neste caso, para requerer as providências previstas no nº 2, do artigo anterior o cônjuge sobrevivente ou qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido.
3. Se a ilicitude da ofensa resultar de falta de consentimento, só as pessoas que o deveriam prestar têm legitimidade, conjunta ou separadamente, para requerer as providências a que o número anterior se refere.”

Os juristas Antunes Varela e Fernando Andrade aderem a essa crítica, ao mostrarem que o Código Civil português, embora vincule o fim da personalidade à morte e com ela a extinção de todos os direitos da personalidade, confunde a proteção o interesse subsidiário das pessoas arroladas com um verdadeiro direito transmitido pelo falecido:

- “1. Em certa medida, a protecção dos direitos de personalidade depois da morte constitui um desvio à regra do artigo 68º.
2. A doutrina do nº 3, quanto à legitimidade para requerer as providências a que se refere o nº2 do artigo anterior, é limitativa do disposto no número anterior, visto que, nos termos do nº2, do art. 76º e do nº1 do artigo 79º (caso de a ilicitude resultar da falta de consentimento) não são *todas as pessoas* indicadas neste artigo que têm legitimidade, mas essas pessoas, *segundo a ordem nele indicada*. Pelo que respeita ao exercício da acção penal pelo crime de difamação ou injúria contra um morto, vide o artigo 417º, do Código Penal.
3. Os termos em que o nº 2 se refere ao cônjuge, descendente, ascendente, irmão ou sobrinho, ao lado do herdeiro do falecido, revelam que eles têm legitimidade para requerer as providências legais mesmo quando não sejam herdeiros.”¹⁹⁷ (Os grifos são do original).

Para esse segmento da doutrina, diante da intransmissibilidade do direito da personalidade, não haveria qualquer direito a ser transmitido aos familiares, do mesmo modo como se apresenta tecnicamente imperfeita a possibilidade de se admitir que os herdeiros sejam representantes da pessoa falecida, pois isso implicaria a repersonalização do cadáver, em contrariedade com o disposto no Código Civil a respeito do termo final da personalidade jurídica das pessoas naturais com a morte.

O Código Civil brasileiro, por sua vez, é absolutamente silente sobre quaisquer efeitos não patrimoniais trazidos pela morte aos familiares, limitando-se a regular as relações em torno do patrimônio (herança/espólio) deixado pelo morto (autor da herança) aos seus sucessores (herdeiros).

A exemplo do que ocorre com a vontade do testador, de natureza puramente patrimonial, os interesses individuais são considerados, mas devem amoldar-se às normas de ordem pública. Assim, entende-se legítima a vontade do falecido sem desconsiderar os interesses dos familiares, sobretudo, com referência à realização das exéquias compatíveis com sua posição social, bem como em dar destinação desejada pelo falecido a seus despojos.

¹⁹⁷ANDRADE; VARELA, op. cit., 103-104.

Convém mencionar, ainda, as situações em que o cadáver não é reclamado pelos familiares e que, segundo o disposto pela Lei 8.501, de 30 de novembro de 1992, pode ser utilizado por Escolas de Medicina, para fins de ensino e de pesquisa de caráter científico.

A lei 9.434/97 não revogou expressamente a Lei 8.501/92, sendo possível concluir que esta ainda se encontra em vigor, destinada a regular apenas o aproveitamento cadavérico, com fins científicos, restrito às Escolas da Medicina.

Esse diploma tem sido objeto de críticas, porque aponta para um tratamento legal incompatível com os ditames constitucionais de absoluto respeito à pessoa humana, em toda sua extensão. Em realidade, cria a possibilidade de cadáveres restarem insepultos, para permanecerem como mero objeto de pesquisa, patenteando comportamentos anti-éticos que atendem a uma visão puramente utilitarista em relação à pessoa humana. A par disso, sendo o cadáver tardiamente reclamado pelos familiares, sua anterior utilização para a pesquisa poderá afrontar os sentimentos destes.

O direito à disposição cadavérica exige, além disso, para sua compreensão, o exame da natureza jurídica ou estatuto jurídico do cadáver. O tema tem provocado dissensões entre os juristas, sendo cabível destacar que a doutrina o tem classificado de diversas formas, que vão desde semipessoa, bem, coisa fora do comércio, até coisa, no sentido puro e simples.¹⁹⁸

A doutrina brasileira sempre aceitou a classificação do cadáver como coisa fora do comércio, qualificação que remanesce na atualidade, evidentemente por reconhecer no cadáver a expressão da personalidade humana e não apenas sua eventual utilidade voltada à aplicação com fins terapêuticos ou científicos.

Orlando de Carvalho, ao tratar da natureza jurídica do cadáver, demonstra a reconhecida insuficiência dos conceitos jurídicos para abarcarem as realidades humanas que extrapolem as relações de natureza puramente patrimonial:

¹⁹⁸BUERES entende que: “Tampoco nos parece acertada la postura que enfoca el cadáver como figura bifrontal (ora cosa, ora bien no cosa), razón por la cual o se lo trata de *bien material* o lisa y llanamente como *cosa*.” (BUERES, Alberto J. Prólogo, p. XL. In: KONING, María Teresa Bergoglio de Brouwer de; FOURCADE, María Virginia Bertoldi de. **Trasplante de órganos**. Buenos Aires : Hammurabi, 1983).

“O cadáver é, enquanto despojo de uma pessoa humana, uma coisa, por certo, mas uma coisa ainda nimbada do respeito que todos devem à pessoa viva. Sem dúvida, não o objecto estético em que certa mitologia contemporânea tende a convertê-lo: ‘Live fast, die young and leave a good-looking corpse’. Mas objecto de respeito é, por isso, como dizem os juristas, uma *res extra commercium*. sobre que têm um direito de pietas (piedade) a família ou os conviventes. Devo dizer que me arrepia algum familiarismo estrito e gentílico que tende a reservar esse direito só para a família legítima, esquecendo-se de que se compete a alguém, segundo o direito natural, é aos que amaram o morto. Tinha-o Antígona, é duvidoso que o tivesse Isménia. De todo o modo, é o direito-dever de destinar o cadáver a um dos seus fins legítimos: inumação (ou cremação), recuperação de outras vidas, investigação científica. Só eles é que não representam profanação do cadáver, nos termos do direito criminal. Por aqui se vê que a colheita de órgãos para fins de transplantação é inteiramente harmónica com o respeito pelos despojos humanos. Na concepção moderna destas coisas, diremos mesmo que é o seu destino mais nobre.

Mas o cadáver não é uma *res nullius*, um ‘no man’s land’. O titular do direito de *pietas* é que pode destiná-lo, salvo se o *de cuius* já o fez em vida ou o fez por testamento. Se o fez, a colheita está perfeitamente consentida - não sendo de exigir uma declaração expressa, bastando qualquer insinuação. Se o não fez, deve, em direitas contas, fazê-lo quem *ex jure amoris* tem direito ao cadáver.”¹⁹⁹

O direito à disposição cadavérica, como visto, exige regime jurídico distinto, embora a finalidade dos atos voltados à utilização terapêutica do material orgânico extraído do cadáver o aproxime do direito de disposição do corpo, em vida pois ambos vem motivados pelo mesmo sentido de solidariedade humana e crença no intento de curar da Ciência.

O respeito à integridade física do sujeito e do cadáver cede, nessas hipóteses, ante à necessidade de outrem, ou da coletividade, para revelar, com absoluta clareza, o carácter personalista e não egoístico dos direitos relativos aos aspectos físicos da personalidade.

Os transplantes de órgãos oportunizam que se complete o ciclo da vida e do direito à disposição corporal, em sua intersecção com os demais direitos da personalidade, pois o direito à vida do receptor, o direito à disposição corporal do disponente e o direito à integridade física de ambos aí se fazem presentes.

A problemática da disposição do corpo vivo e do cadáver e sua destinação terapêutica enseja regulamentação por legislação especial, em virtude da difusão e aumento da utilização das técnicas de transplantes de órgãos e tecidos humanos. A legislação brasileira especial (Lei 9.434/97), seguindo os passos da Constituição

¹⁹⁹ CARVALHO, *Transplantações...*, p.144-145.

Federal de 1988, acolhe o conjunto de princípios ético-jurídicos e de normas deônticas que vêm sendo formulados e orientam as legislações ocidentais, em geral, no tratamento dessas questões.

3.2 O ESPAÇO NORMATIVO BRASILEIRO: A SINGULARIDADE DAS SOLUÇÕES LEGISLATIVAS

3.2.1 Antecedentes Legislativos e Contornos Constitucionais

A Medicina tem constantemente colocado novos problemas ao Direito, cujas respostas são sempre insatisfatórias e que se refletem, sobretudo, na regulamentação dos atos de disposição corporal, entre vivos ou com eficácia *post mortem*, com a finalidade de fornecer material orgânico para ser utilizado em transplantes de órgãos.²⁰⁰

A legislação brasileira, em vigor, Lei 9.434, publicada em 04 de fevereiro de 1997, oscila, por isso, entre duas tendências: ora abre espaço para a liberdade e os interesses predominantemente individuais, ora aponta para a submissão da liberdade individual aos desígnios e carências da coletividade.

A presença desse movimento pendular pode ser verificada pelo exame dos antecedentes legislativos sobre doação e transplantes de órgãos no Brasil, começando pelo primeiro diploma legal específico, Lei 4.280, de 06 de novembro de 1963, que dispôs sobre a utilização científica e terapêutica do corpo humano.²⁰¹

²⁰⁰ Ao assinalar a defasagem entre os avanços científicos e as concepções jurídicas, Stella Martinez enuncia o seguinte pensamento: Estos promisorios avances de las ciencias biológicas tomaron desprevenidas a las disciplinas del deber ser y las enfrentaron, cruda e inesperadamente, a una serie de acuciantes preguntas; y aunque esos interrogantes no configuran, en esencia, más que la nueva formulación del ancestral dilema de los límites del obrar humano – si deben existir y cuáles son – lo cierto es que la respuesta ética resultante no ha alcanzado – hasta el presente – la profundidad, la amplitud y la riqueza que el tema em estudio requiere. (MARTINEZ, Stella Maris. Ingeniería genética: el desafío actual de la bioética. **Cuadernos de Bioética**. Buenos Aires : AD-HOC, n.0, oct. 1996, p.79-80.

²⁰¹ OLIVEIRA, Moacyr de. A questão médico-jurídica dos transplantes. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 389, mar. 1968. p.407-408.

A delicada clivagem a ser realizada pelo Direito, para atender às posições aparentemente contraditórias antes indicadas, nem sempre resultou em soluções legislativas adequadas, como pode ser inferido a partir da análise de alguns aspectos da Lei 4.280/63.

Assim, por exemplo, observa-se que a lei brasileira de 1963, timidamente, regulou apenas a extirpação de órgãos ou tecidos de pessoas falecidas, mediante autorização, em vida e por escrito, do titular do direito à disposição corporal e não oposição do cônjuge e parentes nominados no seu texto. A par disso, previa a não oposição das corporações religiosas ou civis a que pertencia o disponente, como requisito necessário à validade do ato de disposição corporal *post mortem*.²⁰²

A Lei 4.280/63, como se vê, contemplava a possibilidade de ocorrer três espécies de manifestação de vontade nos atos de disposições cadavéricas, com finalidade terapêutica, que se complementavam. Quer dizer, para que fosse válida a disposição, eram exigidas a manifestação de vontade positiva do titular e a não oposição dos familiares e de pessoas a ele ligadas por motivos religiosos. Punha-se em relevo, portanto, não apenas a vontade do titular do direito à disposição corporal, mas também a *pietas* da família e dos amigos, expressão cristianizada do imemorial direito de prantear os mortos, sempre reclamado pelos componentes do círculo familiar e afetivo do falecido.

Ao legitimar, também, as organizações sociais para se manifestarem sobre os destinos dos despojos, a Lei revelou uma exagerada ampliação de titularidades de interesses, destacando, inclusive, os aspectos imateriais da personalidade do falecido, tais como sua posição social e convicções religiosas.

Por óbvio, o grande número de pessoas legalmente legitimadas para expressar sua não oposição ou aquiescência, completando ou suprimindo a vontade do falecido no regime da Lei 4.280/63, por si só, aumentava o grau de complexidade das autorizações necessárias à ablação do material cadavérico, resultando em demora incompatível com o estrito lapso temporal que medeia a morte e a obrigatória retirada dos elementos orgânicos destinados ao uso terapêutico em transplantes.

²⁰²Ibid, p.408.

Além disso, o diploma legislativo de 1963 nasceu limitado, pois seu campo de abrangência atingia e regulava apenas os atos de disposição cadavérica, tornando sua concepção inicial incompatível com o vertiginoso aperfeiçoamento das técnicas de transplantações e com as exigências de obtenção de uma maior quantidade de órgãos a serem transplantados, que se deu, justamente, no final dos anos sessenta. Nessa época, ao lado do aumento da demanda de material orgânico cadavérico a ser aplicado em intervenções cirúrgicas, a Medicina começou a viabilizar a utilização de material oriundo de pessoa viva nessas mesmas cirurgias.

As deficiências normativas antes apontadas exigiram que a Lei 4.280/63 fosse revogada pela Lei 5.479, de 10 de agosto de 1968, que por sua vez viria regular não apenas a disposição e extração de material orgânico cadavérico, mas também a retirada de órgãos de pessoas vivas para aplicação terapêutica.²⁰³

A Lei 5.479/68 demarca, portanto, um novo momento legislativo e enfrenta problemas jurídicos, próprio de um momento histórico em que o Direito apenas começava a construir soluções para dirimir novas questões suscitadas pela Medicina. Advém daí suas falhas mais significativas, a começar pela imprecisão terminológica, referente à finalidade dos atos de disposição corporal, vinculando sua utilização a “fins humanitários”, possibilitando, com isso, a interpretação de que a experimentação científica se incluía entre esses fins.

Outras deficiências verificavam-se no texto da Lei 5.479/68, especificamente no que tange à regulamentação dos critérios de constatação do momento da morte, e em relação à ausência de qualquer disposição limitativa à retirada de material cadavérico. Esses três aspectos geraram críticas e polêmicas em torno desse texto legal, prejudicando sua aplicação e exigindo sua imediata revogação.

Com a finalidade de superar as deficiências verificadas no texto legal então em vigor, o Presidente da República encaminhou ao Congresso Nacional a Mensagem

²⁰³ MARREY NETO, José Adriano. Transplantes - Considerações sobre a Lei 5.479, de 10.8.68 : aspectos éticos, jurídicos e médico-legais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 578, p. 16-36, dez. 1983.

425, datada de 10 de outubro de 1982. O texto da Mensagem, ainda que fosse mais claro que o da Lei, em alguns aspectos, continuava a oferecer omissões e imprecisões vocabulares. Assim, por exemplo, ao tratar da finalidade das disposições corporais, ao mesmo tempo que propunha a vedação de toda e qualquer utilização científica de material cadavérico, empregava a expressão “qualquer finalidade terapêutica”. Essa expressão poderia ampliar a possibilidade de utilização de material orgânico com finalidades não justificáveis pelo critério da necessidade terapêutica e da não maleficência. Faz-se referência, aqui, especificamente, às disposições de tecidos (pele), para aplicação em cirurgias plásticas voltadas unicamente a fins estéticos.

A Mensagem 425/82 do Poder Executivo e o conjunto de textos e proposições legislativas que a ela se agregaram, revelavam, certa falta de profundidade, em virtude da ausência de um autêntico debate com a sociedade e, por isso, foram rapidamente superados. Qualquer proposta legislativa deveria contemplar a busca de soluções para o principal problema enfrentado pela sociedade brasileira, em relação aos transplantes de órgãos, qual seja, a escassez de órgãos aptos a serem transplantados e o apelo a sua comercialização.

Giovanni Berlinguer e Volnei Garrafa apontam a relação entre o aprimoramento das técnicas médicas, o aumento da demanda e a intensificação do comércio de material orgânico:

“É indubitável também que, enquanto para outras mercadorias a oferta supera em muito a demanda, neste campo ao contrário existe um desequilíbrio e que este está destinado pelo menos a curto prazo, a acentuar-se, porque as técnicas e esperanças crescem num ritmo mais rápido do que as disponibilidades. No campo dos transplantes renais, por exemplo, os casos de rejeição diminuíram, e a sobrevivência média dos transplantados cresceu (o sucesso num prazo decorrido de cinco anos da operação chega atualmente a 65% dos casos), mas as listas de espera dos pacientes que estão em diálise cresceram a tal ponto que muitos deles, ainda jovens, têm a certeza de que a operação não chegará mais em tempo. No caso das transfusões, o transporte do plasma (*plasmaforese*), isto é, a possibilidade de extrair e preparar as frações purificadas de sangue necessárias para as terapias (glóbulos brancos, plaquetas, plasma, etc.), aumentou notavelmente tanto a racionalidade da coleta quanto o uso seletivo do sangue e dos seus derivados; mas isso levou a que se recorresse mais amplamente a indivíduos pagos do que a doadores.”²⁰⁴

²⁰⁴ BERLINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei. Op. cit. p.43.

Também no Brasil, a disposição e cessão de parte ou órgão do corpo humano, mediante retribuição monetária, apresentavam-se como um dado novo, cuja motivação se localizava nos interesses de natureza econômica dos sujeitos, mas possuía evidentes reflexos sobre os direitos da personalidade dos disponentes. Evidenciavam, a par disso, o conjunto de problemas sociais a serem trabalhados no campo das políticas públicas, relativas à saúde em geral, e aos transplantes de órgãos, em especial, com repercussões, inclusive, na comunidade internacional.²⁰⁵

A oferta mercadológica criada em relação ao corpo humano ampliou-se em função dos transplantes de órgãos e passou a merecer maior atenção do Direito, que já vinha se preocupando com as novas aplicações científicas do material orgânico, na identificação de moléstias, na produção de drogas e na reprodução humana, conforme anteriormente destacado.

O valor de mercado do corpo humano apresentou-se, na década de oitenta, e apresenta-se, ainda hoje, indubitavelmente, como uma nova e complexa questão a ser trabalhada pelo Direito. Esse elemento de complexidade assume extrema importância para a sociedade brasileira e em outras sociedades pobres, que são vistas, no mercado internacional, como produtoras de materiais aproveitáveis pela Ciência e não como consumidoras dos seus benefícios.

Os desdobramentos econômicos e sociais da mercantilização do corpo humano ainda são de todo imprevisíveis e incontroláveis, mas o Direito tem buscado, na retomada ética do jurídico, as respostas para alguns dos problemas decorrentes dessa mercantilização.

Exigia-se, contudo, naquele momento, a solução concreta dos principais problemas ou, pelo menos, a tomada de medidas legislativas que se referem à

²⁰⁵A bibliografia estrangeira especializada reproduz, inclusive, anúncios de jornais brasileiros, onde se lê uma série de ofertas de órgãos, como córneas ou rins, mediante pagamento. (DEGOS, Laurent. **Les greffes d'organes**. Paris : Flammarion, 1994. p.73). Também, conforme registram Giovanni BERLINGUER e Volnei GARRAFA, op. cit., p. 85-89.

comercialização de órgãos, colocando-a, definitivamente, no campo da ilicitude.

Diante da gravidade das questões e da urgência de encontrar soluções, no Brasil a vedação expressa e estrita de toda e qualquer forma de comercialização de material orgânico humano abandona o processo legislativo para se instalar no processo constituinte instaurado com vistas à redemocratização do País.

As disposições contidas no artigo 199, § 4º,²⁰⁶ da atual Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, tentam oferecer uma resposta jurídica à escandalosa e escancarada mercancia em torno de aspectos corporais dos cidadãos brasileiros.

A Constituição não abre qualquer exceção ao tipo de material orgânico se renovável ou não, proveniente de cadáver ou retirado de ser vivo, com finalidade, terapêutica ou dedicada à pesquisa científica ou educacional.

A abrupta constitucionalização das questões decorrentes da utilização do corpo humano encontra nas peculiaridades da realidade brasileira sua justificativa política, embora sua inclusão nos moldes previstos no § 4º, do artigo 199 da Constituição Federal, possa se apresentar até certo ponto incompreensível ou deslocada para o olhar estrangeiro, como registra o jurista lusitano, Gonçalves Loureiro, ao realizar comparação entre o texto das Constituições brasileira e portuguesa:

“A questão das transplantações pressupõe uma abordagem de Direito Constitucional da Medicina entendido este como o conjunto de normas jurídico-constitucionais que disciplinam essencialmente a prática dos profissionais de saúde, sobretudo a relação médico-paciente. Ao contrário do que

²⁰⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988.

“Art. 199 - A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º...

§ 2º...

§ 3º...

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo o tipo de comercialização.”

acontece com a Constituição brasileira de 1988, onde se lê no art. 199º - 4 que ‘ *A lei disporá sobre as condições e requisitos que facilitem a remoção de órgãos tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo o tipo de comercialização.*’, a nossa lei fundamental não tem e não se esperaria que tivesse nenhum preceito equivalente.”²⁰⁷

O mesmo autor acrescenta, ao finalizar o parágrafo, que a inexistência de tais normas no texto constitucional português “[...] não implica que o domínio das transplantações corresponda a uma zona constitucionalmente irrelevante”, até mesmo porque o Direito não pode se revelar como mero instrumento de política econômica, mas deve buscar a realização de outras dimensões existenciais do homem.

É preciso notar, contudo, que a Constituição de 1988, ao mesmo tempo em que repudia a utilização mercantil do corpo humano, acolhe e reconhece a utilidade de sua aplicação pela Ciência. Determina, por isso, que a Lei regule e disponha as condições e requisitos que facilitem o uso científico do corpo humano, bem como possibilitem o exercício gratuito do direito à disposição corporal pelos cidadãos, nos limites e com as finalidades traçadas pela legislação.

No que diz respeito a este último aspecto, a Constituição brasileira alinha-se à tendência constitucional contemporânea de valorização da vontade autônoma dos sujeitos, na tomada de decisões relativas ao seu próprio corpo, cuja expressão normativa pode ser encontrada, também, no inciso III, do artigo 5º, já comentado.

O binômio liberdade e proteção aparece com clareza no tratamento constitucional do corpo humano, mas é preciso lembrar que devido às condições concretas da sociedade brasileira, o texto constitucional necessitou pôr em destaque o aspecto protetivo, vedando a comercialização de material orgânico humano.

A comercialização do corpo humano produz conseqüências e reflexos éticos, também, no âmbito das sociedades que gozam de alto nível de bem-estar econômico, e que no mercado internacional se apresentam como adquirentes de produtos biológicos

²⁰⁷ LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. Transplantações : um olhar constitucional. In: **Transplantações** : Colóquio interdisciplinar (25 de Março de 1993). Coimbra : Faculdade de Direito de Coimbra, 1993. p. 24.

ou produtoras de biotecnologia.²⁰⁸ Nessas sociedades, onde a questão econômica aparece mitigada, o impacto das biotecnologias conduz a sérias reflexões de caráter ético, que se traduz em textos de Direito Internacional e Comunitário, como registram Berlinguer e Garrafa:

“Em 1991, a Organização Mundial da Saúde, assustada com a expansão do comércio dos órgãos nos países em via de desenvolvimento, recomendou a todas as nações componentes a adotar medidas restritivas idôneas. No entanto, foi sobretudo na Europa que houve um movimento mais forte nessa direção, baseando-se no princípio jurídico de que o corpo humano é objeto de direitos da individualidade, e não pode ser, portanto, incluído no direito patrimonial.

A concepção dada a esse conceito no artigo 11 do projeto da Convenção européia de bioética, denominada mais precisamente *Convenção sobre a proteção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano nas aplicações da biologia e da medicina*, é muito clara e sintética: ‘o corpo humano e suas partes não devem ser, enquanto tais, objeto de lucro.’ “²⁰⁹

Seguindo os passos dos textos constitucionais e de Direito Internacional, as legislações européias mais recentes contêm vedações às disposições corporais com fins lucrativos, como se verifica na Lei francesa, de 29 de julho de 1994.²¹⁰

Por mais tênue que seja o impacto dos mandamentos constitucionais sobre as sociedades atuais, eles servem de baliza para o tratamento legislativo e jurisprudencial da questão, além de orientar as atividades do Estado e dos cidadãos na área da saúde e relegar para o campo da ilicitude aquelas que resultem na comercialização de material orgânico humano, ou seja, realizadas sem a autorização do sujeito.

