



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, RELAÇÕES
INTERNACIONAIS E DESENVOLVIMENTO – MESTRADO**

RENATA VANZELLA BARBIERI

**A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS *POST MORTEM*: O DIÁLOGO DA LEI
ESPECIAL E DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO TOCANTE A
AUTONOMIA DA VONTADE SOB A LUZ DA BIOÉTICA E DA
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.**

**GOIÂNIA
2012**

RENATA VANZELLA BARBIERI

A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS *POST MORTEM*: O DIÁLOGO DA LEI ESPECIAL E DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO TOCANTE A AUTONOMIA DA VONTADE SOB A LUZ DA BIOÉTICA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica de Goiás como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação da Professora Doutora Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega

GOIÂNIA
2012

RENATA VANZELLA BARBIERI

**A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS *POST MORTEM*: O DIÁLOGO DA LEI
ESPECIAL E DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO TOCANTE A
AUTONOMIA DA VONTADE SOB A LUZ DA BIOÉTICA E DA
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.**

Dissertação defendida no Curso de Mestrado em Direito, Desenvolvimento e Relações Internacionais da Pontifícia Universidade Católica de Goiás, para obtenção do grau de Mestre. Aprovada em 23 de Novembro de 2012, pela Banca Examinadora constituída pelas seguintes professoras:

Dr^a. Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega

Prof^a. Orientadora e Presidente da Banca

PUC-GO

Dr^a. Geisa Cunha Franco

Prof^a. Membro da Banca

PUC-GO

Dr^a. Cacilda Pedrosa de Oliveira

Prof^a. Membro da Banca

UFG

Ao amor dos meus pais João Nilson e Irani, do
meu Duda e da minha Sofia.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, à Deus, Senhor dos Senhores, Mestres dos mestres, sem a sua presença na minha vida nada seria possível.

Ao vários colegas da 2ª turma de Mestrado, aos quais agradeço pela amizade; aos professores do curso que tive maior contato, em razão das disciplinas cursadas, Doutores José Nicolau Heck, João da Cruz Gonçalves Neto, Jean Marie Lambert, Luiz Carlos Falconi, Geisa Cunha Franco e Germano Campos Silva, meus agradecimentos.

À minha orientadora, Doutora Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega, minha eterna gratidão, pela paciência, amizade e carinho a mim dispensados, cuja orientação competente é responsável pelos acertos existentes neste trabalho, bem como ao Professor Doutor Luiz Carlos Falconi, por suas sugestões.

Às professoras Doutoras Geisa Cunha Franco e Maurides Batista de Macêdo Filha, pelas relevantes críticas e sugestões apresentadas por ocasião de meu exame de qualificação, indispensáveis para o aprimoramento deste trabalho.

Aos colegas professores da Universidade Católica de Goiás, especialmente do Departamento de Ciências Jurídicas, pelo intercâmbio de idéias.

À Doutora Cacilda Pedrosa de Oliveira pela aceitação do convite na participação da banca examinadora.

Aos meus alunos, em especial ao Décio da Silva de Araújo e à Milena Cobianchi, que participaram da elaboração deste trabalho, auxiliando-me durante todo o período produtivo.

À minha família, meus irmãos Otávio e Paulo, minhas cunhadas Rosana e Thelma, vocês são meus amores, minha força, minha coragem, meu apoio sempre!

As minhas sobrinhas-afilhadas Marina, Manuela (assim considero) e Alice aquelas que me ensinaram o que é o amor incondicional! Vocês fazem meus dias muito mais felizes!!! AMO MUITO VOCÊS!!!

À minha prima-irmã Elaine Cristina Bertuso Pelá que muito me ajudou nesta caminhada, com suas palavras de estímulo, força, coragem, amizade, carinho, atenção e principalmente amor, dispensando seu precioso tempo comigo!!! Amo você!!!

À minha família Barbieri, meu sogro José Barbieri Neto, obrigada pelos sábios ensinamentos, à minha sogra Dª Edisley, obrigada pelo amor, carinho e atenção, e aos meus cunhados Liliane, Fábio, André e Adriana, pela alegria da convivência.

Ao meu grande amigo-afilhado-confidente Caio Cesar pelo livro que escrevemos e ainda escreveremos juntos das nossas vidas!!! Obrigada por tudo, principalmente por se fazer presente em minha vida!!! Amo muito você!!!

Aos meus amigos-anjos do Instituto Você que participaram dessa caminhada, o meu Muito Obrigada!

Muito obrigado a todos.