²⁰⁸ La pauvreté n'est pas seule responsable du commerce du sang, des organes humains. Mais elle joue un rôle important du côté de l'offre. De même, du côté de la demande la richesse corruptrice intervient fréquemment. Ce n'est pas seulement la bioéthique tout entière qui est concernée par la scandaleuse différence existant entre le Nord et le Sud, avec au Nord la limitation des productions agricoles pour maintenir un cours suffisant, au Sud la famine, des millions d'enfants mourant de faim. (BERNARD Jean. *La Bioéthique*. Paris : Dominos Flammarion, 1994, p.109.

²⁰⁹BERLINGUER; GARRAFA, op. cit., p.198.

²¹⁰ FRANCE. Loi du 29 juillet 1994. Du respect du corps humain. In: **Le Code Civil** : édition mise à jour au 1^{er} janvier 1997. Paris : Flammarion, 1997. p.16-17.

“ART. 16-1. - Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable.

ART. 16-5. - Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles.

ART. 16-6. - Aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prête à une expérimentation sur sa personne, au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de produits de celui-ci.”

A irradiação da força normativa da Constituição é tratada por Maria Celina Bodin, nos seguintes termos:

“Acolher a construção da unidade (hierarquicamente sistematizada) do ordenamento jurídico significa sustentar que seus princípios superiores, isto é, os valores propugnados pela Constituição, estão presentes em todos os recantos do tecido normativo, resultando, em consequência, inaceitável a rígida contraposição direito público-direito privado. Os princípios e valores constitucionais devem se estender a todas as normas do ordenamento, sob pena de se admitir a concepção de um ‘mondo in frammenti’, logicamente incompatível com a idéia de sistema unitário”.²¹¹

Por outro lado, é preciso consignar o necessário reconhecimento dos limites do direito legislado, constitucionalizado ou não, o qual, por si só, não transforma a realidade, pois dela é um produto e nela se movimenta, condicionado por situações fáticas individuais e coletivas, especialmente no que diz respeito ao corpo humano.

Para enfrentar essa variedade e complexidade de questões já expostas, após quatro anos de vigência da Constituição brasileira de 1988, ocorreu a publicação da Lei 8.489, em 18 de novembro de 1992, seguida da publicação da Lei 8.501, em 30 de novembro do mesmo ano, esta última dispondo, especificamente, sobre a utilização de cadáveres não reclamados, para fins de estudo ou pesquisas científicas.²¹²

O conjunto legislativo datado de novembro de 1992 ampliava e aprofundava a regulamentação da disposição de material orgânico humano a ser extraído de pessoas ou de cadáveres, mas se ressentia de uma clara sistematização, esperada da legislação posterior à Constituição de 1988.

Continuava a faltar às leis brasileiras um tratamento seguramente orientado pelas noções fornecidas pelos direitos da personalidade, que permitisse definir qual a política legislativa mais conveniente para o país, em matéria de disposições corporais e transplantes de órgãos. Por tais razões, a legislação brasileira de 1992, por exemplo, permaneceu ligada a uma visão de solidariedade puramente familiar, embora tenha ampliado o rol dos

²¹¹ (TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil** Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo, n. 65, jul./set. 1993. p.65).

²¹²MARREY NETO, José Adriano. Transplantes de órgãos : nova disciplina (Lei Federal 8.489, de 18.11.92). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 691, p. 59-82, maio 1993.

indivíduos que poderiam ser receptores de órgãos nas disposições em vida.²¹³

Outro aspecto que também revelava a ausência de firmeza na orientação seguida pela legislação de 1992 diz respeito à relativização do valor do consentimento, nos atos de disposição corporal, ao admitir a utilização de cadáveres não reclamados, para fins de pesquisa científica.

As questões jurídicas específicas desse alcance impediram que a legislação de 1992 desse conta dos problemas que pretendia enfrentar, os quais, em última análise, eram decorrentes do aumento do número de receptores potenciais e do déficit de material orgânico cadavérico.

A legislação de novembro de 1992 e o Decreto 879/93 que a regulamentou, não lograram superar tais dificuldades. Ao final de quatro anos de vigência, já eram apontados tanto como os responsáveis pela escassez de material disponível nos bancos de órgãos quanto pelo desrespeito a direitos fundamentais da pessoa humana.

3.2.2 Limites Conceituais e Perfil Administrativo

A partir do insucesso das leis publicadas após a promulgação da Constituição de 1988, o principal desafio a ser enfrentado pela legislação brasileira continuava a ser a construção de um modelo legislativo que permitisse o aumento da liberdade nas disposições corporais, sem incorrer no desrespeito aos direitos fundamentais estabelecidos constitucionalmente.

Orientados por esses antecedentes legislativos, os Projetos de Lei nº 06/95, do Senado Federal, e 1.579/96, da Câmara de Deputados, que originaram a Lei 9.434/97, por evidente, também partiram do balizamento do texto constitucional de 1988. Sofreram, ainda, fortes pressões de setores da sociedade brasileira diretamente interessados na questão, destacando-se, entre eles, as organizações classistas de médicos e as associações de pacientes e transplantados.

²¹³MARREY NETO, *ibid.*, p. 71-73.

O Congresso Nacional refletiu, parcialmente, a posição desses setores organizados, que há muito insistiam na necessidade da diminuição das exigências legais referentes a atos de disposição corporal, com eficácia *post mortem*, para superar o *déficit* de órgãos, destinados a transplantes, existentes no Brasil, como relatou o Senador Lúcio Alcântara:

“Nossos pares, sensíveis a esta necessidade imperiosa de, por um lado, dar solução ao problema de milhares de brasileiros para os quais o transplante é a única possibilidade de prolongar sua vida e, por outro, de coibir o crime hediondo da comercialização de órgãos em nosso país, propõem fórmulas legais, segundo eles próprios, mais claramente a favor de um real avanço neste setor, na opinião do Senador Darcy Ribeiro; que permitam que o processo de doação seja ampliado e simplificado ao máximo, como defende a Senadora Benedita da Silva; e que certamente propiciará uma melhoria na saúde da população, como espera o Senador José Eduardo.”²¹⁴

Esses setores preconizavam a adoção do “sistema do consentimento presumido”, nas disposições *post mortem*; requeriam alterações ampliadoras das hipóteses legais em relação aos receptores de órgãos, nas disposições entre pessoas, e exigiam, ainda, a modificação de procedimentos burocráticos relativos à autópsia e à coleta de material cadavérico.

O debate público e as pesquisas realizadas em todo País também demonstraram que a maioria da população brasileira aceitava a idéia de dispor de parte de seu corpo ou de seu cadáver, para utilização terapêutica, reforçando a posição desses setores.

Contrariamente a essa postura majoritária, colocaram-se dois tipos de opiniões: uma de cunho nitidamente religioso, que cerra fileira em torno da absoluta intangibilidade do corpo e do cadáver, em virtude de seu caráter sagrado; outra, de vertente laica, que admite os transplantes de órgãos, mas defende, concomitantemente, a ampliação da tutela jurídica do corpo humano, com base em normas internacionais e constitucionais, bem como a maior adequação da legislação ordinária à realidade econômica e social brasileira.

Nesse último sentido, reivindicou-se a necessidade de salvaguardar os direitos fundamentais, especialmente dos “doadores”, para evitar as derivações

²¹⁴ COMISSÃO DE ASSUNTOS SOCIAIS. Parecer nº 496, de 1995. Projeto de Lei do Senado nº 6/95. Relator: Senador Lúcio Alcântara (II Voto). In: **Diário do Congresso Nacional**, Brasília, Seção II, p.13983, 17 ago. 1995.

comerciais que a retirada indiscriminada e em grande escala de elementos do corpo humano poderia oportunizar. Requereu-se, ainda, a discussão a respeito das condições dos serviços médicos brasileiros, sob o argumento de que não há estudos demonstrando que o simples aumento de doações de órgãos, por si só, resulte na diminuição do *déficit* antes apontado.²¹⁵

Agrega-se a essa gama de argumentos o receio de que a não utilização dos órgãos disponíveis para transplantes, no âmbito nacional, venha a criar excedentes ou estoques de órgãos, cuja disputa possa gerar situações de desrespeito às normas internacionais e constitucionais.

Esse conjunto de interesses e opiniões contribuiu, decisivamente, para abreviar o período de vigência da Lei 8.489/92, bem como do Decreto 879/93, expressamente revogados pelo artigo 25, da Lei 1.579, de 04 de fevereiro de 1997.

Assim, se, por um lado, parecia necessário legislar novamente sobre a matéria, para favorecer e desenvolver a utilização terapêutica de elementos retirados do corpo humano, por outro lado, era preciso restringir o campo de incidência da Lei 9.434/97, de modo a reduzir os pontos de atrito entre as posições antagônicas antes referidas.

Na busca do consenso, a Lei 9.434/97 começa por limitar o seu campo de incidência, conforme se depreende da leitura do artigo 1º e seu parágrafo único:

“Art. 1º A disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano em vida ou *post mortem*, para fins de transplante e tratamento é permitida na forma desta Lei.
Parágrafo único - Para os efeitos desta Lei, não estão compreendidos entre os tecidos a que se refere este artigo o sangue, o esperma e o óvulo.”

Como se vê, logo de início, a nova Lei, além de reafirmar o mandamento constitucional da gratuidade dos atos de disposição corporal (art. 199, § 4º, CF/88), retira de seu campo de incidência a disciplina do uso de material orgânico, para fins científicos, distanciando-se, neste particular, da Lei 8.489/92 e da Lei 8.501/92, as quais disciplinavam

²¹⁵ Segundo Celso Antunes Nassif, Presidente da Associação Médica Brasileira (AMB), ‘A situação atual da prática de transplantes no País tem como principal ponto de estrangulamento a falta de apoio laboratorial e de capacitação de pessoal.’ (NOGUEIRA, Heliana. Consulta a família de doador será mantida : nova lei de transplantes dispensa autorização, mas familiares serão ouvidos, segundo ministério. **O Estado de S. Paulo**, 16 fev. 1997. Saúde, p. A-20).

o uso de tais elementos, com fins de ensino e pesquisa científica.²¹⁶

Quis a nova Lei afastar-se das amplas discussões relativas à aplicação genuinamente científica do corpo humano, atendendo à demarcação conceitual realizada pelas ciências biomédicas, entre ato terapêutico e ato de experimentação científica.²¹⁷

É inegável, entretanto, que há uma íntima ligação entre ambas as espécies de procedimentos, bastando lembrar, por exemplo, o aprendizado realizado no âmbito das chamadas “residências médicas”. A imprevisibilidade e singularidade dos organismos e das moléstias contribuem para tornar todo ato terapêutico, bem como qualquer extração de material orgânico em vida, um ato científico experimental.

Nesse sentido, ainda que se aceitem os limites legais e científicos, entre a pesquisa experimental e o ato terapêutico, vale a pena transcrever a observação de José de Faria Costa, sobre a dificuldade de delimitar a natureza dos métodos utilizados nos procedimentos médicos e sua compreensão pelos juristas:

“É claro que a fronteira entre aquilo que a ciência moderna considera como inequívoco acto terapêutico e acto de experiência, nos casos limite, não é, obviamente, fácil de determinar e apresenta-se sempre numa zona fluida ou imprecisa. E isso advém, não de um qualquer menor empenhamento por parte dos médicos ou dos juristas que se debruçam sobre estas matérias, mas antes da própria natureza dos problemas que se querem compreender, na medida em que nela confluem não só dados objectivamente quantificáveis, mas outrossim valorações ou intencionalidades que se não podem deixar de ver, em determinadas circunstâncias, como antagónicas.”²¹⁸

²¹⁶ A Lei 8.489, de 18 de novembro de 1992, dispôs sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, com fins terapêuticos e científicos, e a Lei 8.501, de 30 de novembro de 1992, dispôs sobre a utilização de cadáver não reclamado, para fins de estudos ou pesquisas científicas, em seu artigo 2º, com a seguinte redação:

“Art. 2º - O cadáver não reclamado junto às autoridades públicas, no prazo de trinta dias, poderá ser destinado às escolas de medicina, para fins de ensino e de pesquisa de caráter científico.”

²¹⁷Un procedimiento puede ser considerado terapéutico sólo cuando ha sido validado experimentalmente, es decir, cuando ha demostrado su temple. Nada puede considerarse diagnóstico o terapéutico si no está respaldado por una cierta evidencia científica. En el caso de los trasplantes, esta evidencia tardó en alcanzarse, y se logró en una fecha distinta para cada tipo de trasplante o cada técnica. A partir de ese momento, los problemas éticos pasaban a ser otros. La cuestión ya no era si resultaba o no maleficente su aplicación a un ser humano, sino las condiciones en que debía aplicarse en tanto que técnica terapéutica: consentimiento informado, distribución de recursos escasos, etc. En muchos de los trasplantes clásicos, estos son los problemas éticos que hoy preocupan, y que por supuesto son distintos de los de las etapas anteriores.” (GUILLÉN, Diego Gracia. Historia del Trasplante de Órganos. In: GAFO, Javier (Ed.). **Trasplantes de órganos** : problemas técnicos, éticos y legales. Madrid : Universidad Pontificia Comillas, 1996. p.22-23).

²¹⁸COSTA, José de Faria. O valor do silêncio do legislador penal. In: **Transplantações** : Colóquio Interdisciplinar (25 de Março de 1993). Coimbra : Faculdade de Direito de Coimbra, 1993. p.95.

Outra limitação de natureza conceitual, presente no parágrafo único do artigo 1º, da nova Lei, consiste na exclusão do seu campo de incidência a regulamentação da utilização do sangue, do espermatozoide e do óvulo, com finalidade terapêutica ou científica.²¹⁹ Permaneceu, contudo, como objeto de regulamentação da nova Lei a retirada de material orgânico destinado a transplante de medula óssea, conforme disposto no § 6º, do seu artigo 9º:

“Art. 9º - É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos ou partes do próprio corpo vivo para fins de transplante ou terapêuticos.

[...]

§ 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.

Ao lado dessas limitações conceituais e, portanto, deliberadas, existem na nova Lei silêncios significativos, no que tange à retirada e aproveitamento, com fins terapêuticos, de material provenientes de embriões ou fetos mortos, questão que deveria ter sido tratada no âmbito deste texto legal, mas que foi contemplada somente em relação aos fetos vivos e à gestante, no § 7º, artigo 9º, nos seguintes termos:

“ Art. 9º - [...]

[...]

§ 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.”

Com efeito, restou pendente a proteção legal dos fetos e embriões durante a realização de abortos, para posterior utilização científica ou terapêutica em outros indivíduos, mormente se tal extração e aproveitamento não tenham sido devidamente autorizados.²²⁰

²¹⁹Atendendo a um critério mais genérico, a lei argentina sobre transplantes, Lei 24.193, de 26.04.93, em seu artigo 1º, *in fine*, dispõe: ‘*Exceptúanse los tejidos y materiales anatómicos naturalmente renovables y separables del cuerpo humano.*’. É bem verdade que a expressão material anatómico pode, em seu sentido amplo, ser entendida como órgão e a expressão ‘naturalmente renováveis’ pode causar problemas de interpretação, em relação a órgãos regeneráveis.

²²⁰No âmbito da Comunidade Européia, a resposta jurídica para os problemas suscitados pela utilização não autorizada de elementos orgânicos retirados de fetos e embriões, em favor de terceiro, resultou da aprovação da Recomendação nº1.046, da Assembléia Parlamentar do Conselho da Europa, de 1986, formulada

Mais delicada e totalmente ausente do texto legislativo brasileiro em vigor é a utilização de elementos corporais retirados de anencéfalos, porque, neste caso, não se discute o nascimento com vida, em seu aspecto puramente físico, que resulta da separação do feto do organismo materno, segundo define Gonçalves Loureiro:

“Na verdade, embora, em termos literais, anencefalia signifique sem cérebro, os infantes nestas condições possuem um conjunto de tecidos do sistema nervoso que pode variar entre poucas gramas e o peso normal de um cérebro no fim do período normal de desenvolvimento intrauterino. Este facto levou já a que fosse sugerido que se falasse antes de olíencéfalo ou disencéfalo. A anencefalia é uma condição neurológica fatal, tratando-se de uma falha, ao nível da embriogénese, que se pensa ocorrer durante as duas primeiras semanas de gravidez.”²²¹

Como se percebe, o que está em questão, em relação aos anencéfalos, é sua qualificação jurídica, com base na sua capacidade cerebral, o que não lhes retira, por outro lado, a sua personalidade, nos termos previstos estabelecidos nos artigos 2º e 4º do Código Civil Brasileiro.

As soluções jurídicas para o problema passam não só pela determinação do momento da morte com base nos critérios médicos vigentes, mas também requerem a inclusão de discussões a respeito do utilitarismo com referência ao corpo humano.²²²

Dentre as limitações conceituais cumpre assinalar que ela disciplinou apenas homotransplantes e os autotransplantes,²²³ não enfrentando a regulação dos chamados hetero ou xenotransplantes, cuja aplicação vem suscitando grandes polémicas entre cientistas, filósofos e juristas.

nos seguintes termos: “Toda a intervenção sobre o embrião vivo ‘in utero’ ou ‘in vitro’, ou sobre feto ‘in utero’ ou no exterior do útero [...] não é legítima se não tiver por fim o bem estar da criança a nascer e defavorecer o seu desenvolvimento.”

²²¹ LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. Op. cit. p.59.

²²² Segundo Gonçalves LOUREIRO, da conjugação desses pressupostos a jurisprudência tem trabalhado com perspectivas diversas, que resultam em soluções distintas, que vão desde considerar o anencéfalo morto, vivo mas moribundo, vivo até ocorrer a verificação da morte cerebral, ou ainda, enquadrá-lo em uma categoria especial, grupo *sui generis*, que exige tratamento diferenciado. (LOUREIRO, op. cit., p.61-70).

²²³ “Se denominam *autotrasplantes* a los que se realizan dentro de propio individuo [...]. Casi similares a los *autotrasplantes* son los denominados *isotrasplantes*. Estos son los que se realizan entre gemelos univitelinos o animales engendrados endogamamente [...]. Los *homotrasplantes* o *alotrasplantes* son aquellos que se realizan entre sujetos de la misma especie [...]. Finalmente, estan los llamados *heterotrasplantes* o *xenotrasplantes*, que se realizan entre individuos de distintas especies.” (GUILLÉN, op. cit., p.13-14).

As várias questões decorrentes dos hetero ou xenotransplantes, ao serem abordadas pelos juristas, revelam sua complexidade e amplitude, conforme explica Orlando de Carvalho:

“Poderia supor-se que ao problema bio-médico das transplantações só interessam os implantes humanos, pois só estes envolvem risco para o dador e, portanto, a ponderação entre o risco e o benefício para o receptor. Há que atentar, contudo, em que o risco para o receptor ainda é maior nos implantes animais e que, do ponto de vista desse receptor, as questões são idênticas, e não apenas homólogas.”²²⁴

Também com referência aos doadores (animais), nos xeno ou heterotransplantes, os juristas começam a trabalhar com preocupações éticas, envolvendo a relação entre o homem e a natureza, que acabam por promover reflexões sobre o modelo e os limites da Ciência nas sociedades ocidentais, como expõe João Carlos Simões Gonçalves Loureiro:

“As transplantações heterólogas põem diversos problemas considerando quer os ‘dadores’ quer os beneficiários, quer a espécie humana.

[...]

Em relação aos primeiros, uma forte corrente ética, em que se destaca o australiano Peter Singer, tem sublinhado que alguns animais são pessoas, isto é, seres racionais e conscientes de si, criticando o especismo que eleva ‘los miembros de una espécie particular a un posición moral peculiar.’ Do universo ético estas questões encontraram acolhimento em parte da comunidade jurídica que foi inclusivamente mais longe, ao reconhecer a própria Natureza como sujeito de direito. Denunciando o especismo e o antropocentrismo destruidores que marcaram a história da humanidade, mas se revelaram plenamente na Modernidade, com o triunfo da razão instrumental e calculadora, cujo projecto foi sintetizado na conhecida fórmula de Bacon ‘conhecer é poder’, exigem o reconhecimento de um modelo ecológico e solidário.”²²⁵

O estreitamento do campo de abrangência da Lei, por certo, permitiu a tramitação mais célere dos projetos ao afastar as discussões mais polêmicas, tais como a utilização científica do corpo humano ou ainda outras, referentes ao controle da qualidade do sangue e os reflexos jurídicos da utilização do esperma e do óvulo nas fertilizações e procriações assistidas. As matérias afastadas do âmbito de incidência da nova Lei permanecem, parcialmente, reguladas por legislação especial,²²⁶ prescindindo, entretanto,

²²⁴ CARVALHO, Orlando de. Op. cit. p.88-135).

²²⁵ LOUREIRO, op. cit., p. 12-19.

²²⁶ Faz-se referência, aqui, especialmente, às Leis 7.649, de 25.01.88, 8.974, de 05.01.95, e 9.279, de 14.05.96, que, respectivamente, dispõem sobre: bancos de sangue, cadastramento dos doadores e prevenção de contágio por transfusões de sangue; uso de técnicas de engenharia genética e liberação, no meio ambiente, de organismos geneticamente modificados; direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

essa legislação de um tratamento unitário, orientado pelo conjunto de questões éticas, presentes nos ordenamentos jurídicos da maioria das sociedades contemporâneas.²²⁷

A celeridade na tramitação visou atender, repita-se, ao principal reclamo de setores da sociedade brasileira, que reivindicavam a alteração urgente da legislação, ainda que tal alteração se limitasse à regulamentação da retirada de tecidos, partes e órgãos humanos de cadáveres, com fins estritamente terapêuticos, *‘destinados a transplantes ou tratamento’*, ou *‘para fins de transplantes ou terapêuticos’*.

Outro aspecto tido como fundamental para a modificação legislativa proposta dizia respeito à introdução, na legislação brasileira, do sistema de “consentimento presumido”, que veio contemplado no texto do artigo 4º, da Lei 9.434/97:

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

A Lei 9.434/97 distanciou-se das Leis 8.489/92 e 8.501/92, ao não prever a utilização de cadáveres não reclamados para fins científicos, e evitou com isso a polêmica sobre a ausência de consentimento nessa hipótese. Porém, acabou por gerar discussão ao adotar o sistema de consentimento presumido e ao afastar qualquer possibilidade de oposição ou de autorização, por parte dos familiares, nas disposições cadavéricas.

A Lei promoveu a reabertura da clássica discussão sobre o papel da vontade na disponibilidade do cadáver, provocando, ainda, forte reação da sociedade, ao retirar a legitimidade jurídica da família para decidir os destinos dos despojos do familiar falecido. Frise-se que tal legitimidade era antes admitida pelo artigo 3º, incisos I e II, da Lei 8.489/92, em relação ao cônjuge, ascendente ou descendente.

²²⁷ A preocupação com a coerência de orientação dos textos legais, não se fez presente nas discussões do Congresso Nacional brasileiro, mas aparece, claramente, no discurso de parlamentares argentinos, Argüello y Varela, conforme relatado por Rabinovich: ‘Y finalizaban su exposición de motivos declarando que proponían ‘un proyecto integral, destinado no a remendar la ley vigente, sino a reemplazarla por otra nueva, fundada en principios diferentes, con una mayor recepción de los valores de la caridad y la solidaridad social, que deben ser vertebrales en un tema de esta índole, y al propio tiempo adecuada al estado de la ciencia médica, a los avances del derecho comparado, y por sobre todo a la problemática que presenta, con urgente necesidad de respuestas válidas y eficaces, la realidad social de nuestro país.’ (RABINOVICH, Ricardo David. **Régimen de trasplantes de órganos y materiales anatómicos - Ley 24.193**. Buenos Aires : Astrea, 1994. p. 16).

Também gerou polêmica o disposto no § 1º, do artigo 4º, da Lei 9.434/97, ao tratar da forma da declaração negativa de consentimento para a utilização do cadáver, já regulamentado pelo Decreto 2.170, de 04 de março de 1997, o qual prevê a inclusão, na Carteira de Identidade, das expressões “doador de órgãos e tecidos” ou “não doador de órgãos e tecidos”, por ocasião da emissão do documento.²²⁸

São inúmeros os aspectos polêmicos suscitados pela nova legislação brasileira, conforme se verifica do posicionamento assumido pela Ordem dos Advogados do Brasil, durante a tramitação do Projeto de Lei do Senado nº 6, de 1995, sintetizado nos seguintes termos:

‘O parecer trata de dois pontos cruciais do substitutivo: o suposto entendimento de que o silêncio da pessoa é sinal da vontade de doar seus órgãos **post mortem** e a questão do constrangimento de se expor à sociedade como um ‘não doador’.

O parecer afirma que o critério que solicita a vontade expressa da pessoa para doação de seus órgãos **post mortem** é o mais adequado, e não o estabelecido no substitutivo, que inverte essa regra.

Constrangimento - ‘O critério dessa natureza tem o mérito de poupar o cidadão que não queira doar parte de seu corpo do constrangimento de ter de emitir uma declaração negativa, colocando-se ostensivamente como ‘não doador’. De certo modo, exigir de alguém que, para opor-se a uma eventual e futura doação de órgãos, tenha de fazer declaração expressa de recusa é exercer sobre a vontade dos mais fracos uma forma de pressão moral, em sentido contrário à ‘recusa’[...]’²²⁹

A opção legislativa por um sistema de autorização presumida, ou de autorização pela não oposição expressa, aparece, também, como um dos aspectos distintivos da nova Lei em relação às leis anteriores, nas quais se exigia o consentimento expreso para disposição do cadáver e para as quais o silêncio significava, sempre, a negativa de consentimento.

O sistema de autorização presumida, ou de não oposição, embora tenha sido apresentado como uma solução original, para a superação do déficit de órgãos no

²²⁸A par do constrangimento decorrente da forma da declaração prevista no ordenamento jurídico, que poderá, inclusive, influenciar, indevidamente, sobre a vontade dos sujeitos, conforme já apontado anteriormente, o registro desses dados no documento de identidade civil, poderá atentar contra o direito à inviolabilidade da intimidade e ao sigilo das informações sobre a vida privada (artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988).

²²⁹OAB é contra projeto que prejudica cidadão. **Jornal do Conselho Federal – OAB**, Brasília, 1995. p.17.

Brasil, vem sendo adotado, com a mesma finalidade, pelas legislações de Portugal, França, Espanha, Bélgica e Áustria.

Ao lado desse sistema, existem, basicamente, três outros: o do consentimento expresso, ou obrigatório, que atribui valor apenas à vontade positiva do disponente, não reconhecendo qualquer valor à vontade da família; o da necessidade, que não atribui nenhum valor à vontade do disponente ou da família; e o do consentimento alargado ou ampliado, que admite a expressão da vontade do disponente ou dos familiares, sendo esta concludente em caso de não manifestação anterior à morte, como se verificava na vigência da Lei nº 8.849/92, no seu artigo 3º, incisos I e II :

“Art. 3º - A permissão para o aproveitamento, para os fins determinados no artigo 1º desta Lei, efetivar-se-á mediante a satisfação das seguintes condições:

- I - por desejo expresso do disponente manifestado em vida, através de documento pessoal ou oficial;
- II - na ausência do documento referido no inciso I deste artigo, a retirada de órgãos será procedida se não houver manifestação em contrário por parte do cônjuge, ascendente ou descendente. “

Do exame da maioria das legislações atuais sobre transplantes de órgãos, verifica-se a aplicação, basicamente, de dois sistemas, como sintetiza José de Faria Costa:

“[...] a chamada ‘solução do consentimento’ tem como eixo central, sobre o qual gira toda a regulamentação, a idéia de que a recolha de órgão ou tecido só é legítima se a pessoa em vida tiver dado, para tal, o seu consentimento. Por seu turno, a ‘solução do dissentimento’ arranca do pressuposto de que a recolha de órgão ou tecido é unicamente ilegítima quando o dador, em vida, tiver manifestado a sua oposição. Nesta segunda hipótese, todos os cidadãos, em princípio, são dadores, excepto se, em vida, repete-se, tiverem manifestado a vontade de não quererem ser, *post mortem*, doadores de órgãos ou tecidos. De certa maneira, se pedirmos emprestada - empréstimo que de forma alguma assumimos de jeito inocente, diga-se sem ponta de reserva mental - a semântica e talvez a categoria à ciência informática, poder-se-á defender que para a ‘solução do dissentimento’ todos, mas todos, somos dadores, *post mortem*, ‘by default’.”²³⁰

A adoção do sistema de não oposição, ou consentimento presumido, nas disposições *post mortem* pela legislação brasileira, ainda que passível de críticas, é coerente com as tendências legislativas que buscam a superação da escassez de material orgânico a ser transplantado, diante do aprimoramento e vulgarização das técnicas de transplantes, bem como do aumento de sua confiabilidade.

²³⁰ COSTA, José de Faria. Op. cit. p.124-125.

As legislações anteriores, embora buscassem a superação dos mesmos fatores que impulsionaram as alterações legislativas para a obtenção de um maior número de elementos cadavéricos, contraditoriamente, não adotaram tal sistema. Mantiveram, também as restrições legais relativas à extração de órgãos, em vida, destacando-se, entre elas, a exigência de vínculo de parentesco, da condição de cônjuge ou companheiro, sob pretexto de dificultar a comercialização de elementos corporais.²³¹

A nova Lei brasileira não exige qualquer vínculo de parentesco entre doador e receptor, afastando-se, neste aspecto, das tendências observadas em parte na maioria das legislações estrangeiras, pois opta pela valorização do sentido de solidariedade e responsabilidade social, que devem motivar os atos de disposição corporal, rompendo com o tradicional sentido da solidariedade familiar. Essa orientação legislativa vem expressamente consignada nas razões de veto do Senhor Presidente da República, aos §§º 1º e 2º, do artigo 9º, do Projeto de Lei nº 6/95 do Senado (nº 1.579/96, da Câmara dos Deputados), constantes da Mensagem nº 152:

“Segundo o § 1º, as disposições de órgãos, tecidos e partes do corpo vivo, para fins de transplante ou terapêuticos, é permitida à pessoa juridicamente capaz, limitada essa permissão à doação entre cônjuges, pais, filhos, irmãos. De acordo com o § 2º, ‘qualquer doação entre pessoas não relacionadas no parágrafo anterior, somente poderá ser realizada mediante prévia autorização judicial, ouvido, a critério do juiz, o Ministério Público.’

A nosso ver, não há nenhuma razão para se restringir a possibilidade de a pessoa dispor sobre o seu corpo, quando não há risco para a própria saúde, pois o que a Constituição Federal quis impedir foi apenas a comercialização de órgãos, o que já está coibido por outros dispositivos do projeto.”²³²

²³¹ Como se vê, o desenvolvimento científico resultou em soluções jurídicas diversas, como observa Carlos M. Romeo Casabona: “[...] al ampliarse el espectro de los trasplantes viables se ha incrementado también la necesidad de más órganos o se ha comprobado la insuficiencia de las disponibilidades actuales de órganos; c) la posible inadecuación legal en relación con algunos casos, como sucede con ciertos abusos detectados fuera de nuestro país (por ejemplo, compraventa de órganos), que han provocado que se haya considerado la introducción de restricciones legales para ser donante, así en relación con los donantes vivos, sobre los que se ha planteado si debe exigirse una vinculación parental biológica como principio general y si, de adoptarse este criterio, deben admitirse excepciones al mismo; o como ocurre con algunas prácticas, que se alejan o contravienen algunas previsiones legales, sobre las que habría que reconsiderar su utilidad o necesidad; éste sería el caso del modelo de la presunción de la no oposición del donante cadáver; o por último, el establecimiento de un marco jurídico-administrativo adecuado para una detección óptima de los donantes potenciales - sobre todo fallecidos - y un aprovechamiento máximo de los elementos biológicos aptos para su implante terapéutico, es decir las organizaciones de coordinación e intercambio de órganos, los bancos de elementos biológicos humanos (en especial, los bancos de tejidos), los llamados coordinadores de trasplantes.” (CASABONA, Carlos M. Romeo. Tendencias legales sobre los trasplantes de órganos. In: GAFO, op. cit., p.103).

²³² **Diário Oficial da União**, Brasília, Seção 1, n. 25, p. 2202, 5 fev. 1997.

Com esses limites conceituais e com condicionamentos sociais próprios do espaço normativo brasileiro, a nova Lei sobre disposições corporais com fins terapêuticos não poderia deixar de contemplar, também, a atuação administrativa.

Nesse aspecto a Lei 9.434/97 manteve em seus artigos 2º e 3º o controle e fiscalização dos serviços públicos ou privados que realizam transplantes e retirada de órgãos, mediante autorização prévia e apresentação de relatórios circunstanciados das operações realizadas anualmente, pelo órgão de gestão do Sistema Único de Saúde (SUS).

O Projeto de Lei previa, em seu artigo 12, uma série de atividades a serem desenvolvidas pelo Poder público, com a finalidade de estabelecer um acompanhamento sistemático entre a oferta e a demanda de órgãos e a supervisão da qualidade dos elementos e serviços a serem empregados nos transplantes. Tal artigo, contudo, foi vetado, por inconstitucionalidade, conforme se lê nas seguintes razões de veto do Excelentíssimo Senhor Presidente da República :

“O disposto no art. 12 do projeto afronta preceito expresso da Constituição, que confere ao Presidente da República a iniciativa privativa das leis que disponham sobre criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e Órgãos da Administração (art. 61, II “e”).

Não há dúvida, pois, de que, a despeito da elevada intenção da proposta, afigura-se inequívoca a transgressão a uma das concretizações do Princípio da Divisão de Poderes, elemento fundamental da nossa Ordem Constitucional.

Ressalto que o presente veto não importa divergência quanto ao mérito da decisão legislativa, qual seja a importância de organização de centrais de notificação, captação e distribuição de órgãos com a finalidade de coordenar o processo de doação.

Assim sendo, estou determinando ao Ministério da Saúde que adote as providências administrativas necessárias à consecução dos objetivos enunciados na proposição ora vetada.”²³³

Para regulamentar a Lei 9.434/97, publicou-se o Decreto 2.268, de 30 de junho de 1997, que instituiu o Sistema Nacional de Transplante, disciplinando sua estrutura e funcionamento, junto ao Ministério da Saúde, bem como a desconcentração e descentralização administrativas dos serviços por ele gerenciados, cujos dispositivos centrais encontram-se abaixo transcritos :

Art. 2º Fica organizado o Sistema Nacional de Transplante - SNT, que desenvolverá o processo de captação e distribuição de tecidos, órgãos e partes retirados do corpo humano para finalidades terapêuticas.

²³³ Idem, p.2202.

[...]

Art. 4º - O Ministério da Saúde, por intermédio de unidade própria, prevista em sua estrutura regimental, exercerá as funções de órgão central do SNT, cabendo-lhe, especificamente:

Art. 5º - As Secretarias de Saúde dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios ou órgãos equivalente, para que se integrem ao SNT, deverão instituir, na respectiva estrutura organizacional, unidade com o perfil e as funções indicadas na Seção seguinte.

Art. 6º - As Centrais de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos - CNCDOs serão as unidades executivas das atividades do SNT, afetas ao Poder público, como previstas neste Decreto.

Dessa recentíssima regulamentação da Lei, dois aspectos chamam atenção: o primeiro diz respeito à tentativa de o Poder público implantar uma política de administração nacional dos recursos existentes, voltados à realização de transplantes de órgãos; o segundo refere-se às funções e responsabilidades assumidas pelo Poder público no desenvolvimento dessa política.

A organização dos serviços no âmbito nacional atende, do ponto de vista teórico,

“à ética da organização” que deve permear todas as atividades destinadas a assegurar o Direito à Saúde, conforme salientam Berlinguer e Garrafa: “Esta, diz respeito tanto à deontologia profissional, entendida não só como cumprimento dos deveres para com os doentes mas também como contribuição ao melhor funcionamento global do sistema de transplantes, quanto aos deveres de quem programa, coordena e administra as várias atividades”.²³⁴

A instituição do Serviço Nacional de Transplantes, tem portanto, a finalidade de otimizar a utilização de todos os recursos destinados pela sociedade brasileira evitando desvios administrativos e deontológicos.

A organização dos serviços de coleta e transplantes de órgãos em caráter nacional visa, também, equilibrar as diferenças e deficiências e regionais permitir que o aumento do número de órgãos disponíveis para transplantes, assegure, equitativamente, o acesso dos pacientes ao tratamento.

O modelo brasileiro não se afasta muito dos adotados em outros países, mas poderia ter procurado trabalhar com uma visão mais aberta à participação das organizações civis, evitando a concentração de funções a serem desenvolvidas pelo poder público, especialmente da União, por meio do Ministério da Saúde, como se depreende da leitura do artigo 4º e incisos do Decreto 2.268/97:

²³⁴ BERLINGUER, Giovanni. Op. cit. p.177-178.

Art. 4º O Ministério da Saúde, por intermédio de unidade própria, prevista em sua estrutura regimental, exercerá as funções de órgão central do SNT, cabendo-lhe, especificamente:

- I - coordenar as atividades de que trata este Decreto;
- II - expedir normas e regulamentos técnicos para disciplinar os procedimentos estabelecidos neste Decreto e para assegurar o funcionamento _____;
- III - gerenciar a lista única nacional de receptores, com todas as indicações necessárias à busca, em todo o território nacional, de tecidos, órgãos e partes compatíveis com as suas condições orgânicas;
- IV - autorizar estabelecimentos de saúde e equipes especializadas a promover retiradas, transplantes ou enxertos de tecidos, órgãos e partes;
- V - avaliar o desempenho do SNT, mediante análise de relatórios recebidos dos órgãos estaduais e municipais que o integram;
- VI - articular-se com todos os integrantes do SNT para a identificação e correção de falhas verificadas no seu funcionamento;
- VII - difundir informações e iniciativas bem sucedidas, no âmbito do SNT, e promover intercâmbio com o exterior sobre atividades de transplantes;
- VIII - coordenar centrais de notificação, captação e distribuição de órgãos, de que trata a Seção IV deste Capítulo;
- IX - indicar, dentre os órgãos mencionados no inciso anterior, aquele de vinculação dos estabelecimentos de saúde e das equipes especializadas, que tenha autorizado, com sede ou exercício em Estado, onde ainda não se encontre estruturado ou tenha sido cancelado ou desativado o serviço, ressalvado o disposto no § 3º do artigo seguinte.

A participação do poder público, além de se dar de forma intensa e decisiva, busca dar efetividade ao funcionamento do Sistema Único de Saúde, contemplando a participação dos Estados e Municípios, como se observa a partir da leitura do artigo 5º do Decreto: “Art. 5º As Secretarias de Saúde dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios ou órgãos equivalente, para que se integrem ao SNT, deverão instituir, na respectiva estrutura organizacional, unidade com o perfil e as funções indicadas na Seção seguinte.”

O Decreto, em seu artigo 6º, também dispõe: “Art. 6º As Centrais de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos - CNCDOs serão as unidades executivas das atividades do SNT, afetas ao Poder público, como previstas neste Decreto.”²³⁵

O poder público, como se percebe, exerce funções autorizativas, normativas, reguladoras e coordenadoras de todas as atividades públicas e privadas, chamando para si a responsabilidade pelo bom andamento do sistema.

²³⁵BRASIL. Decreto nº 2.268, de 30 de junho de 1997. Regulamenta a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, Seção 1, n. 123, p. 13939-13740, 1º jul. 1997.

Apesar de tão amplas atribuições, o Decreto não faz qualquer referência às sanções administrativas aplicáveis às autoridades que atuarem ilegalmente, autorizando, por exemplo, o funcionamento um serviço ou equipe em desacordo com os requisitos legais. No direito argentino tal tipo de autorizações ilegais resulta em responsabilidade civil da autoridade em caso de dano às pessoas.²³⁶

Apesar do silêncio do decreto, é possível questionar se o poder público responde, objetivamente, nas hipótese de dano causado por serviços ou equipes ilegalmente autorizadas, diante da aplicação do conceito de atividade delegada aos prepostos do Estado e da responsabilidade objetiva, prevista no artigo 37 § 6º, da Constituição da República.²³⁷

No campo da responsabilidade civil do Estado, verificam-se duas tendências: a que nega a responsabilidade do Estado, porque o ato danoso foi praticado por particular e não por preposto do Estado; e a que afirma a responsabilidade por atos praticados por particulares autorizados e fiscalizados pelo Estado, no seu exercício do Poder de Polícia.

A recente publicação do Decreto e a incipiente tomada de decisões no sentido de organizar o Sistema Nacional de Saúde, nos termos preconizados pela legislação, não permitem que se tenha, ainda, uma noção clara dos problemas que necessitarão ser resolvidos pela doutrina e pelo Poder Judiciário.

²³⁶“Sobre el punto, el último párrafo del art. 3º de la ley 24.193 introduce una importante innovación al establecer que :’... La autoridad de contralor jurisdiccional será responsable por los perjuicios que se deriven de la inscripción de personas que no hubieren cumplido con tales recaudos’. Por otra parte, el art. 4º de la ley 24.193 sienta la solidaridad legal de los miembros del equipo médico, respecto del cumplimiento de las disposiciones en ella contenidas. Sobre el asunto, desta Bueres que en lo que hace a las obligaciones profesionales de cada facultativo nascidas al margen de la legislación vigente, su incumplimiento podrá generar una responsabilidad solidaria o indistinta (in solidum), según la índole de las relaciones jurídicas de que se trate y el régimen normativo aplicable a cada especie.” (MALICKI, op. cit., p.227-228).

²³⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Art. 37 - [...]

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Por outro lado, é preciso reafirmar que o caminho encontrado pela legislação brasileira, em relação à organização e controle administrativo se assemelha àqueles já trilhados com êxito por alguns países,²³⁸ embora seja sempre necessário lembrar a carência de nossos serviços públicos de saúde e de nossa população, bem como a complexidade da organização política brasileira, para dar conta da amplitude territorial e das desigualdades regionais.

²³⁸“A tese de que o aperfeiçoamento ético e prático da organização representa a solução mais próxima e mais funcional é comprovada pelas experiências paralelas de Itália e Espanha. Na Itália, o número de doações é constante há anos, em torno de cinco a sete para cada milhão de habitantes, enquanto na Espanha em pouco tempo chegou-se a mais de 21” (BERLINGUER; GARRAFA, op cit., p.179-180).

CAPÍTULO 4

O ***S ATOS DE DISPOSIÇÃO CORPORAL COM FINS***
TERAPÊUTICOS E SEU REGIME JURÍDICO ESPECIAL

CAPÍTULO 4

OS ATOS DE DISPOSIÇÃO CORPORAL COM FINS TERAPÊUTICOS E SEU REGIME JURÍDICO ESPECIAL

4.1 REQUISITOS COMUNS AOS ATOS DE DISPOSIÇÃO CORPORAL EM VIDA E COM EFICÁCIA *POST MORTEM*

4.1.1 Manifestação da Vontade ou Consentimento

A exigência legislativa de o consentimento figurar como elemento central dos atos de disposição corporal, com fins terapêuticos, decorre do direito fundamental e irrenunciável de cada pessoa autodeterminar-se em relação ao seu corpo e a sua saúde.

Para atender a esse conjunto de exigências, o artigo 1º, da Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, permitiu aos cidadãos brasileiros, juridicamente capazes,²³⁹ disporem, gratuitamente, de tecidos, partes ou órgãos de seu corpo, para serem terapêuticamente aproveitados em benefício próprio ou de terceiros em vida, ou para além de sua morte.

Admitida a licitude de tais atos, a Lei previu a manifestação de vontade, como requisito indispensável de validade jurídica, a partir do contido no artigo 4º, *caput*, e 9º, § 4º.

²³⁹A lei brasileira, diferentemente da argentina distingue a idade em que se adquire a capacidade civil, para a prática de atos jurídicos em geral, daquela específica para a prática de atos de disposição corporal, que é fixada em 18 anos, segundo o disposto no artigo 15, da Lei 24.193 da República Argentina. No regime da lei anterior, BUERES também aponta essa imprecisão terminológica, ao dizer: “Sin lugar a dudas, el texto incurre en una inconsecuencia terminológica, desde que el *menor de dieciocho años* no es *capaz*, salvo que se trate de un emancipado por matrimonio o habilitación de edad – art. 128 y 131, Cód. Civil -.” (BUERES, Alberto J. *Responsabilidad civil de los médicos*. 2. ed. Buenos Aires : Hammurabi, 1994. v. 2. p. 243).

Com base na mesma orientação de respeito à autodeterminação do sujeito, a Lei 9.434/97 previu também, em seu artigo 10, a necessidade da obtenção do consentimento do receptor ou beneficiário do material orgânico disposto por outro sujeito, para a realização do transplante ou procedimento terapêutico, nos seguintes termos: “Art. 10 – O transplante ou enxerto só se fará com o consentimento expresso do receptor [...]”.

A nova Lei brasileira utiliza, indistintamente, as expressões manifestação de vontade e consentimento como sinônimos, cabendo por ora consignar que a primeira expressão apresenta-se mais compatível com a unilateralidade do ato, uma vez que o consentimento implica resposta a uma manifestação da contraparte, em negócios jurídicos bilaterais.

Convém destacar, também, que a nova Lei regulou a manifestação da vontade dos sujeitos a partir da identificação de pólos de interesses individuais distintos, nos quais se localizam motivações da vontade: um, pessoa do disponente e outro, na pessoa do receptor.

A legislação não considerou, portanto, o corpo humano apenas do ponto de vista dos pacientes ou receptores, ou seja, daqueles que têm interesse em obter elementos biológicos de origem humana para os receberem por meio de transplantes, *ad vitam ou ad vitalitatem*. Se assim procedesse, estaria admitindo a pura reificação do corpo humano, que seria considerado, pelo Direito, como mera fonte de materiais biológicos e não mais como parte integrante da unidade biopsíquica que compõe a personalidade do sujeito.²⁴⁰

A visão jurídica, integrando as noções de liberdade, de garantia e de dignidade da pessoa, ao destacar o valor da vontade individual, desloca o eixo de análise de um problema tradicionalmente enfrentado pela Medicina, cuja solução

²⁴⁰ “Le fait de considérer le corps humain uniquement du point de vue des patients qui ont besoin d’éléments d’origine humaine pour être soignés conduirait à une *objectivation du corps* qui ne serait appréhendé que comme une source de matériaux biologiques.” (THOUVENIN, Dominique. La personne et son corps : un sujet humain, pas un individu biologique. In: LES PETITES AFFICHES & LA LOI. Bioéthique : les lois du 29 juillet 1994. Paris : Les Petites Affiches/La Loi, n. 2 (special), 14 dec. 1994).

levava em conta, preponderantemente, os aspectos físicos e o interesse terapêutico do paciente, ou da experimentação científica que envolve os atos terapêuticos.

Deve-se considerar, ainda, que ao lado do respeito à pessoa e ao interesse do disponente e do receptor, o interesse social que orienta a legislação reguladora desses atos jurídicos poderá, além de limitar, retirar do sujeito, juridicamente capaz, a faculdade de disposição corporal, como se verifica em relação à gestante, nos termos constantes do § 7º, do artigo 9º da nova Lei : “§ 7º - É vedado à gestante dispor [...]”.

As limitações e vedações ao direito de disposição corporal do sujeito juridicamente capaz vêm orientadas, determinantemente, pelo interesse geral de proteção e, na hipótese antes examinada, tomam o sentido de dupla proteção, da maternidade e do nascituro e abrem exceção apenas para os casos de doação de medula óssea, mas condicionando-os, ainda, tal ato à não existência de risco ao embrião ou feto.

Sublinhe-se, por outro lado, que as limitações e vedações previstas na legislação brasileira não retiram da manifestação da vontade a qualidade de requisito geral exigível para a validade jurídica de todos os atos de disposição corporal, no regime da Lei 9.434/97.