“Sempre que houver alternativas, tenha cuidado. Não opte pelo conveniente, pelo confortável, pelo respeitável, pelo socialmente aceitável, pelo honroso. Opte pelo que faz o seu coração vibrar. Opte pelo que gostaria de fazer, apesar de todas as consequências.”

Osho

RESUMO

Trata o presente trabalho de analisar o aparente conflito de normas existentes no ordenamento jurídico brasileiro no que dispõe a doação de órgãos, tecidos e partes do corpo *post mortem*. Tais normas referem-se ao código civil brasileiro, em especial os direitos da personalidade e a lei nº 9434/97 que dispõe especificamente deste tema. O aparente conflito surge da autonomia do doador em vida de manifestar-se positivamente sobre a doação de órgãos, tecidos e partes do corpo, de conformidade com a ordem civilista e da necessidade de autorização familiar para a realização da remoção e transplante de tais órgãos, consoante com a legislação especial que dispõe sobre o assunto, independente da vontade do doador. Partindo do aspecto histórico, analisamos a ética clássica e atual, a pública e privada, bem como, a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a bioética e seus princípios. Ademais, analisamos o contrato de doação como negócio jurídico, atos *inter vivos* e *causa mortis*, sua formação e seus efeitos. Em especial, analisamos a evolução histórica da lei especial (9434/97) que trata da doação de órgãos, tecidos e partes do corpo, bem como, os direitos da personalidade inseridos no código civil vigente. Para a conclusão de que o conflito de normas é apenas aparente, utilizamos a hermenêutica jurídica e seu clássico sistema de solução de conflitos, os direitos da personalidade e os princípios bioéticos, bem como, os enunciados oriundos das jornadas de direito civil promovidos pelo Centro de Estudos Judiciários – CEJ – do Conselho da Justiça Federal – CJF, que orienta a comunidade jurídica quando da interpretação da legislação civil.

Palavras-Chave: Doação; Órgãos; *Post mortem*; Bioética; Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

In this paper to analyze the apparent conflict of rules in the Brazilian legal system that has in the donation of organs, tissues and body parts postmortem. These standards refer to the Brazilian Civil Code, in particular personality rights and the law n ° 9434/97 specifically provides that this theme. The apparent conflict arises from the autonomy of the donor in life to manifest positively about donating organs, tissues and body parts, in accordance with the order of the need for tort and family permission to carry out the removal and transplantation of such organs accordance with special legislation which has on this, regardless of the wishes of the donor. Starting from the historical aspect, we analyze the current and classical ethics, public and private, as well as the human dignity, fundamental rights and bioethics and its principles. Furthermore, we analyze the donation contract as legal transaction, acts inter vivos and causa mortis, its formation and its effects. In particular, we analyze the historical evolution of the special law (9434/97) which deals with the donation of organs, tissues and body parts, as well as personality rights entered into the civil code in force. To the conclusion that the conflict is only apparent standards, we use the legal hermeneutics and his classic system of conflict resolution, personality rights and bioethical principles, as well as the statements from the days of civil promovidospelo Studies Center judicial - CEJ - Council of the Federal Court - CJP, who directs the legal community when interpreting civil law.

Keywords: Donation; Organs; *Post mortem*; Bioethics; dignity of the human person.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPITULO I	18
ÉTICA E BIOÉTICA	18
1.1 A Ética Clássica e a Atual	18
1.2 A Ética Pública e a Ética Privada.	23
1.3 DA DIGNIDADE HUMANA	26
1.3.1 Conceito de Dignidade Humana.....	26
1.4 Direitos Fundamentais	30
1.5 Bioética.....	34
1.5.1 Aspecto Histórico e Conceitual	34
1.5.2 Princípios da Bioética.....	37
1.5.2.3 Princípio da não maleficência.....	43
1.5.2.4 Princípio da Justiça.....	46
1.5.3 Bioética e Direitos Humanos.....	49
CAPITULO 2	54
A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS “<i>POST MORTEM</i>” E SUAS IMPLICAÇÕES	54
2.1 A doação como negócio jurídico	54
2.1.1 O Contrato de Doação no Código Civil.....	56
2.1.1.1 Efeitos do Contrato de Doação.....	57
2.1.1.2 Ato Inter Vivos e Causa Mortis.....	58
2.2 Legislação Pátria da Doação de Órgãos, Tecidos e Partes do Corpo <i>Post mortem</i>	59
2.2.1 Natureza Jurídica da Doação de Órgãos <i>Post mortem</i>	59
2.2.2 A Evolução Histórica da lei 9434/1997.....	63
2.3 O evento morte e suas generalidades.....	68
2.3.1 O Direito de Morrer.....	68
2.3.2 O Término da Existência da Pessoa Natural	69
2.3.2.1 Morte	69
2.3.2.2 Instante da Morte	71
2.3.2.3 Condições Científicas Para a Comprovação da Morte Encefálica	72
2.4 Espécies de Declaração Para Ocorrência da Doação de Órgãos <i>Post mortem</i>	74
2.4.1 Doação Presumida e Doação Voluntária	74
3.4 Doação voluntária da família e pelo doador.....	82
2.5 O advento do Novo Código Civil.....	83