Dado o interesse social que recai sobre o corpo dos sujeitos, verifica-se a excepcionalidade da licitude dos atos de ingerência e disposição do corpo humano, por isso a legislação condiciona a existência e validade de tais atos à manifestação da vontade, agregando-lhes pressupostos especiais.

A manifestação da vontade, portanto, faz-se presente sempre que é admitido ao sujeito dispor de seu corpo, conforme já salientado inicialmente, sendo elemento essencial de validade dos atos de disposição corporal, mesmo para a realização de autotransplantes, conforme previsto no artigo 9º, § 8º, da Lei 9.434/97: “Art. 9º [...]. § 8º - O autotransplante depende apenas do consentimento do próprio indivíduo [...]”.

Mesmo em relação aos atos de disposição corporal com eficácia *post mortem*, para os quais a legislação brasileira adotou o “sistema de consentimento presumido”, a manifestação da vontade assume inegável valor jurídico. É o que se infere da leitura do artigo 4º da Lei 9.434/97, *verbis*: “Art. 4º - Salvo manifestação de vontade em contrário,

nos termos desta Lei, presume-se autorizada a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano para a finalidade de transplantes ou terapêutica ‘post mortem’.” A Lei atribui, claramente, valor à manifestação expressa da vontade do sujeito, contrária ao aproveitamento terapêutico de material orgânico extraído de seu cadáver.²⁴¹

É bem verdade que o sistema do consentimento presumido, ao reconhecer valor positivo, ao silêncio do sujeito, com referência a atos de disposição corporal com eficácia após sua morte, diminui, sensivelmente, a garantia ao poder de autonomia do sujeito, que permeia toda a lógica dominante dos demais atos dessa natureza.²⁴²

Os critérios normativos antes apresentados evidenciam, por outro lado, que a liberdade de disposição dos sujeitos sobre seu corpo foi, minimamente, respeitada, mesmo quando a Lei acolhe o sistema do consentimento presumido mas prevê a possibilidade de manifestação do sujeito contrária à utilização de seu corpo *post mortem*.

Acrescente-se, ainda, que a liberdade de disposição corporal dos sujeitos encontra, na revocabilidade do consentimento²⁴³ sua necessária conseqüência lógica e plena afirmação. A revocabilidade, saliente-se, é admitida pela Lei também em relação às disposições cadavéricas, conforme se verifica da leitura do § 4º, do artigo 4º, *verbis*: “Art. 4º [...]. § 4º - A manifestação de vontade feita na Carteira de Identidade ou na

²⁴¹ Embora a adoção do sistema do consentimento presumido possa conduzir a eventuais violações a direitos fundamentais, é preciso considerar que existem diferenças entre o consentimento exigível para a extração de órgãos de pessoa viva ou de cadáver, como acentua Jean SAVATIER: “Les problèmes de consentement aux prélèvements se posent en effet en termes profondément différents selon que ceux-ci sont pratiqués sur une personne vivante, sur une personne décédée [...]”. (SAVATIER, Jean. *Les prélèvements sur le corps humain au profit d’autrui*. In: LES PETITES..., p. 10).

²⁴² L’ autorisation de prélever un organe en l’absence de consentement peut être la conséquence de dispositions législatives. Telle est, en France, la loi Caillavet, du 22 décembre 1976. En fait, une loi, quelle qu’elle soit, ne régle pas tous les problèmes. Il est moralement bien difficile de prélever un organe sans l’accord de la famille accablée par la mort soudaine d’un être grand nombre de citoyens d’un pays, convenablement formés et informés, consentement que chacun porterait sur soi, est assurément la meilleure méthode. La volonté de celui qui vient de mourir est respectée. (BERNARD, op.cit. p.20-21.)

²⁴³ Sobre a revocabilidade do consentimento escreve TRIGO REPRESAS: “Sobre el punto se ha señalado, en opinión que compartimos, que no sería posible el cumplimiento forzado, pues no se puede adquirir ningún derecho sobre el cuerpo del donante arrepentido y es inaceptable el ejercicio de violencia sobre su persona;” (TRIGO REPRESAS, Félix A. *La responsabilidad civil en los trasplantes de órganos humanos*. Separata de: *Anales*, Buenos Aires, año XXXVIII, n. 31, 1993. p.25).

Carteira de Habilitação poderá ser reformulada a qualquer momento, registrando-se, no documento, a nova declaração de vontade.”

O recentíssimo Decreto 2.268, de 30 de junho de 1997, no § 8º, do artigo 14, também prevê: “Art. 14 [...]. § 8º - A manifestação de vontade poderá ser alterada, a qualquer tempo, mediante renovação dos documentos.”

A “reformulação ou alteração da vontade”, nas expressões utilizadas pela Lei e pelo Decreto, demonstram que, mesmo em um sistema que admite o consentimento presumido, em relação ao destino de seu cadáver, a vontade do disponente é relevante, afastando-se, com isso, qualquer veleidade de se vislumbrar a publicização do cadáver.

A revocabilidade dos atos de disposição corporal em vida reafirma a importância da liberdade na formação e manifestação da vontade, bem como na execução de tais atos conforme vem regulada no § 5º, do artigo 9º da Lei 9.434/97: “Art. 9º - [...]. § 5º - A doação poderá ser revogada pelo doador ou pelos responsáveis legais a qualquer momento antes de sua concretização”. A norma contida na Lei é reforçada pelo § 7º, do artigo 15 do Decreto 2.268/97, com igual teor.

Nas disposições de pessoa a pessoa, como se vê, o texto legal indica que até o momento da efetiva extração do elemento corporal, o consentimento pode ser revogado, tratando-se de ato personalíssimo, que não poderá ser substituído ou complementado.²⁴⁴

Para proteger a liberdade de decisão do sujeito na formação da vontade, a nova Lei veda toda e qualquer interferência externa sobre a vontade do disponente, ou do receptor, até mesmo as decorrentes de publicidade ou apelo público à prática de tais atos, como se depreende da proibição contida no artigo 11 e alíneas, bem como da respectiva sanção penal prevista no artigo 20 da Lei:

“Art. 11 – É proibida a veiculação, através de qualquer meio de comunicação social, de anúncio que configure:

- a) publicidade de estabelecimentos autorizados a realizar transplantes e enxertos, relativa a estas atividades;

²⁴⁴“El consentimiento del dador o de su representante legal no puede ser sustituido ni complementado; puede ser revocado hasta el instante mismo de la intervención quirúrgica, mientras conserve capacidad para expresar su voluntad, ante cuya falta la ablación no será practicada.”(BUERES, op. cit., p.240).

- b) apelo público no sentido da doação de tecido, órgão ou parte do corpo humano para pessoa determinada, identificada ou não, ressalvado o disposto no parágrafo único;
- c) apelo público para a arrecadação de fundos para o financiamento de transplante ou enxerto em benefício de particulares.

Art. 20 – Publicar anúncio ou apelo público em desacordo com o disposto no artigo 11:

Pena – multa, de 100 a 200 dias-multa.”

Nos atos de disposição corporal, entre os vícios do consentimento, também se inclui o pagamento ou promessa de recompensa pela retirada de partes do corpo, órgãos ou tecidos,²⁴⁵ verificando-se, nessas hipóteses, não apenas a invalidade e a responsabilidade civil, mas cabendo, também, a aplicação às sanções penais, previstas nos artigos 14 a 16 da nova Lei:

“Art. 14 – Remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições desta Lei:

Pena – reclusão, de dois a seis anos, e multa, de 100 a 360 dias-multa.

§ 1º - ...[...]

Art. 15 – Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano:

Pena – reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou aufere qualquer vantagem com a transação.

Art. 16 – Realizar transplante ou enxerto utilizando tecidos, órgãos ou partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos desta Lei:

Pena – reclusão, de um a seis anos, e multa, de 150 a 300 dias-multa.”

Esses dispositivos são o corolário da norma constitucional, que veda todo e qualquer tipo de comercialização de material extraído do corpo humano (artigo 199, § 4º, CF/88).

Para ter valor jurídico, o consentimento do disponente e do receptor deve ser, portanto, livre e não pode sofrer ingerências de terceiros.

Porém, a nova lei brasileira silencia a respeito da distinção ou exclusão do aconselhamento médico do rol dos vícios do consentimento, que causam constrangimento ou coação à liberdade do sujeito, diferenciado-se, neste aspecto, mais uma vez, da recente

²⁴⁵Ao comentar o artigo 27, da Lei argentina sobre transplantes (Lei 24.193/93), o civilista Trigo Represas, aponta o oferecimento de vantagem econômica ao disponente, nos seguintes termos: “[...], lo que obviamente constituye una forma específica de inducción, si se quiere más grave atento el agregado del ofrecimiento de beneficios, patrimoniales o no, a cambio de la dación de órganos, lo que viene a configurar algo bastante parecido a una tentativa de soborno: ofrecimiento de dádivas para conseguir de alguien alguna cosa, al decir del Diccionario de la Lengua Española.” (TRIGO REPRESAS, Félix A. Op. cit., p.14).

legislação argentina sobre transplantes de órgãos (artigo 27, alínea “g”).²⁴⁶

Além disso, é relevante a ausência de qualquer disposição legal contemplando a hipótese de o consentimento ter sido expresso para uma finalidade específica, visando à realização de tratamento ou intervenção cirúrgica, e ser ampliado sem qualquer consulta para outra finalidade. Neste caso, tendo em vista a importância que a lei atribui à manifestação da vontade do sujeito, verificar-se-á uma intervenção não autorizada ou não consentida, em frontal violação com as normas constitucionais e legais.

Apesar dos silêncios legislativos, a nova Lei brasileira não deixa dúvidas a respeito da imprescindibilidade e especificidade da manifestação da vontade, autorização ou consentimento, na constituição de todos os atos de disposição corporal.

No que tange à forma da declaração da vontade do disponente, autorizando a intervenção em vida, a Lei exige, no § 4º, do artigo 9º, que seja “preferencialmente por escrito”, cabendo ressaltar que as declarações verbais podem sempre sofrer interpretações divergentes da vontade do declarante.

No que se refere ao consentimento do receptor, a Lei, em seu art. 10, exige que seja expresso, mas não diz se deve ocorrer pela forma escrita ou verbal. Neste aspecto, o Decreto 2.238/97 inovou ao exigir em seu artigo 15, § 4º, a forma escrita para os atos de disposição corporal com vida. Exige ainda que o documento escrito venha firmado por duas testemunhas.

Nas disposições com eficácia *post mortem*, conforme já analisado, a disposição pode se dar, inclusive, pelo silêncio do sujeito, não cabendo se falar, neste caso, em forma, pois declaração não há. Porém, a legislação exige declaração da vontade, positiva ou negativa. A forma prevista é a inscrição na Carteira de Identidade ou na Carteira de Habilitação, ou ainda, nas Carteiras de Identidade dos órgãos de classe, nos termos do § 6º, do artigo 14, do Decreto 2.268/97:

²⁴⁶ ARGENTINA. Ley 24.193, de 24 de marzo de 1993. Trasplantes de órganos y materiales anatómicos. **Boletín Oficial**, 26 abr. 1993.

“Art. 27. - Queda prohibida la realización de todo tipo de ablación cuando la misma pretenda practicarse:
[...]

Asimismo quedan prohibidos:

g) La inducción o coacción al dador para dar una respuesta afirmativa respecto a la dación de órganos.

El consejo médico acerca de la utilidad de la dación de un órgano o tejido, no será considerado com una forma de inducción o coacción.”

“ Art. 14 – [...]”

§ 6º - Equiparam-se à Carteira de Identidade Civil, para os efeitos deste artigo, as carteiras expedidas pelos órgãos de classe, reconhecidas por lei como prova de identidade.”

Quanto à estrutura, a declaração de vontade do disponente não pode ser classificada como receptícia, pois é suficiente para autorizar a retirada do elemento corporal da esfera jurídica do sujeito sem que necessite aceitação da contraparte. Não se pode falar em doação no sentido aplicado à doação de coisas e regulada pelo Código Civil, em seu artigo 1165 e seguintes, devido não só à especificidade do objeto, mas também à estrutura unilateral da vontade do ato.

O artigo 1º da Lei trata unilateralmente desses atos ao se utilizar da expressão “disposição gratuita”; já o artigo 4º refere-se “à doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano” e nos §§ 1º e 3º deste mesmo artigo determina que a expressão “não-doador de órgãos e tecidos” deverá ser gravada na Carteira de Identidade ou na Carteira Nacional de Habilitação.

A aparente imprecisão vocabular da Lei, certamente, visa reforçar o caráter gratuito da disposição corporal, remetendo a noção jurídica ao sentido comum que o termo doação assume na sociedade brasileira.

Trata-se, portanto, de ato jurídico unilateral, não oneroso, em que a liberdade para a prática de tal ato vem informada e sofre limitações, *ex lege*, por seu caráter finalístico.

No regime da Lei brasileira ora analisada, a vontade do receptor em nada influi sobre a validade ou eficácia da disposição corporal. Mesmo que tais disposições com fins terapêuticos, em vida, sejam admitidas em favor de sujeitos determinados, conforme se infere do disposto nos §§ 4º e 5º, do artigo 15, do Decreto 2.268/97 :

“Art. 15 – [...]”

§ 4º - O doador especificará, em documento escrito, firmado também por duas testemunhas, qual tecido, órgão ou parte do seu corpo está doando para transplante ou enxerto em pessoa que identificará, todos devidamente qualificados, inclusive quanto à indicação de endereço.

§ 5º - O documento de que trata o parágrafo anterior, será expedido, em duas vias, uma das quais será destinada ao órgão do Ministério Público em atuação no lugar de domicílio do doador, com protocolo de recebimento na outra, como condição para concretizar a doação.”

Nessa perspectiva legal, a que vem ressaltado é a necessidade terapêutica e o controle administrativo e não a vontade, pois a lei fala em concretização e não em aceitação, da disposição.

No caso de disposição cadavérica, trata-se, também, de ato jurídico unilateral com eficácia diferida *post mortem*, cujo regime jurídico se distingue daquele aplicável ao testamento, sobretudo, em virtude da natureza especial, não patrimonial, do bem disposto e da indeterminação do receptor.

O Decreto 2.268/97 deixa claro a possibilidade de a disposição se dar em favor de pessoa determinada, pertencente ou não ao círculo familiar do disponente. Em caso de rins havendo grau de parentesco por consaguinidade ou vínculo matrimonial, não se exige a prova de compatibilização entre o organismo do disponente e do receptor, requisito exigível sempre que este último não for integrante do círculo familiar do disponente, como se vê do teor do § 3º do artigo 15, *verbis*: “§ 3º exigir-se-á, ainda, para retirada de rins a comprovação de pelo menos quatro compatibilidades em relação aos antígenos leucocitários humanos (III A) salvo entre cônjuges e consanguíneos, na linha reta colateral, até o terceiro grau inclusive;”

Do conjunto das normas contidas no Decreto é possível concluir que a disposição corporal pode-se dar em favor de qualquer pessoa determinada, e o vínculo de parentesco ou matrimonial diminui as exigências legais.

As cautelas da legislação, no que tange às disposições em favor de receptor determinado que não componha o círculo familiar, têm um duplo sentido: primeiro, o de evitar o sacrifício inútil do disponente diante de uma possível incompatibilidade orgânica; segundo, o de afastar a possibilidade de oferta ou exigência de vantagens econômicas, em troca da disposição orgânica.

A fórmula original encontrada pela legislação brasileira para a superação do sentido puramente familiar das doações entre pessoas vivas resolveu, em parte, a questão relativa à prédeterminação do receptor estranho ao grupo familiar. Esse

requisito é exigido por grande parte das legislações estrangeiras,²⁴⁷ nas quais recorre-se à autorização judicial na ausência de relação de parentesco entre os sujeitos.²⁴⁸

No Brasil, no regime da Lei 8.489/92, os atos de disposição corporal em vida, visando ao aproveitamento terapêutico por terceiro, também exigiam o vínculo familiar entre disponente e receptor, em decorrência do contido no artigo 10, da referida Lei:

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

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

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

No âmbito da Lei 9.434/97, a intervenção do Estado sobre a vontade dos sujeitos também aparece limitada ao máximo, como se observa da leitura do conteúdo das Razões de Veto, do Chefe do Poder Executivo da União, aos §§ 1º e 2º, do artigo 9º, do Projeto de Lei nº 6/95, do Senado (1579/96, da Câmara dos Deputados), no trecho abaixo transcrito:

“Por outro lado, sendo a doação um negócio jurídico que decorre da liberalidade de uma das partes, não se justifica a interferência do Poder Judiciário ou do Ministério Público, no caso de capazes.

Assim sendo, a medida só viria a contribuir para sobrecarregar ainda mais o Judiciário, sem que houvesse qualquer benefício para ambas as partes - doador e receptor.

Os ordenamentos constantes desses parágrafos configuram restrições à doação de órgãos inter-vivos

²⁴⁷ A nova Lei argentina, 24.193/93, bem como a nova Lei francesa, de 29 de julho de 1994, continuam a limitar a extração e doação de órgãos, com fins terapêuticos, ao círculo familiar.

²⁴⁸ Ao comentar Acórdão da Suprema Corte Argentina, prolatado no regime da Lei 21.451, já revogada, o Professor Alberto J. Bueres abordou com precisão a *ratio legis* que informa a exigência legal de relação de parentesco entre doador e donatário e o papel da intervenção judicial supletiva, nos seguintes termos: “ La doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo notar que el art. 13 de la ley 21.451 (ADLA, XXXVII-A, 146) no prohíbe suplir la ausencia del requisito de edad por la venia judicial, por lo que siguiendo el mismo criterio hermenéutico, es suplantable por la autorización judicial la falta de relación parental prevista en el citado artículo. La ‘ratio legis’ de la exigencia sería evitar la comercialización, pero ese riesgo se descarta ante el juramento de la solicitante y frente a la prueba testimonial rendida sobre la reconocida probidad e integridad moral del donante. Entre dos interpretaciones posibles del art. 13 de la ley 21.451 (ADLA, XXXVII-A, 146) una entendiendo que es irremediable la exigencia de un determinado parentesco entre dador y receptor, y otra admitiendo la autorización judicial supletoria, hay que preferir esta última, pues estando a la primera habría que concluir en que esa norma es inconstitucional. La declaración de la misma es, como se sabe, la ‘ultima ratio’ del orden jurídico, y por ello hay que procurar encontrarle a las leyes un sentido acorde con la Carta Magna, pues se debe presumir que los legisladores quisieron acatar la Constitución Nacional, y no infringirla.” (BUERES, Alberto J. Dación de órganos entre vivos ? Interpretación o apartamiento de la ley? *La Ley*, Buenos Aires, año XLVIII, n. 96, p. 1-2, mar. 1984).

perfeitamente dispensáveis, mesmo porque a preservação da manifestação da vontade do doador encontra-se muito bem expressa nas regras constantes dos §§ 3º e 4º deste artigo”.²⁴⁹

Por todo esse conjunto normativo presente no texto da Lei 9.434/97 e do Decreto 2.268/97, que a regulamentou, pode-se concluir que houve pleno acolhimento da vontade autônoma e da autodeterminação do sujeito em relação aos atos de disposição corporal.

4.1.2 Gratuidade

Ao lado da manifestação da vontade ou consentimento, a gratuidade constitui, também, elemento nuclear dos atos de disposição e aproveitamento do corpo humano, no ordenamento jurídico brasileiro. O mandamento constitucional que veda “todo tipo de comercialização” do material orgânico humano (artigo 199, § 4º, da CF/88), seja ele renovável ou não renovável, afasta qualquer possibilidade de interpretações legais, doutrinárias ou jurisprudenciais que apontem para a mercantilização do corpo.

A legislação brasileira, neste ponto, alinha-se, perfeitamente, à tradição jurídica ocidental, flexibilizada diante das exigências atuais, que admitem a disposição corporal, mas, em geral, vedam as contrapartidas econômicas por tal.

O acolhimento da vedação jurídica de comercialização do corpo humano vem se acentuando, nos últimos anos, diante de novos desafios tecnológicos. Até mesmo nos Estados Unidos da América do Norte, onde não se proibiu totalmente a comercialização de órgãos, nem a remuneração dos úteros ou das mães de aluguel, proibiu-se, mediante o *National Organ Transplant Act* (NOTA), a comercialização de órgãos entre Estados da Federação norte-americana, cujas legislações não continham tal vedação.

Esse movimento legislativo, no sentido de uma reorientação ética do Direito, merece ser atentamente observado, diante da crescente coisificação que o corpo

²⁴⁹Diário Oficial da União, Brasília, Seção 1, n. 25, p. 2202, 5 fev. 1997.

humano possa vir a sofrer, principalmente em virtude das desigualdades econômicas presentes em todos os países, como alerta João Carlos Simões Gonçalves Loureiro:

“Contudo, também aqui nos próximos anos poderemos assistir a uma tentação crescente de defesa de comercialização do corpo, no quadro da “industrialização” dos seus produtos. Num contexto de pobreza crescente que vai além da divisão Norte/Sul para atravessar as próprias sociedades ditas de abundância, cria-se terreno propício para novas Fantinas que, à semelhança da personagem dos Miseráveis de Vítor Hugo, estarão dispostos a vender partes do corpo. Exemplos conhecidos nos países do Terceiro Mundo aí estão para dolorosamente comprovar a existência de uma vasta reserva de órgãos.”²⁵⁰

O texto da Lei 9.434/97 utiliza-se das expressões “disposição gratuita” e “doação”, para atender ao princípio constitucional da gratuidade das disposições corporais. Em seu sentido prospectivo, tais expressões visam a duas ordens de finalidades: o incentivo à solidariedade social de que devem se revestir tais atos e o desestímulo ao tratamento e utilização do corpo humano e seus elementos como bens de natureza puramente patrimonial.

Em decorrência dessas exigências constitucionais e legais, os atos de disposição corporal que não se revistam de gratuidade são nulos, de pleno direito, e quem os praticar está sujeito a responder civil (artigo 159, do Código Civil brasileiro) e penalmente, nos termos dos artigos 14 a 18, da Lei 9434/97.

Para a legislação brasileira, portanto, não existe nenhuma hipótese excepcionada do princípio da gratuidade, não só no âmbito da Lei referente à utilização terapêutica do corpo humano, mas também em relação às demais legislações específicas, que regulam a aplicação de material biológico humano.

A comercialização, com qualquer finalidade, de qualquer tipo de material extraído do corpo humano, sem dúvida, repugna à consciência ética que vem expressa no ordenamento jurídico, sob forma do princípio da gratuidade. Porém, não é possível ignorar que as situações concretas abrem inúmeras possibilidades a essa comercialização, exigindo controles jurídicos que ultrapassem a normatização dos comportamentos dos médicos e dos pacientes, e atuem, diretamente, no controle da

²⁵⁰ LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. Op. cit., p.52-53.

extensão da pesquisa e técnicas biomédicas.²⁵¹

No plano das relações médico-paciente, doador-receptor, a legislação anterior e a vigente sempre têm considerado ilícitas as disposições corporais onerosas em nosso País. A comercialização ilícita de material orgânico humano, por outro lado, tem aparecido, constantemente, nos meios de comunicação de massa, mas não tem sido levada ao conhecimento dos Tribunais.

Em países como a Itália, por exemplo, a ilicitude da onerosidade dos atos de disposição corporal, há muito vem sendo discutida e tem se alterado, substancialmente, no sentido de restringir a liberdade de disposição a seu caráter gratuito e de benemerência.

A crescente tendência a não aceitar a comercialização de material orgânico humano pode ser, emblematicamente, apreendida a partir da diferença de fundamentação presente na decisão que, em 1932, julgou o caso do “enxerto Voronoff”, em que um estudante se submeteu à extração de um de seus testículos, para ser implantado em um ancião, cuja capacidade sexual encontrava-se diminuída, mediante a paga de cem mil liras.

A decisão judicial, examinando o caso, com base em pressupostos de validade dos atos de disposição patrimonial, embora tenha analisado o aspecto da integridade física do disponente, concluiu pela licitude do negócio e deixou de condenar o cirurgião, pela prática do ato médico consentido mediante pagamento.

A fundamentação eminentemente patrimonialista e deslocada dos aspectos fáticos específicos envolvidos na questão despertou a atenção dos juristas para o tema e acabou por provocar a discussão do corpo humano na qualidade objeto de ato de disposição voluntária. Resultou, ainda, com reação legislativa, estampada no conteúdo do art. 5º, do Código Civil Italiano, que trouxe aporte pioneiro para o estudo do

²⁵¹La première rémission de leucémie aiguë d'enfant est obtenue en 1947. Le première guérison survient en 1970. Pendant ces vingt-trois années, nous nous sommes souvent interrogés. Les données biologiques fondamentales sont-elles suffisantes? Doit-on ou non continuer ou arrêter les essais thérapeutiques? D'ou deux dangers: la recherche sauvage qui ne tient pas compte impératifs moraux, la recherche entravée qui voit son développement ralenti par certaines rigidités morales. (BERNARD, op. cit. p.92).

estatuto jurídico do corpo humano, conforme anteriormente assinalado.²⁵²

De lá para cá, outras contribuições doutrinárias e legislativas reafirmaram a ilicitude das disposições corporais onerosas, mas o tratamento desse tema levou, quase sempre, em consideração as disposições realizadas com vistas ao favorecimento de terceiro determinado, não deixando de enfatizar, que a indeterminação do favorecido, ao mesmo tempo que dificulta o comércio, abre também possibilidades de intermediação onerosa para beneficiar terceiro diverso do destinatário final, ou seja, o paciente.

No âmbito da legislação brasileira, não se prevê o estabelecimento de uma relação direta entre disponente e receptor. Isto por um lado, dificulta a remuneração, mas, por outro, pode resultar em pagamento por via transversa, através de promessa de vantagem, prêmio, ou seguro relativos a eventuais danos futuros, decorrentes da extração. Tais atos são nulos e considerados ilícitos, e resultam na responsabilidade civil e penal dos médicos, de quem realiza a intermediação, facilita ou interfere na transação, nos termos dos artigos 14 a 18, da Lei 9.434/97, antes referidos.

A Lei brasileira não limita tais intervenções cirúrgicas à existência de vínculo de parentesco entre doador e receptor, pois concebe a doação de órgãos, tecidos e partes do corpo como um ato de solidariedade social, mas nada dispõe sobre o anonimato do doador e do receptor, o que, de certo modo, viria a complementar esse sentido de solidariedade social e evitar qualquer possibilidade de recompensa ou remuneração pelo ato.

Em um sistema fundado na exigência legal de absoluta gratuidade, seria necessário, ainda, que as intervenções cirúrgicas, para a realização de transplantes, fossem totalmente cobertas pelo sistema de saúde pública. No Brasil, onde, além de

²⁵²“La solución dada al caso dio pie a una ardua discusión doctrinaria en Italia. Entre nosotros, Orgaz dice que aunque no existió supresión de las funciones sexual y genésica, lo cierto es que la operación de marras aparejó una disminución permanente de la integridad física del dador, razón por la cual se dictó, en ese sentido, la prohibición del art. 5° del Código italiano de 1942, la que, como quedó dicho fue paliada por la ley 468, que permite el trasplante de riñón entre progenitores, hijos, hermanos carnales y no carnales del paciente mayores de edad y, a falta de ellos, la autorización se expande a otros parientes o a donantes extraños.” (BUERES, Alberto J. **Responsabilidad ...** p. 237).

não haver assistência médico-hospitalar gratuita para o tratamento de eventuais problemas decorrentes da extração de órgãos, não se prevê uma articulação dessas situações, com o sistema de previdência social, de modo a proteger, efetivamente, a pessoa do disponente e sua família, não como compensação monetária, mas como proteção assistencial da sociedade por seu ato de solidariedade social. Assim, o risco da solidariedade social, no Brasil, é assumido individualmente, o que retira o sentido inovador da Lei.²⁵³

Embora a noção de comercialização seja ética e juridicamente reprovável, para que ela não apareça como uma solução de injustiça em relação aos disponentes, é necessário que a legislação brasileira avance no sentido de contemplar, no plano da previdência social, a cobertura das desvantagens, atualmente assumidas apenas individualmente, pelos disponentes.

4.1.3 Subsidiariedade e Necessidade

O requisito comum da subsidiariedade atende ao princípio geral da Bioética, acolhido pelo Direito, o da não maleficência ou da beneficência, que veda qualquer ingerência corporal, ainda que terapêutica, causadora de dano à pessoa e que autoriza tal intervenção somente quando é possível preservar ou melhorar a qualidade de vida do sujeito.

Nesse sentido, a Lei 9.434/97, voltada à proteção da integridade dos sujeitos, revela tais preocupações quando dispõe, no § 3º, *in fine*, do artigo 9º e no artigo 10 :

“ Art. 9º - [...]

§ 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

²⁵³ O sistema assistencial, de qualquer forma, mesmo não podendo ser o único nem o principal fator do melhoramento da saúde, pode garantir socialmente o direito ex post de fluir, em maior ou menor medida, aqueles procedimentos terapêuticos que são atributo específico e tradicional da medicina. Quando tal direito é negado, aumenta a parcela considerável de sofrimento que é social e tecnicamente evitável; e à doença, que de per si é fonte de tormento, junta-se imerecida punição. (BELINGUER, op. cit. p. 76.)

vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica²⁵⁴ comprovadamente indispensável à pessoa receptora.

Art. 10 - O transplante ou enxerto só se fará com o consentimento expresso do receptor, após o aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento.”

O Decreto 2.268/97 reafirma o sentido da Lei, ao conter as seguintes disposições nos §§ 1º e 2º, do seu artigo 15 :

Art. 15 - Qualquer pessoa capaz, nos termos da lei civil, pode dispor de tecidos, órgãos e partes de seu corpo para serem retirados, em vida, para fins de transplantes ou terapêuticos.

§ 1º - Só é permitida a doação referida neste artigo, quando se tratar de órgãos duplos ou partes de órgãos, tecidos ou partes, cuja retirada não cause ao doador comprometimento de suas funções vitais e aptidões físicas ou mentais e nem lhe provoque deformação.

§ 2º - A retirada, nas condições deste artigo, só será permitida, se corresponder a uma necessidade terapêutica, comprovadamente indispensável e inadiável, da pessoa receptora.

Como se percebe, no âmbito da legislação brasileira, a subsidiariedade aparece tanto em decorrência da necessidade de proteção dos interesses do disponente quanto em virtude da proteção dos interesses do receptor.

Nas doações em vida, o equilíbrio entre esses dois vetores de interesses legítimos encontra na subsidiariedade a solução para o aparente conflito, pois a extração e o transplante de órgãos entre pessoas devem evitar danos ao disponente, ao mesmo tempo que, em tese, deverão resultar na preservação ou melhoria da qualidade de vida do receptor.

Juan Tovar recolhe as lições da Bioética e ressalta que nos transplantes de pessoa a pessoa, a subsidiariedade resulta na observância dos seguintes pontos: que a doação não seja nociva ao disponente, não seja fútil e, portanto, desnecessária; e que o balanço entre as vantagens e desvantagens decorrentes da intervenção, com a utilização

²⁵⁴ O requisito da necessidade terapêutica, não mais exigido pela nova Lei argentina (Lei 24.193), como registra Trigo Repesas ao comentar esse diploma legislativo: “(1) *Subsidiariedad*. Ante todo, sólo es dable recurrir a los trasplantes como último remedio; cuando, como dice el art. 2º de la ley 24.193, ‘se hayan agotado’ otros medios y recursos disponibles con los que se hubiese podido contar. En cambio, de ese nuevo texto legal ha desaparecido el carácter de ‘inevitabilidad o necesidad’ que también resultaba del art. 2º de la derogada ley 21.541, que disponía que el trasplante sólo era procedente cuando ‘no exista otra alternativa terapéutica para la recuperación de la salud del paciente’; en tanto que la norma actual, mucho más lata, sólo requiere que los otros medios ‘sean insuficientes o inconvenientes como alternativa terapéutica de la salud del paciente.’” (REPESAS, Félix A. Trigo. Op. cit. p.10-11).

de meios técnicos adequados, incline-se pelas vantagens em favor do receptor.²⁵⁵

A legislação brasileira nada dispõe sobre a exigência de os atos cirúrgicos seguirem técnica corrente e não experimental.²⁵⁶ Porém, o simples fato de a Lei determinar que os transplantes só podem se realizar sem causar prejuízos ao disponente e quando justificados pela necessidade terapêutica do receptor, já conduz à interpretação de que deverão seguir técnicas correntes e não experimentais.

O problema do método experimental dos atos terapêuticos e a genuína experimentação científica já foram objeto de análise. É evidente, porém, que toda intervenção terapêutica, que resulte na transferência de elementos orgânicos de um indivíduo para outro, pode resultar em riscos imprevisíveis para o receptor, mesmo que se trate de homotransplantes.

A aplicação do requisito da subsidiariedade, visando à proteção da pessoa do disponente, também vem expressa em outras legislações, no sentido de só admitir os transplantes entre pessoas vivas, quando inexistirem órgãos cadavéricos disponíveis, ou quando se verificar incompatibilidade orgânica entre eles e os do receptor, ou, ainda, diante da ausência de técnicas que permitam tais intervenções.

A nova Lei brasileira, contudo, silencia sobre a utilização preferencial de material cadavérico em relação ao material orgânico de pessoa viva. Assim, ainda que o sistema de consentimento presumido, para as disposições corporais com eficácia diferida *post mortem*, tenha sido adotado visando ao aumento da coleta de órgão

²⁵⁵ “Siguiendo la esclarecedora definición de la bioética del Prof. GRACIA como la introducción de los valores, además de los hechos, en la toma de decisiones a fin de aumentar su corrección y calidad, hemos de recordar los *hechos* de que los trasplantes de órganos de donante vivo son factibles, y se fundan sobre la suposición de que tienen un alto porcentaje de posibilidades de beneficiar al receptor y un escaso porcentaje de riesgos para el donante. Pero también debemos tener en cuenta ciertos *valores* en el análisis aquí y ahora, como la futilidad de la donación en caso de que haya órganos cadavéricos disponibles, el carácter altruista y no comercial de la misma y el que sea un acto autónomo y libre de coacción.” (TOVAR, Juan A. Problemas éticos planteados por los trasplantes de órganos procedentes de donante vivo. In: GAFO, Javier (Ed.). **Trasplantes de órganos** : problemas técnicos, éticos y legales. Madrid :Universidade Pontificia Comillas, 1996. p. 75-76).

²⁵⁶Na Argentina, a aplicação de técnica corrente é um dos requisitos legais, comum a todos os atos cirúrgicos que visem à realização de transplantes, conforme registra MALICKI, em seu livro já mencionado anteriormente, páginas 224 e 225.

cadavéricos, nada há na Lei que indique, expressamente, seu uso preferencial em relação ao material coletado de pessoa viva.

O princípio da subsidiariedade presente na legislação brasileira busca minimizar os efeitos que a aplicação da técnica dos transplantes causa ao homem, enquanto não houver o completo desenvolvimento de outras técnicas, tais como o implante de órgãos artificiais.²⁵⁷

4.1.4 Capacitação da Equipe Médica e Autorização do Hospital

Também figura entre os requisitos comuns a todos os tipos de remoção e transplantes de material orgânico humano a capacitação da equipe médica, conforme se verifica da leitura do artigo 2º, da Lei 9.434/97, *in fine*

:"Art. 2º - A realização de transplantes ou enxertos de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano só poderá ser realizada por estabelecimento de saúde, público ou privado, e por equipes médico-cirúrgicas de remoção e transplantes previamente autorizados pelo órgão de gestão nacional do Sistema Único de Saúde."

O texto do artigo transcrito revela a preocupação da sociedade com a capacitação do pessoal médico que realize tais intervenções, exigindo, por isso, autorização específica.

No mesmo sentido, o Decreto 2.268, de 30 de junho de 1997, regulamentando a Lei 9434/97, estabelece a autorização da equipe médica e seus membros, como condição geral e comum, para todas as intervenções voltadas ao transplantes de órgãos, ao dispor em seu art. 8º :

"Art. 8º - A retirada de tecidos, órgãos e partes e o seu transplante ou enxerto só poderão ser realizados por equipes especializadas e em estabelecimentos de saúde, públicos ou privados, prévia e expressamente autorizados pelo Ministério da Saúde.

O Decreto 2.268/97 amplia as exigências relativas a esses requisitos, dispondo minuciosamente sobre eles para que o estabelecimento venha a ser autorizado, conforme se lê do artigo 9º do referido Decreto, incisos e parágrafos :

²⁵⁷BERLINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei. Op. cit. p. 181-182.

Art. 9º - Os estabelecimentos de saúde deverão contar com serviços e instalações adequados à execução de retirada, transplante ou enxerto de tecidos, órgãos ou partes, atendidas, no mínimo, as seguintes exigências, comprovadas no requerimento de autorização:

- I - atos constitutivos, com indicação da representação da instituição, em juízo ou fora dele;
- II - ato de designação e posse da diretoria;
- III - equipes especializadas de retirada, transplante ou enxerto, com vínculo sob qualquer modalidade contratual ou funcional, autorizadas na forma da Seção III deste Capítulo;
- IV - disponibilidade de pessoal qualificado e em número suficiente para desempenho de outras atividades indispensáveis à realização dos procedimentos;
- V - condições necessárias de ambientação e infra-estrutura operacional;
- VI - capacidade para a realização de exames e análises laboratoriais necessários aos procedimentos de transplantes;
- VII - instrumental e equipamento indispensáveis ao desenvolvimento da atividade a que se proponha.

§ 1º - A transferência da propriedade, a modificação da razão social e a alteração das equipes especializadas por outros profissionais, igualmente autorizados, na forma da Seção seguinte, quando comunicadas no decêndio posterior à sua ocorrência, não prejudicam a validade da autorização concedida.

§ 2º - O estabelecimento de saúde, autorizado na forma deste artigo, só poderá realizar transplante, se, em caráter permanente, observar o disposto no § 1º do artigo seguinte.

Como se depreende da leitura, não há apenas uma preocupação com o preenchimento de formalidades ou de regularidade do ponto de vista da existência e regularidade da pessoa jurídica, mas, sobretudo, com a qualidade do funcionamento dos serviços. Exemplo disto é o conteúdo do § 2º do artigo 9º, que condiciona a obtenção de autorização permanente à existência de equipe médica completa no estabelecimento a ser autorizado.

No que se refere à capacitação da equipe médica, o Decreto 2.268/97 detalhou os requisitos legais exigíveis em seus artigos 10 e 11, *verbis*:

Art. 10 - A composição as equipes especializadas será determinada em função do procedimento, mediante integração de profissionais autorizados na forma desta Seção.

§ 1º - Será exigível, no caso de transplante, a definição, em número e habilitação, de profissionais necessários à realização do procedimento, não podendo a equipe funcionar na falta de algum deles.

§ 2º - A autorização será concedida por equipes especializadas, qualquer que seja a sua composição, devendo o pedido, no caso do parágrafo anterior, ser formalizado em conjunto e só será deferido se todos satisfizerem os requisitos exigidos nesta Seção.

Art 11 - Além da necessária habilitação profissional, os médicos deverão instruir o pedido de autorização com :

- I - certificado de pós-graduação, em nível, no mínimo, de residência médica ou título de especialista reconhecido no País;
- II - certidão negativa de infração ética, passada pelo órgão de classe em que forem inscritos.

Parágrafo único. Eventuais condenações, anotadas no documento a que se refere o inciso II deste artigo, não são indutoras do indeferimento do pedido, salvo em casos de omissão ou de erro médico que tenha resultado em morte ou lesão corporal de natureza grave.

Também nesse aspecto pode-se verificar que a finalidade da legislação é assegurar a regularidade e capacitação técnica, bem como a atuação ética do profissional médico.

Diante desse extenso conjunto legislativo, nada mais poderia ser previsto como requisito, mas a Lei deveria contemplar formas de fiscalização e de avaliação advertindo a ampla participação de organizações sociais, de modo a evitar a atuação ilegal tanto do poder público quanto dos estabelecimentos médicos, no curso do processo de licenciamento das equipes e autorização de funcionamento dos hospitais. Somente a realidade poderá comprovar, entretanto, qual a eficácia das disposições legislativas referentes a esse requisito.²⁵⁸

4.2 REQUISITOS ESPECÍFICOS DOS ATOS DE DISPOSIÇÃO EM VIDA

4.2.1 Consentimento Informado

Conforme examinado anteriormente, a manifestação da vontade ou consentimento aparece como exigência ética e requisito jurídico de validade para todos os atos lícitos que resultem em ingerência no organismo humano.

Nas disposições corporais entre pessoas, o consentimento deve vir precedido de “aconselhamento médico”, a respeito do ato e de suas conseqüências, pois não se trata de vontade negocial comum, exigida para a prática de atos e negócios jurídicos patrimoniais, de Direito de Família ou Sucessões, cujos requisitos de validade se encontram apenas regidos pelo Código Civil.

²⁵⁸ Uma atividade certamente benéfica, de que se pode valer como remédio extremo e insubstituível para salvar uma vida; mas que às vezes é fonte de especulações ignóveis. Ao passo que o mercado de escravos era baseado na força bruta, o comércio de células, órgãos e tecidos requer capacitação da atividade profissional e centros especializados, e por isso põe em causa a ética médica e as funções de controle seja de um Estado ou da comunidade internacional. (BELINGUER, op. cit. p. 133.)

O aconselhamento médico que irá influir, decisivamente, na formação do consentimento do disponente e do receptor, encontra-se previsto, expressamente, no artigo 10, *caput*, da Lei 9.434/97: “Art. 10 – O transplante ou enxerto só se fará com o consentimento expresso do receptor, após o aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento.”

O médico está, portanto, legalmente obrigado a informar os sujeitos dos possíveis riscos do tratamento e suas projeções secundárias, bem como das conseqüências da sua não realização, sob pena de ser responsabilizado civilmente por eventuais danos sofridos pela pessoa.

Na relação contratual médico-paciente, cabe ao primeiro propiciar as informações técnicas, para que o segundo, com base em critérios pessoais, não técnicos, decida sobre a intervenção. Por tal razão, deve ser dado ao disponente ou paciente receptor o tempo necessário à reflexão, antes de consentir; daí falar-se de “consentimento informado”.²⁵⁹

²⁵⁹ “*Deber de información médica*. Asimismo, para que la voluntad sea plena, necesariamente requiere que el paciente conozca realmente el tratamiento u operación quirúrgica a que se verá sometido y los riesgos que deberá afrontar. Ello supone la existencia de un deber de información por parte del profesional que funcionará como presupuesto de validez-eficacia del consentimiento. En este sentido, se habla del ‘consentimiento informado’. La locución es una traducción literal de la expresión inglesa *informed consent*. Esta noción ha sido conceptualizada por la doctrina más especializada de la siguiente forma : “El consentimiento informado implica una declaración de voluntad efectuada por un paciente, por la cual, luego de brindársele una suficiente información referida al procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como médicamente aconsejable, éste decide prestar su conformidad y someterse a tal tratamiento. En esta inteligencia, se ha destacado con agudeza que el individualismo, la auto-cinfianza y la autodeterminación física constituyen la base de la teoría del consentimiento informado. Ahora bien, cabe preguntarse qué información debe darse al paciente; es decir, cuál es el contenido y alcance de la información. Dicho con palabras de Highton y Wierzba, cuáles son los *elementos de la revelación*.”

Contestando el interrogante, señalan estas juristas que, básicamente, estos elementos están dados por: a) La naturaleza y el objetivo del tratamiento propuesto; b) Sus riesgos; c) Sus beneficios; d) Las alternativas posibles. Esta información, además, deberá adaptarse a las posibilidades de comprensión del asistido. De tal modo, deberá ser simple y no necesitará versar sobre los aspectos que hacen a la labor técnica específica del médico, ya que ellos son de resorte exclusivo del profesional. Se plantea aquí una cuestión delicada, cual es la de establecer si en ciertas circunstancias extremas, por ejemplo frente a un mal incurable o un pronóstico gravísimo, se puede ocultar o deformar la verdad al paciente y de tal modo el tratamiento. La respuesta es difícil. Bueres, sin embargo, la aborda y estima, con aguda precisión, que ella no puede ser uniforme ni singular. El cirujano obrará en cada situación atendiendo a las particularidades del caso. En consecuencia, evaluará el estado psíquico del enfermo, la incidencia que puede tener en su salud la noticia cruda y real de la dolencia, la edad, educación, fortaleza anímica, probabilidades que tiene el asistido de restablecerse sin secuelas importantes. En el caso de pronóstico grave pero con posibilidades de sobrevida, entiende el autor, que frente a la posibilidad de que la información sea perjudicial para el éxito del tratamiento, debe ser el facultativo quien decida los pasos a seguir, pero ello nunca podrá dar lugar a que el galeno eluda su deber de información, debiendo darlo, en el caso, a los familiares del paciente quienes están legitimados para obtener esa información, y para consentir, o no, la realización del acto médico.” (MALICKI, op. cit., p.152-154).

Os padrões normativos presentes na legislação brasileira especial (Lei nº 9.434/97) são bastante sintéticos, mas de qualquer sorte, as informações exigíveis a serem prestadas pelo médico e sua equipe são aquelas que permitam a um homem médio, observado o padrão mínimo de prudência, tomar decisões e aceitar riscos.

O dever de informar sofre, por evidente, modulações, em decorrência das condições concretas e objetivas do paciente, inclusive quanto à linguagem a ser utilizada.²⁶⁰

A par disso, o chamado aconselhamento médico sugere a idéia de que se trata de um elemento indispensável para formar o consentimento e não de mera formalidade. Deve emergir de uma relação dialogada entre os sujeitos da relação terapêutica, não bastando o mero preenchimento e assinatura de formulário em que se encontre expressa a vontade do disponente ou receptor.

No caso específico dos transplantes de órgãos, as informações devem ser colhidas e repassadas sem contradições, por toda equipe e não apenas pelo médico-chefe.

Trata-se, sem dúvida, de deveres decorrentes da boa-fé nas relações intersubjetivas, cujo descumprimento implica a responsabilidade civil do obrigado, por culpa, em caso de dano causado à contraparte. A contradição ou o silêncio a respeito de informações que, necessariamente, deveriam ser prestadas, poderão, ainda, induzir o disponente ou receptor em erro, caso em que resultará na nulidade do ato, por vício, e na responsabilidade civil do médico por culpa.

A necessidade de o consentimento vir informado faz com que a Lei exija a capacidade civil do disponente e do receptor, cujo regime obedece ao contido nos artigos 5º a 9º, do Código Civil brasileiro. A Lei especial não distingue, no que tange à capacidade para a prática de atos de disposição corporal, as incapacidades relativas das

²⁶⁰ “La voluntad del dador tendrá que exteriorizarse libremente, una vez que haya sido instruido por los profesionales a que alude el art. 11 de la ley 21.541, acerca de los riesgos que la operación trae aparejados. Del cumplimiento de esse requisito de *información* – que **será satisfecho en base al nivel cultural de los pacientes** - ...”(Sem negrito no original). (BUERES, op. cit., p.241).

absolutas, nem as permanentes das incapacidades pontuais, momentâneas de fato, intermitentes ou não.²⁶¹

Em relação aos disponentes, doadores incapazes, a lei não admite que o consentimento seja suprido pelo representante legal, sendo apenas admitida a doação de medula, que não ponha em risco a integridade do incapaz. Já no que se refere aos receptores incapazes, o consentimento poderá emanar de representante legal, devendo também vir informado pelos elementos de natureza técnica antes apontados, conforme se depreende do texto do artigo 9º, *caput* e do parágrafo único, do artigo 10, da Lei 9.434/97, *verbis*:

“Art. 9º - É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos ou partes do próprio corpo vivo para fins de transplante ou terapêuticos.

Art. 10 - [...]

Parágrafo único. Nos casos em que o receptor seja juridicamente incapaz ou cujas condições de saúde impeçam ou comprometam a manifestação válida de sua vontade, o consentimento de que trata este artigo será dado por um de seus pais ou responsáveis legais.”