CAPITULO 3	85
O APARENTE CONFLITO DE NORMAS	85
3.1 Análise do conceito de antinomia.....	87
3.2 Os direitos da personalidade tutelados pelo Código Civil.....	93
3.2.1 O Embrião dos Direitos da Personalidade.....	93
3.2.2 Os Direitos da Personalidade no Mundo Jurídico	95
3.2.3 Características Essenciais dos Direitos da Personalidade: Intransmissibilidade e Irrenunciabilidade	97
3.3. Possíveis soluções para o aparente conflito de normas	100
3.3.1 Princípios Bioéticos.....	100
3.3.2 Regras da Hermenêutica Jurídica	102
CONCLUSÃO	107
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	115
ANEXOS	121

INTRODUÇÃO

A ordem civil brasileira mudou. Em 2003, quando o Código Civil entrou em vigor, o Estado brasileiro passou a proteger uma nova forma de relação social, qual seja, a interação pessoal na ordem civil voltada aos preceitos éticos, se alinhando ao ordenamento jurídico Internacional.

Abandonando o ideal romanista privatístico, contratualista e individualista do Código Civil de 1916, o presente Codex, carregado dos ideais da antiga Grécia, remonta toda a estrutura filosófica baseada na universalidade (holos), em que a práxis do Direito (seu estudo e sua aplicação) se dá com a introdução dos princípios da função social, probidade, boa-fé, equidade, na busca da promoção e proteção da dignidade da pessoa humana.

Interessante notar que esta mudança de comportamento social vem sendo discutida desde 1972, quando o Anteprojeto foi elaborado pela Comissão supervisionada pelo douto jurista Miguel Reale, sendo composta pelos ilustres José Carlos Moreira Alves, Agostinho de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Vianna Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro

Trinta anos se passaram do Anteprojeto do Código Civil até a promulgação do presente e o que se pode verificar é a influência deste em tantas outras legislações que surgiram em sequencia, como por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, o legislação ambiental, o Estatuto da Criança e Adolescente, do Idoso.

A própria Constituição Federal de 1988 sofreu influência direta dos preceitos éticos do Código Civil ainda em discussão, embora aqui a terminologia utilizada seja “princípios constitucionais” e, no Código Civil: “cláusulas abertas ou gerais”.

A consagração das Garantias Fundamentais delineadas pela Constituição Federal, na esfera do âmbito civil, se deu com o reconhecimento dos Direitos da Personalidade no Código Civil.

Isto retrata a importância do Código Civil, instrumento confeccionado para orientar a pessoa e direcioná-la no agir ético, posto que é a pessoa, ser de relação, consciente de seus direitos e deveres, o cerne do Direito Civil.

Os Direitos Personalíssimos estão consagrados ao longo dos artigos 11 ao 21 do Código Civil, na parte inicial de sua Parte Geral, demonstrando o objetivo do Direito Privado em legitimar as potências do ser humano como direito, não se limitando mais, como no Códex de 1916, a proteger e amparar o aspecto

patrimonial.

O ordenamento jurídico civilista traz o ser humano à luz nas relações jurídicas e destaca-o como início, meio e fim para qual a Ciência do Direito opera.

Para tanto, o Estado afirma categoricamente que os Direitos Personalíssimos são intransmissíveis ou irrenunciáveis e que seu exercício não pode sofrer limitação voluntária, salvo nos casos específicos em que o próprio Estado assim prever.

Trata-se da interferência do Estado enquanto instrumento regulador e promotor da dignidade humana.

O Código Civil sacramenta como Direitos Personalíssimos a vida, a saúde (integridade física e psicológica), a honra (moral), o nome e a liberdade (autonomia).

Vale destacar que para a concepção de tais direitos não existe hierarquia, existindo num contexto complexo e dinâmico, sendo observados e aplicados quando da análise do caso concreto.

Dentre os Direitos Personalíssimos descritos pela legislação, um deles se sobrepõe aos demais, tendo em vista o caráter inter-multi-transdisciplinariedade da temática, qual seja, a Doação de Órgãos *Post mortem*.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2003, ficou devidamente registrada, em seu artigo 14, no Capítulo do Direito da Personalidade, a preocupação do Estado com a questão da doação de órgãos *post mortem*, seja por fim científico ou altruístico.