Existem, ainda, situações de difícil solução, em que não é possível obter o consentimento do representante legal (pais ou tutor), apresentando especial complexidade, no direito brasileiro, o caso dos indígenas, não aculturados, cuja representação está a cargo de órgão público, conforme dispõe o parágrafo único, do artigo 6º, do Código Civil brasileiro: “Art. 6º - [...]. Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do País.”

Ocorrendo absoluta impossibilidade de obtenção do consentimento dos responsáveis pelos incapazes, caberá ao médico decidir com base no critério do estado de necessidade. Destaque-se, ainda, que há uma progressiva tendência legislativa e doutrinária de levar em consideração, também, a opinião do incapaz que consiga entender o sentido da

²⁶¹BUERES, ao comentar a legislação argentina sobre transplante de órgãos, aponta o requisito da capacidade do agente, nos seguintes termos: “Por lo tanto, el consentimiento carecerá de efectos cuando el emisor esté privado del discernimiento para asumir la grave y reflexiva decisión – doct. art. 921, Cód. Civil -. Es esta línea, los arts. 8º y 9º de la ley venezolana exigen la mayoría y la condición de que el dador esté en el pleno uso y goce de sus facultades mentales conforme a una valoración psiquiátrica, a fin de tener acabado conocimiento de la terapia del trasplante y de sus posibles consecuencias.” (BUERES, op. cit., p. 245-246).

intervenção ou tratamento, em especial, dos maiores de 16 e menores de 21 anos, relativamente incapazes, sem que isso signifique o consentimento válido.

Não podendo o paciente incapaz discernir a respeito da natureza e riscos do tratamento, o médico deverá tomar a decisão para preservar a vida ou a saúde do paciente. Por outro lado, são diversas as soluções jurídicas que se apresentam para as situações de incapacidade jurídica de fato, momentânea ou pontual.

Convém destacar que parte da doutrina entende ser, sempre, obrigatória a informação aos familiares do doente, e outra parte sustenta que o médico está legitimado a tomar tal decisão.

Saliente-se que o consentimento informado consiste em elemento irreduzível de validade de todos os atos de disposição corporal, terapêuticos ou não, mas a sua maior frequência e singularidade se dá nos tratamentos envolvendo transplantes de órgãos.

Na legislação em exame, o aconselhamento médico só vem mencionado em relação ao consentimento do *receptor*, conforme expresso no artigo 10, da Lei 9.434/97: “Art. 10. O transplante ou enxerto só se fará com o consentimento expresso do receptor, após o aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento”.

A lei não faz referência expressa ao aconselhamento médico, em relação à manifestação do disponente, mas, em seu artigo 9º, §§ 3º e 4º, determina que a tomada de decisão, pelo disponente, deve contemplar aspectos relativos à natureza e especificidade do órgão a ser doado, riscos presentes e supervenientes à integridade física e comprometimento à saúde física e mental. Essa decisão, por certo, só poderá ser tomada com base em informações fornecidas pelo profissional médico, sendo possível concluir que o consentimento do disponente também, informado.

Tal conclusão pode ser retirada, ainda, também, em relação aos autotransplantes (art. 9º, § 8º), em que sujeito deverá avaliar, convenientemente, as vantagens e desvantagens do ato terapêutico.

Por seu silêncio a respeito do consentimento informado, a Lei brasileira em vigor afasta-se da legislação argentina, Lei 24.193, de 24.03.93, artigo 13,²⁶² que ao regular os atos de disposição corporal, com vistas à prática de transplantes de órgãos, além de clarificar em que consiste a informação médica, dispõe, expressamente, sobre sua influência na formação da vontade, tanto do receptor, quanto do disponente.

4.2.2 Requisitos Específicos Relativos aos Sujeitos e ao Objeto

Anteriormente, tratou-se das características e requisitos da formação e manifestação da vontade ou consentimento emitido por sujeitos capazes. Cabe, agora, destacar pontos específicos decorrentes da incapacidade do sujeito e das peculiaridades do objeto.

De acordo com a análise anteriormente realizada para o Código Civil, toda a pessoa é sujeito de direito, mas nem todo sujeito goza de capacidade de exercício de seus direitos. Advém daí a aplicação do conceito de incapacidade civil e de representação legal dos incapazes por terceiros, nos atos e negócios em que se fizer necessária a manifestação da vontade.

Fala-se daí que a representação legal supre a vontade do incapaz, cabe, entretanto, questionar: primeiro, se tal suprimento pode se dar em relação a aspectos corporais do sujeito juridicamente incapaz; segundo, em hipótese afirmativa, se a

²⁶²ARGENTINA. Ley 24.193, de 24 de marzo de 1993. Trasplantes de órganos y materiales anatómicos. **Boletín Oficial**, 26 abr. 1993.

“Art. 13. - Los jefes y subjeses de los equipos, como asimismo los profesionales a que se refiere el art. 3º, deberán informar a cada paciente y su grupo familiar en el orden y condiciones que establece el art. 21, de manera suficiente, clara y adaptada a su nivel cultural, sobre los riesgos de la operación de ablación e implante - según sea el caso -, sus secuelas físicas u psíquicas, ciertas o posibles, la evolución previsible y las limitaciones resultantes, así como de las posibilidades de mejoría que, verosíblemente, puedan resultar para el receptor.

Luego de asegurarse de que el dador y el receptor hayan comprendido el significado de la información suministrada, dejarán a la libre voluntad de cada uno de ellos la decisión que corresponda adoptar. Del cumplimiento de este requisito, de la decisión del dador y de la del receptor, así como de la opinión médica sobre los mencionados riesgos, secuelas, evolución, limitaciones y mejoría, tanto para el dador como para el receptor, deberá quedar constancia documentada de acuerdo con la normativa a establecerse reglamentariamente.[...]”

vontade do sujeito não deve influir ou informar a vontade de seu representante.²⁶³

As proposições acima referidas devem, contudo, ser levadas em consideração apenas nos casos em que a legislação admite que os representantes manifestem sua vontade, para ingerências no âmbito corporal dos incapazes, como se verifica a partir do disposto no parágrafo único do artigo 10 da Lei 9.434/97: “Art. 10 - [...] Parágrafo único. Nos casos em que o receptor seja juridicamente incapaz ou cujas condições de saúde impeçam ou comprometam a manifestação válida de sua vontade, o consentimento de que trata este artigo será dado por um de seus pais ou responsáveis legais”.

No mesmo sentido, o § 6º, do artigo 9º, da lei estabelece : “ Art. 9º - [...]. § 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.”

As possibilidades de representação legal dos incapazes, contidas na legislação sobre transplantes, como se vê, dizem respeito apenas às hipóteses de doação de medular óssea e de recepção de órgão a ser transplantado, o que já demonstra a excepcionalidade de tal representação.

Conforme destacado, o direito à disposição corporal é um direito da personalidade, seja o sujeito capaz ou incapaz para a ordem civil, e a manifestação da vontade tem caráter personalíssimo.²⁶⁴

Com base nessas premissas, Orlando de Carvalho entende que mesmo em relação à disposição de elementos regeneráveis, como a medula óssea, a representação não é aceitável, ao dizer :

²⁶³Em suma, estamos en franco desacuerdo *lege data e lege ferenda* en que los menores de edad puedan ser dadores de órganos trasplantables y en que la voluntad de éstos pueda sustituirse, dado que com ello, lejos de prohijar un criterio individualista – como podría suponerse si se enfocara el punto com una óptica distorcionada –, estamos afianzando el *concepto de solidaridad social* que descuenta el respeto hacia la persona como premisa liminar de una verdadera *coexistencia* de un auténtico sentido de la *proporción* (o de la *proporcionalidad*). (BUERES, Prólogo...p. xxxix).

²⁶⁴DÍEZ - Picazo, Luiz. Derecho y masificación social. Tecnologia y Derecho Privado. Madrid : Civitas, p.109/110).

Advertir-se, por fim, que a cedência de elementos regeneráveis não deixa de estar sujeita ao princípio de que, nas atitudes médico-cirúrgicas em benefício de outrem, o consentimento, que é sempre autorizante, tem de ser rigorosamente pessoal. O consentimento presumido e o consentimento através de pai ou tutor devem ser rigorosamente excluídos. No dia em que os pais se julgassem com direito a dispor, ainda que em benefício de outro filho, da medula ou do sangue de um filho menor, abria-se a porta às maiores violações da personalidade das crianças (sobretudo das mais pequenas e indefesas. A experiência criminal moderna já há muito nos devia ter desiludido da idéia, sempre falsa, de que ‘charity begins at home’ (aliás, a frase inglesa traduz, não uma verificação, mas uma injunção: é um ‘ought to be’, e não um ‘be’).²⁶⁵

Mais complexo, ainda, é o problema das disposições corporais realizadas pela gestante, cujos reflexos se fazem sentir pelo embrião ou feto. Embora não se trate de representação, a vontade da gestante é limitada pela Lei, nos termos do § 7º do artigo 9º, justamente para evitar conflitos entre os interesses dela e do nascituro.

No que se refere ao consentimento dos representantes para que o menor seja beneficiário (receptor) de disposição corporal voltada à realização de transplante, a Lei aceitou a noção fornecida pelo senso comum de que os pais ou representantes legais sempre atuam de acordo com os interesses do incapaz.²⁶⁶

O objeto do ato de disposição corporal, em vida, exigiu tratamento específico, atendendo à classificação dos órgãos ou partes do corpo humano em renováveis e não renováveis, anteriormente analisada, e veio a ser regulada pelo § 3º do artigo 9º da Lei 9.434/97 :

Art. 9º - [...]

§ 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 cuase mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora.

²⁶⁵ CARVALHO, Orlando de. Op. cit. p.138-139.

²⁶⁶São de extrema importância as observações realizadas por Díez-Picazo: Si las cosas se miran despacio, el problema es el mismo que en el resto de los casos de sujeción de la persona a tratamiento médico o a operaciones quirúrgicas, que constituyen también una auténtica laguna de la ley. Bien porque la persona haya perdido pasajeramente el estado de consciencia, como ocurre por ejemplo con las víctimas de un accidente, o bien porque se siga la piedosa costumbre (antijurídica) de ocultarle al enfermo la gravedad de su estado, decisiones atinentes a inalienables derechos de la personalidad son, con consecuencia de las modernas tecnologías médicas transferidos a otra persona sin suficiente causa justificada. Volvemos así a lo que llamábamos antes “competencia o jurisdicción médica”, que resulta atribuida muchas veces por el mero hecho de haber ingresado en una institución hospitalaria o en virtud de la decisión de los familiares, sin más razón que el vínculo de familia y el hecho de encontrarse más cerca del paciente. No es clara la atribución de ningún derecho de decisión a los familiares por razón del vínculo de familia. menos clara es todavía si se piensa en cuál tendría que ser el posible orden de prioridad entre ellos.

Além das limitações legais determinadas pela natureza do objeto disposto, é preciso lembrar que sobre tais disposições incide o princípio da beneficência ou não maleficência, presente na última parte do dispositivo legal em exame.

O Decreto 2.268/97, ao regulamentar a Lei, ampliou as cautelas para evitar disposições gravosas e desnecessárias de elementos não regeneráveis do corpo humano.

4.3 REQUISITOS ESPECÍFICOS DOS ATOS DE DISPOSIÇÃO CORPORAL COM EFICÁCIA *POST MORTEM*

4.3.1 Determinação do Momento da Morte

A morte tem sido, sempre, objeto de preocupação do homem, pois revela não só sua inegável finitude temporal, mas também seu desejo de continuar vivendo, após esse momento definitivo.²⁶⁷

O Direito também tem atribuído significado jurídico à morte, para proteger a vida, ou para servir de marco à transmissão de direitos patrimoniais ou extrapatrimoniais.

No que se refere, especificamente, aos atos de disposição cadavérica, a determinação do momento da morte pelo Direito apresenta-se como uma questão preliminar, pois somente após a morte é possível se falar em cadáver.

A morte, pela perda das qualidades vitais, é mais evidente a partir da verificação da ausência de movimento ou de sinais físicos, tais como respiração ou pulsação. O aprimoramento da Medicina, contudo, demonstrou que permanecendo algumas funções cerebrais, é possível haver a reanimação e a continuidade da vida.²⁶⁸

²⁶⁷Os avanços da medicina tem resultado em novas investigações sobre a morte conforme registra Bernard: “Un des événements les plus remarquables de notre temps a été la nécessité, pour les sociétés humaines de rédefinir la mort. la législation de nombreux pays définit la mort par la constatation de divers symptômes témoins de la mort du cerveau et par l’aspect plus de deux électroencéphalogrammes successifs. (BERNARD, op. cit., p.20).

²⁶⁸“It is apparent that the major technical criticisms levelled at the Human Tissue Act 1961 relate to the prolongation of the warm anoxic time entailed in strict adherence to its terms. But such objections are valid only when death is measured by the irrevocable failure of the cardiovascular system. In practice, the overwhelming proportion of cadaver donated material will come from patients who have been maintained on ventilator support and in whom it will be appropriate to reach a diagnosis of death by means of brain stem

É consenso entre os países ocidentais que o critério mais seguro é o da morte encefálica:²⁶⁹

Este foi o critério adotado pela Lei 9.434/97, como se infere do disposto em seu artigo 3º :

Art. 3º - A retirada 'post mortem' de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

O Decreto 2.268/97, ao dispor sobre a comprovação da morte, detalha o processo de verificação e determinação da morte encefálica, em seu artigo 16:

Art. 16. A retirada de tecidos, órgãos e partes poderá ser efetuada no corpo de pessoas com morte encefálica.

§ 1º O diagnóstico de morte encefálica será confirmado, segundo os critérios clínicos e tecnológicos definidos em resolução do Conselho Federal de Medicina, por dois médicos, no mínimo, um dos quais com título de especialista em neurologia, reconhecido no País.

§ 2º São dispensáveis os procedimentos previstos no parágrafo anterior, quando a morte encefálica decorrer de parada cardíaca irreversível, comprovada por resultado incontestável de exame eletrocardiográfico.

§ 3º Não podem participar do processo de verificação de morte encefálica médicos integrantes das equipes especializadas autorizadas, na forma deste Decreto, a proceder a retirada, transplante ou exerto de tecidos, órgãos e partes.

§ 4º Os familiares que estiverem em companhia do falecido ou que tenham oferecido meios de contato, serão obrigatoriamente informados do início do procedimento para verificação da morte encefálica.

§ 5º Será admitida a presença de médico de confiança da família do falecido no ato de comprovação e atestação da morte encefálica, se a demora de seu comparecimento não tornar, pelo decurso do tempo, inviável a retirada, mencionando-se essa circunstância no respectivo relatório.

§ 6º A família carente de recursos financeiros poderá pedir que o diagnóstico de morte encefálica seja acompanhado por médico indicado pela direção local do SUS, observado o disposto no parágrafo anterior.

Como se observa, neste aspecto, a legislação brasileira sobre transplantes de órgãos encontra-se absolutamente atualizada e compatível com as recomendações

criteria. There is no logical reason why ventilation should not be continued after death and the heart beat be maintained during an operation for organ donatio. The ideal situation of the living donor is thus achieved in a cadaver." (MASON, J.K.; SMITH, R.A. McCall. **Law and medical ethics**. Fourth ed. London : Butterworths, 1994. p. 302).

²⁶⁹ “[...] la muerte encefálica. A mi modo de ver, ésta si es verdadera muerte. La muerte sucede cuando se muere el cerebro, hasta el punto de que el hombre pierde su capacidad específicamente humana. Esto puede suceder bien por muerte de todo el cerebro, incluido el tronco cerebral (muerte cerebral, criterios de Harvard), bien por muerte del mesencéfalo, sin afectación de la corteza (muerte encefálica, criterios de Minessota), bien por muerte de la corteza (muerte cortical). Puesto que esta última parece difícil de diagnosticar de modo total e irreversible, quedan los otros dos como criterios de muerte.” (GRACIA, Diego. Historia del trasplante de órganos. In:GAFO, Javier (Ed.). **Trasplantes de órganos** : problemas técnicos, éticos y legales. Madrid : Universidad Pontificia Comillas, 1996. p.25)

científicas e com os postulados éticos erigidos no plano internacional,²⁷⁰ a respeito da determinação do momento da morte.

No entanto, qualquer que seja o critério legal adotado, deve conter a noção de provisoriedade, pois a Medicina poderá alterar tais critérios e tornar possível a continuação da vida de pacientes que, para o atual estágio de desenvolvimento da Ciência, são considerados mortos.

As legislações que regulam a retirada de material cadavérico, com fins terapêuticos, deverão, portanto, estar atentas às definições médicas, considerando-as em sua provisoriedade e relatividade, avaliando-as à luz da necessária proteção da personalidade humana.²⁷¹

4.3.2 Requisitos Específicos em Relação aos Sujeitos e ao Objeto

A legislação brasileira sobre transplantes de órgãos, em vigor, como demonstrado anteriormente, em seu artigo 4º, adota o sistema do consentimento presumido para as disposições cadavéricas, sempre que não ocorrer, expressamente, a negativa do consentimento, na forma prevista no § 3º do mesmo artigo. Além disso, a Lei prevê no § 4º do artigo 4º, a possibilidade de revogação do consentimento expresso ou presumido.

A Lei 9.434/97, não admite a possibilidade de os membros da família suprirem ou se oporem ao consentimento expresso ou presumido do falecido. Diante da personalidade de que a Lei reveste os atos de disposição cadavérica, é possível afirmar

²⁷⁰“O fato é que na caracterização da morte “cerebral” inúmeros Simpósios e Congressos se realizaram no sentido de elaborar “Declarações” nesse sentido, além da “Declaração de Sidney”, como a do “Comitê de Harvard” utilizada por muitas clínicas cirúrgicas. Outros, por sua vez, preferem a declaração contida no “The Human Tissue Act”, de 1961, da Inglaterra, onde trata especialmente da morte cerebral, cujas considerações preliminares merecem ser transcritas, pelo significado que encerram [...]” (GOGLIANO, op. cit., p.75-76).

²⁷¹“Son criterios científicos, pienso que muy avalados por los datos de la ciencia, por tanto, prudentes y muy seguros, pero no indubitables. La comunidad científica y la sociedad tienen razones de mucho peso para aceptarlos como criterios de muerte, pero el disenso es posible. No sólo es posible, sino que se da de hecho, y merece todos nuestros respetos. Es un error pensar que esos criterios pueden imponerse a todos. No es así. Hay que respetar a quienes no aceptan los criterios de muerte cerebral o encefálica. Esto sucede por razones religiosas (budistas, judíos ortodoxos) o por razones filosóficas (por ejemplo, todos los que siguen la tesis de Hans Jonas en este punto). Este es un ámbito donde debe respetarse la libertad de conciencia.” (GRACIA, op. cit., p. 25)

que os familiares, de um modo geral, não têm legitimidade para se manifestarem em qualquer sentido.

Em coerência com o sistema estabelecido na Lei, o Decreto 2.268/97 dispõe, em seu artigo 14 e § 1º:

Art. 14. A retirada de tecidos, órgãos e partes, após a morte, poderá ser efetuada, independentemente de consentimento expresso da família, se, em vida, o falecido a isso não tiver manifestado sua objeção.

§ 1º A manifestação de vontade em sentido contrário à retirada de tecidos, órgãos e partes será plenamente reconhecida se constar da Carteira de Identidade Civil, expedida pelos órgãos de identificação da União, dos Estados e do Distrito Federal, e da Carteira Nacional de Habilitação, mediante inserção, nesses documentos, da expressão 'não-doador de órgãos e tecidos'.

Apesar disso, algumas questões relevantes em relação aos sujeitos dos atos de disposição corporal restam sem resposta legal. Assim, por exemplo, a disposição cadavérica por incapaz autorizada pelos responsáveis, mediante inscrição no documento de Identidade pode, posteriormente, não ser autorizada, nos termos do artigo 5º da Lei 9.434/97 : “Art. 5º. A remoção ‘post mortem’ de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa juridicamente incapaz poderá ser feita desde que permitida expressamente por ambos os pais ou por seus responsáveis legais.”

O mesmo problema poderá ocorrer em virtude da aplicação do § 4º do artigo 19 do Decreto 2.268/97:

Art. 19. Não se efetuará a retirada se não for possível a identificação do falecido por qualquer dos documentos previstos nos §§ 1º e 6º do art. 14 deste Decreto.

[...]

§ 4º A retirada de tecidos, órgãos e partes do cadáver de pessoas incapazes dependerá de autorização expressa de ambos os pais, se vivos, ou de quem lhes detinha, ao tempo da morte, o pátrio poder, a guarda judicial, a tutela ou curatela.

O Decreto 2.268/97, em seu artigo 19, § 3º, admite a manifestação da vontade dos parentes consangüíneos para autorizarem a retirada de material cadavérico, no caso de adulteração ou rasura dos documentos: “§ 3º Qualquer rasura ou vestígios de adulteração dos documentos, em relação aos dados previstos nos §§ 1º e 6º do art. 14, constituem impedimento para a retirada de tecidos, órgãos e partes, salvo se, no mínimo, dois consangüíneos do falecido, seja na linha reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, conhecendo a sua vontade, quiserem autorizá-la.

Como se percebe, a adoção do consentimento presumido, embora apresente vantagens para facilitar a coleta de material cadavérico e aumentar o número de doações, por vezes deve recorrer à vontade dos familiares para suprir ou complementar a vontade do disponente.

É necessário ressaltar, ainda, que a legislação especial coerente com os princípios éticos e jurídicos de proteção e respeito à pessoa humana não admite a coleta de material cadavérico de pessoas não identificadas, conforme se verifica da leitura do artigo 6º da Lei 9.434/97: “ Art. 6º- É vedada a remoção ‘post mortem’ de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoas não identificadas.”

Em relação ao objeto, nas disposições cadavéricas, a legislação não estabeleceu, expressamente, quaisquer limites, mas o artigo 8º da Lei 9.434/97 oferece os parâmetros necessários ao dispor : “ Art. 8º - Após a retirada de partes do corpo, o cadáver será condignamente recomposto e entregue aos parentes do morto ou seus responsáveis legais para sepultamento.”

A obrigação de recompor condignamente o cadáver antes de sua entrega aos parentes, para realizar as exéquias, revela o acolhimento pela legislação brasileira da noção de que a personalidade humana se expande após a morte, e o cadáver como parte dessa personalidade merece proteção e respeito.²⁷²

²⁷²La disposición correlativa del decreto reglamentario se refiere a la recomposición del aspecto exterior del cadáver y a las suturas que deben realizarse. disposiciones de este tenor se repiten em casi todas las legislaciones referidas a la extracción de piezas cadavéricas.

El fundamento de estas normas se encuentra, tal como lo ha caracterizado Díez Díaz, en el “sentimiento de respeto imponente” que determina el cadáver, en la consideración que merecen los deudos e incluso la sociedad toda, que puede, sentirse afectada en sus creencias prevalentes. La disposición del cadáver con fines terapéuticos no es, en absoluto, incompatible con el respeto y consideración que merecen los restos humanos. (FOURCADE, op. cit. p.323).

***C**ONCLUSÕES E PROPOSIÇÕES*

CONCLUSÕES E PROPOSIÇÕES

A feição atual dos direitos da personalidade e sua influência sobre o tratamento e regulação jurídica das relações entre os sujeitos, com referência a seus corpos, conduz a conclusões, no mínimo, provisórias. O dado estável e presente em todos os pontos de análise da questão reside na necessidade de o Direito contemporâneo ocidental oferecer garantia a um núcleo de condições existenciais a todos os homens. A identificação dessa necessidade, por sua vez, só pode ser compreendida no recorte histórico e cultural definido como modernidade.

Os elementos problematizantes são inúmeros e decorrem, sobretudo, da singularidade corpórea dos sujeitos, do impacto das ciências biológicas sobre o corpo e da agregação de valor de mercado aos materiais biológicos humanos. Também contribui para a complexidade da análise a peculiar rapidez e amplitude com que as biotecnologias se desenvolvem e ganham dimensão planetária.

Tais fatores atendem, igualmente, à mesma especificidade histórico-cultural antes identificada, mas contêm características particulares radicadas nas desigualdades fáticas no âmbito das relações intersubjetivas, sociais e internacionais.

Estabelecidas essas premissas, pode-se realizar o exame das concepções jurídicas a respeito da tutela da personalidade, da disposição corporal e transplantes de órgãos, não só para identificar a crise das noções clássicas do Direito moderno, mas também para contribuir com a formulação de instrumentos de proteção jurídica mais efetiva ao homem e seu corpo.

Para tanto, é imprescindível que se realize outra relevante constatação. A inadequação do Direito moderno para orientar a tomada de decisões do sujeito sobre o corpo decorre, também, da aproximação entre direitos subjetivos de conteúdo patrimonial e os direitos da personalidade, inicialmente definidos pela doutrina como direitos personalíssimos de conteúdo não patrimonial.

Com efeito, os direitos da personalidade que não se evidenciam pela aferição material e não podem sofrer simples avaliação patrimonial quantitativa, como a vida, só se tornam perceptíveis para o Direito apenas por aproximação com as liberdades individuais erigidas contra o Estado Moderno, em sua fase de formação.

O reexame do processo de evolução do pensamento jurídico moderno acaba por revelar, ainda, que a compartimentalização do jurídico em vários níveis normativos, que se utilizam de pressupostos e de instrumentos distintos para regular e proteger idênticas situações existenciais, é uma das causas dessa inadequação. Faz-se referência neste ponto à clássica divisão entre Direito Público e Privado.

Esse conjunto de problemas verificados na Teoria Jurídica decorre, por certo, das estruturas econômicas e sociais estabelecidas no início da modernidade, entre elas o Estado, que vem sofrendo profundas modificações neste final de século. O ajuste dessas estruturas às novas realidades requer, inclusive, maior abertura das fontes de produção das regras jurídicas estatais para a participação da sociedade no espaço de constituição das normas e a inclusão de particularidades referentes a grupos e circunstâncias sociais faticamente antagônicos. A tendência atual de buscar consensos gerais resulta na formulação de regulações fora do aparelho estatal que propiciam maior agilidade, diminuindo a diferença entre o ritmo de produção das ciências biomédicas e do Direito.

A concepção dos direitos da personalidade totalmente despidos de expressão patrimonial e ligados apenas à dimensão existencial do homem, por sua vez, norteia toda a construção contemporânea do Direito Corporal.

Os direitos do homem inscritos nas normas de Direito Internacional, Comunitário e Constitucional são parâmetros jurídicos já estabelecidos à limitação da liberdade individual e coletiva relativa às intervenções no corpo humano; são igualmente o ponto de partida para a produção de novas tutelas jurídicas.

A vedação à comercialização do corpo humano, expressamente contida na Constituição e na Legislação especial brasileira, demonstra claramente como o Direito pode ser mais do que um instrumento de regulação das relações patrimoniais para integrar também o resultado das escolhas éticas da sociedades.

Por outro lado, qualquer que seja a fundamentação jurídica desses direitos, é preciso compreender que eles se encontram no limiar do jurídico, sendo de difícil assimilação pelos diplomas legislativos. Eles revelam, nesse aspecto, a força da tradição do pensamento jurídico europeu continental, para o qual a moral e o Direito habitam ambientes distintos, e a ética reside na própria racionalidade da legislação e na determinação autônoma do sujeito.

Os direitos da personalidade, sob esse ângulo, são mais do que uma tentativa de recuperar a dimensão ética do Direito moderno, pois decorrem de uma exigência atual de realização de justiça diante das situações concretas de flagrante desrespeito às condições existenciais mínimas da pessoa.

A percepção da necessidade de o direito estabelecer normas de convivência que assegurem esse patamar de condições existenciais mínimas, resulta na construção de um *ethos* próprio de nosso tempo e de nossa civilização.

A aplicação dos instrumentos normativos dos múltiplos aspectos corporais dos indivíduos nas sociedades marcadas pela pluralidade de padrões culturais, exige, por conseqüência, a redefinição de critérios jurídicos que auxiliem a seleção das regras morais e éticas que devam se tornar obrigatórias para todos.

Até o presente momento a principal via de entrada das postulações éticas no Direito ocidental tem se dado pelas Declarações de Direitos, Pactos e Tratados Internacionais, bem como pelas Constituições, a exemplo do que ocorre no espaço normativo brasileiro.

A constitucionalização dos direitos da personalidade transforma o seu conteúdo original, ligado à noção de direito subjetivo, para atribuir ao sujeito garantias ao invés de poderes, e coloca o Estado em pé de igualdade com os cidadãos, com referência a esses direitos.

A interpretação dos direitos da personalidade exige, por isso, a redefinição dos termos **interesse social** e **interesse individual**, situados em um mesmo sujeito e em relação a um mesmo bem tutelado juridicamente. Do mesmo modo e pela mesma

razão, tem exigido uma conformação específica no tratamento desses direitos, no âmbito das relações internacionais.

A consciência de que a ordem jurídica constituída depende do poder político altera o tratamento dos direitos da personalidade, para dar-lhes fundamentação em éticas e situações fáticas, nem sempre apreendidas pela ordem jurídica estatal, mas pertinentes à realização da justiça.

A constatação de que a regulação jurídica do corpo humano também vem condicionada pela realidade econômica e social, além de modificar o sentido das soluções jurídicas, pode contribuir para a alteração dessa mesma realidade.

A proteção aos direitos da personalidade não pode, contudo, ignorar, completamente, o interesse social e público, para buscar sua fundamentação em aspectos puramente individuais. Por sua origem e sua atual conformação, os direitos da personalidade rejeitam tanto o voluntarismo subjetivista quanto o normativismo e o imperativismo jurídicos. Busca sua base nas noções de solidariedade e compromisso. Requer, portanto, a redefinição das noções de interesse público ou coletivo e de interesse individual.

A singularidade corporal e psíquica do indivíduo merece ser apreendida pelo Direito em suas inter-relações de dependência e influência no processo de socialização. A ampliação da esfera da liberdade do indivíduo sobre seu corpo deve considerar antes o princípio da identidade biológica pessoal, para proteger os sujeitos das exigências do mercado e para só então adequar o exercício dessa liberdade às possibilidades de manipulação do corpo humano pela Ciência.

Os aspectos lucrativos e as titularidades patrimoniais decorrentes das atividades médica-científicas devem ser condicionadas pela primazia da manutenção da integridade físico-psíquica do sujeito.

As ingerências não consentidas no corpo humano, justificadas pelas razões de interesse geral, público ou de Estado, devem ser admitidas somente quando conjugadas com o estado de necessidade do indivíduo, ou quando se mostrar evidente a desproporção entre o interesse individual e o coletivo afetados.

A questão do segredo das informações contidas e retiradas do organismo humano implica a construção de normas protetivas de tais dados, que vedem sua utilização em relações jurídicas de cunho puramente patrimonial.

O controle não-governamental sobre o material orgânico disponível e utilizado em transplantes de órgãos introduz elementos de equilíbrio entre o público e o privado e atenua a possibilidade de escolhas injustificadas dos receptores, bem como dificulta a mercantilização da Medicina e do corpo.

As regulações legislativas referentes ao corpo humano e sua disposição devem contemplar cláusulas gerais enunciativas de princípios, abertas a interpretações jurisprudenciais que permitam a permanente alteração dos padrões legais específicos.

A disposição de bens jurídicos pessoais mediada pelas noções de liberdade e direito subjetivo não atendem à lógica das disposições patrimoniais de bens jurídicos corpóreos ou incorpóreos.

A ampliação da responsabilidade civil e criminal por violação aos direitos corporais devem vir acompanhadas de normas preventivas de proteção e novos procedimentos que complementem a tutela judicial desses direitos.

A precariedade dos critérios médicos para determinar o momento da morte é constatação que merece ser aceita como ponto de partida para qualquer legislação a respeito dos transplantes do material cadavérico.

O método jurídico exigido para o tratamento dos direitos da personalidade é, portanto, o da revisão dos conceitos e normas gerais, com a identificação de premissas, ocorrentes em casos concretos, articuladas com as contribuições teóricas das ciências sociais. Deve levar em consideração as especulações filosóficas contemporâneas os questionamentos sobre a avaliação de resultados concretos da aplicação da Ciência moderna no que se refere à qualidade de vida do planeta.

Também se faz necessária a modificação do método de aplicação das normas jurídicas para possibilitar a incorporação de elementos éticos que orientam a discussão atual sobre a temática jurídica do corpo humano.

A textura predominantemente aberta das regulações jurídicas sobre o corpo humano facilita a absorção da multiplicidade de padrões éticos formulados nos vários espaços e posições em que os sujeitos se localizam nas intervenções corporais, bem como as reflexões teóricas sobre o corpo humano.

Os direitos da personalidade referentes à dimensão física do sujeito, assim compreendidos, resultam na tentativa de o Direito moderno trabalhar a tensão entre a universalidade da norma e a particularidade dos fatos, na perspectiva de manter renovada a proposta da modernidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADEODATO, João Maurício L. O Sério e o Jocosos em Jhering : uma visão retórica da ciência jurídica. **Revista de Direito Civil** : Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo, n. 73, p. 17-31, jul./set. 1995.
- ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento** : fragmentos filosóficos. Trad.: Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro : J. Zahar, 1985.
- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid : CEDEC, 1997.
- ALMEIDA FILHO, Amaro Alves. A figura do doador nos transplantes cardíacos. Necessidade de sua regulamentação legal específica. **Justitia**, São Paulo, v. 79, p. 9-15, 4º trimestre, 1992.
- ALVES, J. A. Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo : Perspectiva, 1994.
- AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. Separata de: **O Direito**, Rio de Janeiro, n.1/2, p. 63-81, 1994.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria Geral da Relação Jurídica**. Coimbra : Almedina, 1983. v. I: Sujeitos e Objeto.
- _____. **Teoria Geral da Relação Jurídica**. 6. ed. Coimbra : Almedina, 1983. v. II: Facto jurídico, em especial negócio jurídico.
- ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral**. 6. ed. Coimbra : Almedina, 1989. v. I.
- ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT. Droit et science. Paris : Sirey, t. 36, 1991.
- _____. Le sujet de droit. Paris : Sirey, t. 34, 1989.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil** : reais. 4. ed. Coimbra : Coimbra, 1987.
- _____. **O direito** : introdução e teoria geral (uma perspectiva luso-brasileira). 4. ed. Lisboa : Verbo, 1987.
- _____; CORREIA, Sérvulo; ROCHA, Nogueira da et al. **Direito da saúde e bioética**. Lisboa : Lex, 1991.
- ASSUMPTÃO, João Carlos. Americano quer patente de suas células. **Folha de São Paulo**, 15 jun. 1997.

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Ética, direito e reprodução humana assistida. **Revista dos Tribunais**, n. 729, p. 43-51, jul. 1996.
- BAGOLINI, Luigi. La persona nell'esperienza morale e giuridica. In: **Diriti umani, poteri degli stati e tutela**. Milano : Giuffrè, 1986. p. 9-20.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O direito de experimentação sobre o homem e a biomédica (cidadania e ciência)**. Artigo acessado, via Internet, na *homepage* do Mestrado, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.
- _____. **Teoria geral da cidadania** : a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais. São Paulo : Saraiva, 1995.
- BARATA-MOURA, José. **Marx e a crítica da “Escola Histórica do Direito”**. Lisboa : Caminho, 1994.
- BARBOSA, Marcelo Fortes. O consentimento do ofendido. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 84, n. 718, p. 347-348, ago. 1995.
- BARCELONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**. Napoli : Jovene, 1996.
- BASCHET, Claudine; BATAILLE, Jacques; STURLESE, Bruno. Les droits de la personne devant la vie et la mort. **Problemes politiques et sociaux**, n. 717, p. 67, dec. 1993.
- BAUSOLA, Adriano. Il fondamento del diritti umani. In: **Diriti umani, poteri degli stati e tutela**. Milano : Giuffrè, 1986. p. 21-39.
- BERLINGER, Giovanni. A bioética entre a tolerância e a responsabilidade. Trad.: Sérgio Bath. **Humanidades**, v. 9, n. 4, p. 358-367, 1994.
- BERLINGUER, Giovanni. **Ética da saúde**. São Paulo : Hucitec, 1996.
- BERLINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei. **O mercado humano** : estudo bioético da compra e venda de partes do corpo. Trad.: Isabel Regina Augusto. Brasília : Universidade de Brasília, 1996.
- BERNARD, Jean. **La Bioéthique**. Paris : Flammarion, 1994.
- BERTI, Silma Mendes. **Direito à própria imagem**. Belo Horizonte : Del Rey, 1993.
- BESSONE, Darcy. **Direitos reais**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1996.
- BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 11. ed. atual. Rio de Janeiro : Azevedo, 1956.
- BIOÉTICA. Pesquisa em seres humanos. Brasília : Conselho Federal de Medicina, v. 3, n. 2, 1995.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos da personalidade**. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1989.

- _____. Os direitos da personalidade e o projeto de Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 15, n. 60, p. 105-128, out./dez. 1978.
- _____; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais**. São Paulo : RT, 1993.
- BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Tutela da personalidade no atual direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 32, n. 125, jan./mar. 1995.
- BYK, Christian. La loi relative au respect du corps humain. **Doctrine**, [Paris], n. 3788, p. 405-414, 1994.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro : Campus, 1992.
- _____. **O Positivismo Jurídico** : lições de Filosofia do Direito. São Paulo : Ícone, 1995.
- _____; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e estado na filosofia política moderna**. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. São Paulo : Brasiliense, 1987.
- BRAET, Herman; VERBEKE, Werner (Eds.) **A morte na Idade Média**. Trad.: Heitor Megale, Yara Frateschi Vieira e Maria Clara Cescato. São Paulo : Edusp, 1996.
- BRETONE, Mário. Il “beruf” e la ricerca del “tempo classico”, per la storia del pensiero giuridico moderno. **Quaderni Fiorentini**, Milano, n. 9, p. 215-216, 1980.
- BROUSSARD, Domenico Corradini. **Os direitos fundamentais e o primeiro dever fundamental**. Aula magna de abertura dos Cursos de Pós-graduação em Direito da UFPR, Curitiba, 10 mar. 1997.
- _____. **Vem vagamente, vem lentamente** : o direito de morrer. IBEJ, Curitiba, 08 de março de 1997.
- BUCHER, Andreas. **Personnes physiques et protection de la personnalité**. Deuxième éd. Francfort-sur-le-Main : Helbing et Lichtenhahn, 1992.
- BUCKLE, S. **Natural law and theory of property** : Grotius to Humme. Oxford : Clarendon, 1991.
- BUERES, Alberto J. (Dir.) **Código Civil y Normas Complementarias** : análisis doctrinario y jurisprudencial. Coord.: Elena I. Highton. Buenos Aires : Hammurabi, 1995. v. I.
- BUERES, Alberto J. **Responsabilidad civil de los médicos**. 2. ed. Buenos Aires : Hammurabi, 1994.
- _____; RIVERA, Julio César. Dación de órganos entre vivos Interpretación o apartamiento de la ley ? **La Ley**, Buenos Aires, p. 188, 27 mar. 1984.
- BUSNELLI, Francesco D. Il diritto e le nuove frontiere della vita umana. In: **Diritti umani, poteri degli stati e tutela**. Milano : Giuffrè, 1986.

- CAENEGEM, R.C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Trad.: Carlos Eduardo Machado. Rev.: Eduardo Brandão. São Paulo : Martins Fontes, 1995.
- CÂMARA, Arruda. Extirpação de partes do cadáver para fins de transplante terapêutico. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 190, p. 411-416, jul./ago. 1960.
- CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direito da personalidade**. 2. ed. Coimbra : Coimbra, 1992.
- CAMPOS, German J. Bidart; HERRENDORF, Daniel E. La ablación de órganos de un insano (una opción entre vidas en conflicto?). **El Derecho**, Buenos Aires, t. 133, p. 615-623, 1989.
- CAÑAS, Antonio Gordillo. **Trasplantes de órganos: "pietas" familiar y solidaridad humana**. Madrid : Civitas, 1987.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra : Almedina, 1992.
- CARBONNIER, Jean. **Droit Civil** : Introduction - Les Personnes. Paris : Universitaires de France, 1974.
- _____. **Flexibe droit** : textes pour une sociologie sans rigueur. 5 éme.éd. revue et augm. Paris : L.G.D.J., 1983.
- CARDENAS QUIROS, Carlos. Notas acerca de la regulación legal de la extracción y transplante de órganos. **Revista de Direito Civil** (Imobiliário, Agrário e Empresarial), São Paulo, v. 18, n. 69, p. 17-29, jul./set. 1994.
- CARDOSO, Jethero. A vida quer viver: bons exemplos de solidariedade humana multiplicam os casos de doação de órgãos no país. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 27, n. 108, p. 229-252, out/dez, 1990.
- CARRILLO, Hernán Gonzalo. Jurisprudencia extensiva en materia de ablación de órganos. **Revista Juris**, Rosario (Argentina), t. 32, p. 361-363, 1983.
- CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica : seu sentido e limites**. 2. ed. Coimbra : Centelha, 1981.
- _____. **Les droits de l'homme dans le droit civil portugais**. Coimbra : Boletim da Faculdade de Direito, 1973.
- CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Los trasplantes de órganos** : informe y documentación para la reforma de la legislación española sobre trasplantes de órganos. Barcelona : Bosch, 1979.
- CASTAN TORBEÑAS, José. **Los derechos de la personalidad**. Madrid : Reus, 1952.
- CASTRO, Frederico de. Los llamados derechos da la personalidad. **Anuário de Derecho Civil** - Ministério de Justicia de España, Madrid, v. 12, n. 4, p. 1237-1275, 1959.

- CENCI, Angelo (Org.) **Ética, racionalidade e modernidade**. Passo Fundo : EDIUPF, 1996.
- CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo** : intersexualidade, transexualidade, transplantes. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo : RT, 1994.
- _____. **Estudos de direito civil**. São Paulo : RT, 1979.
- _____. Pesquisa em seres humanos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 27, n. 108, p. 229-252, out./dez. 90.
- _____. Responsabilidade civil do ato médico: ato médico, contrato de meios, erro médico. **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados**, São Paulo, v. 17, n. 117, p. 9-27, out. 1993.
- CHRÉTIEN, Claude. **La science à l'oeuvre mythes et limites**. Janvier : Hatier, 1991.
- CICCO, Cláudio de. Introdução à doutrina do direito de E. Kant. In: **Doutrina do direito** : Emmanuel Kant. Trad.: Edson Bini. São Paulo : Ícone, 1993.
- CIFUENTES, Santos. **Los derechos personalísimos**. Buenos Aires : Astrea, 1996.
- _____. Los trasplantes de órganos cadavéricos. **El Derecho**, Buenos Aires, v. 154, p. 922-926, 1993.
- _____. Trasplantes de órganos in vivo : otra oportunidad perdida. **El Derecho**, Buenos Aires, t. 153, p. 890-899, 1993.
- CLÈVE, Clémerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional** (e de Teoria do Direito). São Paulo : Acadêmica, 1993.
- CORREAS, Oscar. La voluntad jurídica. In: _____. **Introducción a la crítica del derecho moderno**. Mexico : Universidad Autonoma de Puebla. p. 79-87.
- CORTIANO JR., Eroulths. **Direitos da personalidade** : direito à vida, ao próprio corpo e ao cadáver. Curitiba, 1993. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.
- COSSIO DIAZ, José Ramon. **Estado social y derechos de prestación**. Madrid : CEC, 1989.
- COSTA, José de Faria. O valor do silêncio do legislador penal e o problema das transplantações. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. LXIX, p.201-232, 1993.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Noções de Direito Civil**. 3. ed. Coimbra : Almedina, 1991.
- _____. **Vontade e estados subjetivos na representação jurídica**. Rio de Janeiro : ER, 1976.
- CRÉPEAU, Paul-A; WAINWRIGHT (Orgs.) **Les Codes Civils et Lois Civils Connexes**. Colab.: Marie-Andrée Dorais. Montréal : Y. Blais Inc., 1992.

- CUADERNOS DE BIOÉTICA. Buenos Aires : Ad-Hoc, n. 0, oct. 1996.
- DABIN, Jean. **Les droit subjectif**. Paris : Dalloz, 1952.
- D'AMARAL, Marcio Tavares (Org.) **Contemporaneidade e novas tecnologias**. Rio de Janeiro : Sette Letras, 1996.
- DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro : Rio, 1979. v. I.
- _____. **Programa de direito civil**. Rev. do texto e anot.: José Gomes de Bezerra Câmara. Atual.: Laerson Mauro. Rio de Janeiro : Rio, 1979. v. III.
- DAVID, René. **O direito inglês**. Trad.: Eduardo Brandão. São Paulo : Martins Fontes, 1997.
- DECOCQ, André. **Essai d'une théorie générale des droits sur la personne**. Paris : Pichon et Durand, 1960.
- DE CUPIS, Adriano. **I diritti della personalità**. Milano : Giuffrè, 1950.
- _____. **Os direitos da personalidade**. Trad.: Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa : Morais, 1961.
- DEGOS, Laurent. **Les greffes d'organes**. Paris : Flammarion, 1994.
- DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. **Mil platôs : capitalismo e esquizofrenia**. Trad.: Sueli Rolnik. São Paulo : Editora 34, 1997. v. 4.
- DELMAS-MARTY, Mireille. **Vers un droit commun de l'humanité**. Paris : Textuel, 1996.
- DEL RÍO, José Manuel Lete. **Derecho de la persona**. 2. ed. Madrid : Tecnos, 1991.
- DEL VECCHIO, Jorge. **Persona, estado y derecho**. Madrid : Instituto de Estudios Políticos, 1957.
- DESCHENAUX, Henri; STEINAUER, Paul Henri. **Personnes physiques et tutelle**. Berne : Staempfli, 1980.
- DIAS, José de Aguiar. O direito e o transplante de órgãos. **ADV-Advocacia Dinâmica** : Boletim Informativo Semanal, v.10, n. 3, p.24-123, jan. 1990.
- DICKENS, Bernard M. Tendencias actuales de la bioética en el Canadá. **Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana**, v. 108, n. 5-6, p. 524-530, mayo/jun. 1990.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. **Derecho y masificación social** : tecnología y derecho privado (dos esbozos). Madrid : Civitas, 1979.
- DINIZ, Antero Alves Monteiro. Colheita de órgãos ou tecidos em cadáveres. **Diário da República**, Brasília, II Série, n. 205, p. 8101, 5 set. 1981.

- DINIZ, Souza. **Código Civil Alemão** : com todas as modificações nele posteriormente introduzidas, inclusive as da Lei da Igualdade de Direitos do Homem e da Mulher no domínio do Direito Civil de 18 de junho de 1957. Rio de Janeiro : Récord, 1960.
- _____. **Código Civil Italiano** : Código de Direito Privado Italiano que inclui o Direito Civil, o Direito Comercial e o Direito do Trabalho. Rio de Janeiro : Récord, 1961.
- DREIFUSS-NETTER, Frédérique. **Les manifestations de volonté abdicatives**. Paris : L.G.D.J., 1985.
- DWORKIN, Ronald. **Life's dominion** : na argument about abortion, euthanasia and individual freedom. New York : A. A. Knopf, 1993.
- EDELMAN, Bernard. **O direito captado pela fotografia**. Trad.: Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra : Centelha, 1976.
- ENCARNAÇÃO, João Bosco da. **Filosofia do direito em Habermas** : a hermenêutica. São Paulo : Cabral Universitária, 1997.
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6. ed. Trad.: J. Baptista Machado. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
- ESCOSURA, Gabriel de la; PORTER, José Kuthy. Panorama bioético en México. **Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana**, v. 108, n. 556-564, mayo/jun. 1990.
- ESPINOZA, Juan. Nuove frontiere degli atti di disposizione del corpo. **Revista de Direito Civil** : Imobiliário, Agrário e Empresarial, São Paulo, v. 19, n. 74, p.19-55, out./dez. 1995.
- FACHIN, Luiz Edson. Limites e possibilidades da nova teoria geral do direito civil. **Jurisprudência Brasileira**, Curitiba, n. 172, p. 45-50, 1994.
- _____. **Em busca de novas mandrágoras?** Notas apresentadas ao debate realizado no Painel III – Direito Civil : bioética e biodireito, do Encontro Regional do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito), Simpósio sobre Bioética e Biodireito, em 27 de maio de 1997, realizado pela Universidade Estadual de Londrina/Mestrado em Direito Negocial.
- FARIA, Maria Paulo Bonifácio Ribeiro. **Aspectos jurídico-penais dos transplantes**. Porto : Universidade Católica Portuguesa, 1995.
- FERLINI, Izabella Dischinger de Barros. Aspectos fáticos, éticos e jurídicos atinentes a transplantes e doações de órgãos. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 1, n. 26, p.145-152, 1992.
- FERNANDES, Milton. Os direitos da personalidade. In: **Estudos jurídicos em homenagem ao prof. Caio Mario S. Pereira**. Rio de Janeiro : Forense, 1984. p.131-159.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Consideraciones juridicas sobre la muerte. **Notarius** : Revista del Colegio de Notarius de Lima - Perú, n. 1, p.149-168.

- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón** : teoria del garantismo penal. Madrid : Trotta, 1995.
- _____. **Il diritto privato futuro**. Camerino : Università degli Studi di Camerino, 1993.
- FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais** : uma introdução. Porto Alegre : Fabris, 1991.
- FIGUEIRA, Ellis H. Inegocialidade da matéria orgânica humana. Transplante de órgãos ou parte do corpo. O sangue. O leite. O sêmen. **Justitia**, São Paulo, v. 64, p.137-152, 1º trimestre, 1969.
- FIGUEIREDO, Sara Ramos de. Aspectos de transplantes inadequados: a realidade brasileira na Constituição de 1891. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 9, n. 34, p. 155-164, abr./jun. 1992.
- FLUSS, Sev S. Comercio de órganos humanos: reacción internacional. **Foro Mundial de la Salud**, v. 12, n. 3, p. 325-328, 1991.
- FRANÇA, Genival Veloso. Direito à integridade biológica e engenharia genética. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (XV. : 1994 : Foz do Iguaçu). **Anais** : ética, democracia e justiça. São Paulo : JBA Comunicações, 1995.
- FUENZALIDA-PUELMA, Hernan L. Transplante de órganos: la respuesta legislativa de America Latina. **Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana**, v. 108, n. 5-6, p. 524-530, mayo/jun. 1990.
- GAFO, Javier (Ed.). **Trasplantes de órganos: problemas técnicos, éticos y legales**. Madrid : Universidad Pontificia Comillas, 1996.
- GAILARD, Maurice. **L'intelligence du droit**. Paris : Les Éditions D'Organisation Université, 1994.
- GALGANO, Francesco. **Il diritto privato fra Codice e Costituzione**. Bolonha : N. Zanichelli, 1979.
- GALLI, Matilde Callari. **Itinerari bioetici**. Firenze : La Nuova Italia, 1994.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa**. Madrid : Alianza, 1995.
- GARRAFA, Volney. O mercado de estruturas humanas. **Bioética**, Brasília, v. I, n. 2, p.115-123, 1993.
- _____. Respostas ao mercado humano: doações, pesquisa e prevenção. **Revista da Associação Médica do Brasil**, n. 41, p.67-76, 1995.
- GERT, B. Hobbes's account of reason and the passions. In: **Thomas Hobbes, de la métaphisique à la politique**. Paris : Bertman & Nalherbe, 1989.

- GODÉ, Pierre. **Volonté et manifestations tacites**. Paris : Puf, 1977.
- GOGLIANO, Daisy. Morte encefálica. **Revista de Direito Civil : Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, v. 17, n. 63, p. 57-85, jan./mar. 1993.
- _____. Exames médicos e direito da personalidade. In: LIMONGI FRANÇA, Rubens (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo : Saraiva, 1977. v. 34.
- GOMES, Luiz Roldão de Freitas. A ética, o legítimo e o legal. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 335, p. 121-131, jul./set. 1996.
- _____. Inegociabilidade da matéria orgânica: transplantes de órgãos ou partes do corpo. **Justitia**, São Paulo, v. 32, n. 68, p. 39-62, jan./mar. 1970.
- GOMES, Orlando. Direitos da Personalidade. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 216, n. 760-762, p. 5-10, out./dez. 1966.
- _____. **Código Civil : Projeto Orlando Gomes**. Rio de Janeiro : Forense, 1985.
- _____. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro : Forense, 1989.
- GONÇALVES, Ernesto Lima. Situações novas e novos desafios para a bioética. **Bioética**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 13-18, 1994.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Textos fundamentais de direito internacional**. Lisboa : Aequitas, 1993.
- GRACIA, Jorge J. E. **Introducción al problema de la individuación en la Alta Edad Media**. Trad.: Benjamín Valdivia. México : Universidad Nacional Autónoma de México, 1987.
- GRUBB, Andrew; KENNEDY, Ian. **Medical Law**. Second edition. London : Butterworths, 1994.
- GRUPPI, Luciano. **Tudo começou com Maquiavel : as concepções de Estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci**. 12. ed. Porto Alegre : L&PM, 1980.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos subjetivos, direitos humanos e jurisprudência do interesses : relacionados com o pensamento tardio de Rudolph von Ihering. **Arquivo do Ministério da Justiça**, Brasília, v. 47, n. 183, p. 135-153, jan./jun., 1994.
- GUILLOD, Olivier; GUINAND, Jean. Validité et efficacité du testament biologique. **Revue de droit suisse**, Basel, p.401-433, 1988.
- GUINAND, Jean. Les droits de la personnalité et les transplantations d'organes. **Mémoires Publiés par la Faculté de Droit de Genève**, n.55, p.1-14, nov. 1976.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia : entre facticidade e validade**. Trad.: Flávio Bieho Siebeneichler. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1997.
- HESPANHA, António M. **A história do direito na história social**. Lisboa : Livros Horizonte, 1978.

- HEYMANN-DOAT, Arlette. **Libertés publiques et droit de l'homme**. Paris : L.G.J.D., 1992.
- HIGNTON, Elena I. **Código Civil y Normas Complementarias** : análisis doctrinario y jurisprudencial. Buenos Aires : Hammurabi, 1995. v. I.
- HORKHEIMER, Max. **Sobre el concepto del hombre**. Versión castellana de H. A. Murena y D. J. Vogelmann. Buenos Aires : SUR, 1970.
- HÖRSTER, Heirich Ewald. **A Parte Geral do Código Civil Português** : teoria geral do direito civil. Coimbra : Almedina, 1992.
- HOTTOIS, Gilbert. **Le paradigme bioéthique** : une éthique pour la technoscience. Bruxelles : De Boeck Université, 1990.
- IONESCU, Octavian. **La notion de droit subjectif dans le droit privé**. Bruxelles : Bruylant, 1978.
- JOURNÉES BELGES. Les corps humain et le droit. Paris : Dalloz, 1975.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad.: Paulo Quintela. São Paulo : Martins Fontes, 1960.
- KAPPELER, Dietrich. La protection contre soimême. **Memórias Publiés par la Faculté de Droit de Genève**, n. 50, 1976.
- KARLBERG, Ingvar; SCHERTSTEN, Tore. Trasplante de órganos humanos. **Foro Mundial de la Salud**, v. 10, n. 2, p. 224-231, 1989.
- KAYSER, Pierre. Les droits de le personnalité : aspects théoriques et pratiques. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, v. 3, p. 445-509, 1971.
- KIEFER, B. La France se dirige vers une législation en bioéthique. **Bioéthique**, Genève, 29 jan. 1992.
- KONING, María Teresa Bergoglio de Brouwer de; FOURCADE, María Virginia Bertoldi de; **Trasplantes de órganos**. Buenos Aires : Hammurabi, 1983.
- LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos** : um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo : Companhia das Letras, 1988.
- LA LEY. Buenos Aires : [s.n.], año XLVIII, n. 96, mar. 1984.
- LARENZ, Karl. **Derecho Civil** : parte general. Trad.: Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid : Reunidas, 1978.
- _____. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Trad.: José Lamego. Rev.: Ana de Freitas. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- LARGIADÈR, Felix (Ed.) **Organ transplantation**. Second edition. New York : Verlag, 1970.

- Le Code Civil** : édition mise à jour au 1^{er} janvier 1997. Paris : Flammarion, 1997.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 3.ed. rev. São Paulo : RT, 1997.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito** : aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo : RT, 1995.
- _____. **O direito do embrião humano** : mito ou realidade? No prelo.
- LEITE, Gervásio. A manifestação da vontade nos casos de transplantes. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 8, n. 29, p. 87-94, jan./mar. 1971.
- LENOIR, Noëlle. **Aux frontières de la vie** : une éthique biomédicale à la française. Paris : Documentation Française, 1991.
- LES PETITES AFFICHES & LA LOI. Bioéthique : les lois du 29 juillet 1994. Paris : Les Petites Affiches/La loi, n. 2 (special), 14 dec. 1994.
- LIMONGI, Maria Isabel. **Entre a ética e o interesse**. Londrina : Lido, 1995.
- LIMONGI FRANÇA, Rubens. Direitos da personalidade : coordenadas fundamentais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 567, p. 9-16, jan. 1983.
- _____. Direitos privados da personalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.370, p.07-16, ago. 1966.
- _____. O conceito da morte, diante do direito ao transplante e do direito hereditário. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 84, n. 717, p. 65-74, jul. 1995.
- LINDON, Raymond. **Les droits de la personnalité**. Paris : Dalloz, 1974.
- LIPARI, Nicolo. Diritti fondamentali e categorie civilistiche. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, anno 2, n. 4, p. 413-426, lugl./ago. 1996.
- LIRA, José Lamartine Corrêa de Oliveira. A família em tempo de democratização. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA OAB (X. : 1984 : Recife) **Temática da família moderna**. Recife : [s. n.], 1984.
- _____; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O estado de direito e os direitos da personalidade.(Tese apresentada na VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 532, p. 11-23, fev. 1980.
- LLANOS ZULOAGA, Roberto. Bioética en el Peru. **Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana**, v. 108, n. 5-6, p. 565-569, mayo/jun. 1990.
- LOPES, Ney. Patentes : lei moderna e aplicação arcaica. **Folha de São Paulo**, 16 maio 1997.
- LOPES Y LOPEZ, Angel M. Problemas jurídicos de los trasplantes de tejidos y órganos humanos. **Anuario de Derecho Civil** : Ministerio de Justicia de España, Madrid, v. 22, f. 1, p. 145-161, jan./mar. 1964.

- LOPEZ JACOISTE, Jose Javier. Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad. **Anuario de Derecho Civil**, Madrid, n. XXXIX, p. 1059-1120, 1986.
- LOPEZ PINA, Antonio. **La garantía constitucional de los derechos fundamentales** : Alemania, España, Francia e Italia. Madrid : Civitas, 1991.
- LOS MOZOS, Jose Luis de. **Derecho Civil** : metodo, sistemas y categorias juridicas. Madrid : Civitas, 1988.
- LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. **Transplantações** : um olhar constitucional. Coimbra : Coimbra, 1995.
- LUA NOVA - REVISTA DE CULTURA E POLÍTICA. Direito e direitos. São Paulo : Marco Zero, n. 30, 1993.
- _____. O individualismo e seus críticos. São Paulo : Marco Zero, n. 38, 1996.
- LUNA BISCAL, Maurício. **Trasplantes** : bases para una legislación. Bogotá : Temis, 1974.
- LUNA, Everaldo da Cunha. Disciplina jurídica do transplante. **Justitia**, São Paulo, v. 31, n. 64, p.133-136, jan./mar. 1969.
- MACIÁ, Antonio Borrel. **La persona humana**. Barcelona : Bosch, 1954.
- MAIORCA, Carlo. **Istituzioni di diritto privato**. Torino : G. Giappichelli, 1979. v. I: Personalità, capacità, status.
- MAJO, Adolfo di. **La tutela civile dei diritti**. 2. ed. Milano : Giuffrè, 1993. v. 3: Problema e metodo del diritto civile.
- MARCUSE, Herbert. **Idéias sobre uma teoria crítica da sociedade**. Trad.: Fausto Guimarães. Rio de Janeiro : Zahar, 1972.
- MARÍAS, Julián. **Antropología metafísica**. Madrid : Alianza, 1987.
- MARREY NETO, José Adriano. Transplante de órgãos : nova disciplina (Lei Federal 8.489, de 18.11.92). **Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 1, n. 26, p. 145-152, 1992.
- MARREY NETO, José Adriano. **Transplante de órgãos** : disposições penais. São Paulo : Saraiva, 1995.
- MARTINEZ, Pedro Soares. **Textos de Filosofia do Direito**. Coimbra : Almedina, 1993.
- MARTY, G.; RAYNAUD, P. **Droit Civil**. Paris : Sirey, 1956. v. I.
- MASON, J.K.; SMITH, R.A. McCall. **Law and medical ethics**. Fourth edition. London : Butterworths, 1994.
- MATOS, Olgária C. F. **A Escola de Frankfurt** : luzes e sombras do Iluminismo. 3. ed. São Paulo : Moderna, 1995.

- MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Doação presumida de órgãos do corpo humano. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, Brasília, n. 63, p.63-69, jul./dez. 1996.
- MEIRELLES, Henrique da Silva Seixas. **Marx e o Direito Civil** (para a crítica histórica do “paradigma civilístico”). Coimbra : Almedina, 1990.
- MESSINETTI, Davide. Recenti orientamenti sulla tutela della persona. La moltiplicazione dei diritti e dei danni. In: PERLINGIERI, Pietro. **Lezioni di diritto civile** : del corso di aggiornamento 28 maggio/2 giugno. Camerino : Università degli Studi di Camerino, 1991. p. 57-85.
- MEO, A. Di; MANCINA, C. **Bioética**. Roma : Laterza, 1989.
- MIRANDA, Jorge. **Direito Constitucional**. Coimbra : Coimbra, 1988. v. IV: Direitos fundamentais.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade. In: BARRETO, Vicente. **A nova família** : problemas e perspectivas. Rio de Janeiro : Renovar, 1997. p. 169-194.
- MORAES, Walter. Direitos da personalidade : estado da matéria no Brasil. In: CHAVES, Antonio. **Estudos de Direito Civil**. São Paulo : RT, 1979. p. 125-139.
- MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. 3. ed. Coimbra : Centelha, 1978.
- MORIN, Edgar. **O problema epistemológico da complexidade**. 2. ed. Lisboa : Europa-América, 1996.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3. ed. atual. Coimbra : Coimbra, 1991.
- _____. Valor dos actos jurídicos dos dementes. Coimbra : 1965. Separata de: **Revista de Direito e Estudos Sociais**, v. XII, n. 1-2, p. 3-61, 1965.
- MOURA, Demócrito. A era dos transplantes. **Ajuris**, Porto Alegre, v. 15, n. 44, p. 134-143, nov. 1988
- NEIRINCK, Claire (Dir.) **De la bioéthique au bio-droit**. Paris : L.G.D.J., 1994.
- NETO, João Antonio. Implicações ético-jurídicas dos transplantes. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 235, p. 5-11, jul./set. 1971.
- NINO, Carlos S. **Ética y derechos humanos** : un ensayo de fundamentación. Barcelona : Ariel, 1993.
- NIZSALOVSKY, Endre. **A legal approach to organ transplantation and some other extraordinary medical actions**. Budapest : Akademiai Kiado, 1974.
- NOVAES, Aduino (Org.). **Ética**. São Paulo : Companhia das Letras, 1992.

- NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de direito** : do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra : Coimbra, 1987.
- OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. Estrutura jurídica do acto médico, consentimento informado e responsabilidade médica. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Coimbra, n. 3815, p. 33-39, 1 de junho de 1992.
- OLIVEIRA, Moacyr de. A questão médico-jurídica dos transplantes. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 389, p. 406-309, mar. 1968.
- _____. Evolução dos direitos de personalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 402, p. 29-32, abr. 1969.
- OST, François; KERCHOVE, Michel van de. **Jalons pour une théorie critique du droit**. Bruxelles : Facultés universitaires Saint-Louis, 1987.
- PARIZEAU, Marie-Hélène. **Les fondements de la bioéthiques**. Bruxelles : De Boeck Université, 1992.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. Direitos da personalidade. **Livros de Estudos Jurídicos**, Rio de Janeiro, n. 9, p. 55-75, 1994.
- PEREIRA, Victor; MARREY NETO, José Adriano. O momento da morte. **Revista de Jurisprudência do Tribunal da Alçada Criminal de São Paulo**, n. 14, p. 15-17, 1991.
- PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Trad.: Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo : Martins Fontes, 1996.
- PEREZ LUÑO, Antonio. **Los derechos fundamentales**. Madrid : Tecnos, 1995.
- PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**. 2. ed. rev. e atual. Camerino : Università degli Studi di Camerino.
- _____. **La personalità umana nell'ordinamento giuridico**. Camerino : Università degli Studi di Camerino, 1972.
- _____. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. rev. e ampl. Trad.: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro : Renovar, 1997.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado** : parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1956. v. VII: Direito de Personalidade. Direito de Família : Direito matrimonial (Existência e Validade do Casamento).
- QUIROZ, Carlos Cardenas. Notas acerca de la regulación legal de la extracción y transplante de órganos en el Peru. **Notarius** : Revista del Colegio de Notarius de Lima - Perú, n. 1, p.124-140, 1991.
- _____. Transplante de órganos en el Peru. **Comentarios** : Revista de Derecho de los Alumnos y Egresados de la Universidad de Lima - Perú, año II, p. 74-82, 1991.

- RABINOVICH, Ricardo David. **Régimen de trasplantes de órganos y materiales anatómicos - Ley 24.193**. Buenos Aires : Astrea, 1994.
- RESCIGNO, Pietro. La fine della vita umana. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, n. 6, p. 634-660, nov./dez. 1982.
- REVISTA DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Brasília : OAB, n. 63, jul./dez. 1996.
- RIGAUX, François. **La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité**. Paris : L.G.D.J., 1990.
- _____; POULLET, Yves; THUNIS, Xavier; LÉONARD, Thierry. **La vie privée une liberté parmi les autres?** Bruxelles : Larcier, 1992.
- RIVERA, Julio César. **Temas de derecho civil**. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1987. v. II: Parte General.
- RODOTÀ, Stefano. **Il diritto privato nella società moderna**. Bologna : Il Mulino, 1977.
- ROUANET, Sérgio Paulo. **Mal-estar da modernidade**. São Paulo : Companhia das Letras, 1993.
- RUIZ PEREZ, Joaquin Salvador. Consideraciones jurídicas sobre el trasplante de órganos. **Actualidad civil** : Revista semanal tecnico-jurídica de derecho privado, Madrid, n. 5, p. 333-350, semana 30 ene./05 feb., 1989.
- SAGARNA, Fernando Alfredo. **Los trasplantes de órganos en el derecho** : legislación y derecho comparado. Buenos Aires : Depalma, 1996.
- SAHM, Regina. Direito científico: influências e aplicação nos direitos da personalidade (e em outros direitos de fundamento análogo). **Revista de Direito Civil** (Imobiliário, Agrário e Empresarial), São Paulo, n. 73, p. 55-69, jul./set. 1995.
- SALVAT, Orlando Taleva. **Trasplantes de órganos y materiales anatomicos**. Buenos Aires : Valleta, 1995.
- SANCHEZ-TORRES, Fernando. Antecedentes y estado actual de la bioética en Colombia. **Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana**, v. 108, n. 5-6, p.531-535, mayo/jun. 1990.
- SANTA MARIA, José Serpa. **Direitos da personalidade e a sistemática civil geral**. São Paulo : Julex, 1987.
- SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **Dottrine Generali del Diritto Civile**. 9. ed. Napoli : E. Jovene, 1989.
- _____. **Teoria Geral do Direito Civil**. Coimbra : Atlântida, 1967.
- SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Transplantes de órgãos e eutanásia** : liberdade e responsabilidade. São Paulo : Saraiva, 1992.

- SANTOS NETO, José Antônio de Paula. Direitos da pessoa e direitos da personalidade ou estado da pessoa, direitos de estado, direito ao estado e direitos da personalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 719, p. 36-44, set. 1995.
- SARDA, François. **Le droit de vivre et le droit de mourir**. Paris : Seuil, 1975.
- SAVATIER, R. **Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui**. Deuxième éd. Paris : Dalloz, 1952.
- SECRETARIA FEDERAL DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS. Parecer nº 95/91. Projeto de Lei nº 1.169/88, de autoria do Deputado Carlos Mosconi. Consultor: Mareny Guerra de Oliveira. **Arquivo do Ministério da Justiça**, Brasília, 46 (181), p. 153-160, jan./jun. 1993.
- SEGRE, Marco; HOSSNE, William Saad. O aborto e o transplante de tecido fetal. **Bioética**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 73-80, 1994.
- SERPA, José. **Direito à imagem, à vida e à privacidade**. Belém : Cejup, 1994.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1988. v. I: Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos.
- _____. **O silêncio como manifestação da vontade**. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1961.
- SERRES, Michel. **O contrato natural**. Trad.: Beatriz Sidoux. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 1991.
- SILVA, Ignacio Assis (Org.). **Corpo e sentido: a escuta do sensível**. São Paulo : Unesp, 1996.
- SILVA, José Geraldo da. **A lei de tortura interpretada : comentários à Lei 9.455, de 07 de abril de 1997**. Leme : LED, 1997.
- SILVA, Paulo César Pereira da. A questão da transfusão de sangue em face dos direitos da criança e da crença religiosa de seus pais. **Livros de Estudos Jurídicos**, Rio de Janeiro, n. 9, p. 55-75, 1994.
- SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra : Coimbra, 1995.
- SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. O caso dos transplantes de órgãos humanos - Lei 5.479/68 : omissão do poder regulamentador e mandado de injunção. **Ajuris**, Porto Alegre, v. 15, n. 44, p. 134-143, nov. 1988.
- SPOLIDORO, Luiz Cláudio Amerise. **O aborto e sua antijuridicidade**. São Paulo : Lejus, 1997.
- SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo : RT, 1993.
- TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das obrigações**. 6. ed. rev. e atual. Coimbra : Coimbra, 1989.

- TERCIER, Pierre. **Le nouveau droit de la personnalité**. Zürich : Schulthess, 1984.
- TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil** (Imobiliário, Agrário e Empresarial), São Paulo, n. 65, p. 21-32, jul./set. 1993.
- THE ECONOMIST. The right to choose to die. London : The Economist Web, v. 343, n. 8022, june 21st-27th, 1997.
- THOUVENIN, Dominique. De l'éthique biomédicale aux lois "bioéthiques". **RTD civ.** n. 4, p. 717-736, oct./dec. 1994.
- TORRE, Giuseppe Dalla. **La frontiera della vita** : etica, bioetica e diritto. Roma : Studium, 1997.
- Transplantações: Colóquio Interdisciplinar (25 de Março de 1993). Coimbra : Faculdade de Direito de Coimbra, 1993.
- TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT POUR LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE. Paris : Dalloz, v. XIII, 1963.
- _____. Paris : Dalloz, v. XXVI, 1975.
- TRIGO REPRESAS, Félix A. **La responsabilidad civil en los trasplantes de órganos humanos**. Separata de: **Anales**, Buenos Aires, año XXXVIII, n. 31, 1993.
- VÉLEZ RODRÍGUEZ, Ricardo. Bioética, poder e direito. **Revista Brasileira de Filosofia**, v. XLII, f. 175, p. 343-346, jul./set. 1994.
- VILLEY, Michel. **La formation de la pensée juridique moderne** : cours d'Histoire de la Philosophie du Droit. Nouvelle éd. corr. Paris : Montchretien, 1975.
- _____. **Philosophie du droit**. Paris : Dalloz, 1975.
- WEBER, Max. **Economia y Sociedad**. Trad.: José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Maynez y José Ferrater Mora. México : Fondo de Cultura Económica, 1944.
- WESTERMANN, Harry. **Código Civil Alemão** : Parte Geral. Trad.: Luiz Dória Furquim. Porto Alegre : L S. A. Fabris, 1991.
- WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.
- WIETHÖLTER, Rudolf. **Le formule magiche della scienza giuridica**. Roma : Laterza, 1975.