A doação de órgãos *post mortem* importa em questões complexas a serem analisadas, como a questão filosófica da ética, principalmente por ser o único instituto do Direito Civil que trata sobre o altruísmo; conseqüentemente a questão da doação sob a ótica da Bioética/Biodireito, contrapondo o seu aspecto principiológico; também, no meio jurídico/social, dentre eles o momento do término da existência da pessoa, com a decretação do óbito pela equipe médica, em razão da ausência irreversível das funções do encéfalo como um todo, denominada morte encefálica.

Falha é o posicionamento da doutrina majoritária seguidora da corrente moderna do direito germânico no que diz respeito à natureza jurídica contratual, das características, dos elementos constitutivos, e dos efeitos da doação, pois deixa de analisar a peculiaridade do instituto da doação de órgãos *post mortem*.

O fim altruístico e científico que eleva a doação ao patamar do comportamento ético almejado pelo ser de relação, distigüe-o dos demais contratos tipificados no Código Civil.

Outro ponto crítico sobre a doação de órgãos *post mortem*, e problemática da discussão do presente trabalho, é a validade da declaração feita pelo doador, em vida, contrariando o desejo dos herdeiros necessários. Teríamos aqui um conflito de normas para a doação *post mortem*, no que diz respeito à declaração de vontade?

Por esta razão, tal trabalho caminhará de modo a tentar orientar na resposta dessas questões, servindo-se, para tanto, dos estudos em Direitos Humanos e Bioética/Biodireito.

A preocupação com a Bioética/Biodireito se dá em razão da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, documento reconhecido internacionalmente que tem como objetivo orientar a construção normativa a respeito da vida, da saúde, da autonomia da vontade, das limitações quando da intervenção tecnológica pelas áreas da saúde, pelo Estado-Membro.

A Conferência Geral da UNESCO recebeu a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos em outubro de 2005, dando o primeiro passo para a aplicação Transnacional (como denominou a declaração) dos princípios da Bioética, reconhecendo a interligação existente entre ética e Direitos Humanos.

Fundando-se nas Declarações Universais de Direitos Humanos (ONU) e nas Declarações da UNESCO que se referem ao Projeto Genoma, respeitando os diversos Tratados e os Instrumentos internacionais do campo da Bioética (por exemplo, a Declaração de Helsinque) a presente Declaração consolida os princípios da Bioética.

Por se tratar de um assunto polêmico e de suma importância para a consagração da vida, a doação de órgãos *post mortem* deve ser compreendida pelo jurista no seu todo, de modo a conhecer sua natureza jurídica, seus elementos, suas características, seu conceito, suas formas.

Contudo, a legislação pátria que aborda a temática da doação de órgãos *post mortem* sugere a existência de um conflito no que tange ao ato de dispor de órgãos, tecidos ou partes para depois da morte.

Este conflito surge entre a Lei nº 9434/1997 que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e parte do corpo humano para fins de transplante e tratamento, em seu artigo 4º, alterado em 23 de março de 2001 pela Lei nº 10211, impondo para a retirada de órgãos, tecidos e partes do corpo do de cujus, a autorização do cônjuge ou parente, capaz, respeitada a linha sucessória, firmada em documento escrito com a assinatura de duas testemunhas, que legitima a família o ato de doar.

Com Código Civil de 2002, referente ao Direito Personalíssimo, o artigo 14 afirma que tal ato é próprio do doador, declarada sua vontade em vida para valer depois da morte, com fins científicos ou altruísticos

Atualmente, de acordo com a Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos, entre tantas variantes no processo de doação de órgãos *pós mortem*, um deles é a preocupação com a abordagem do médico junto à família para a obtenção do consentimento da doação.

A realidade social e médica dos transplantes no Brasil permite uma ampla análise e reflexão sobre doadores, receptores e quanto à definição do diagnóstico do evento morte, tendo em vista a indispensabilidade deste como garantidor dos direitos do doador.

Justifica-se a realização do presente trabalho na Ciência do Direito, uma vez que a doação *post mortem* deve ser estudada como um fato jurídico de natureza híbrida, se encaixando nos preceitos do negócio jurídico/ato jurídico e, em especial, no que diz respeito ao contrato de doação e a declaração unilateral de vontade ou até como disposição testamentária, principalmente para propiciar melhor compreensão sobre a declaração da vontade quando da doação de órgãos *post mortem*.

Assim, com a declaração de vontade manifestada em vida pela pessoa, o ordenamento jurídico permitiria uma nova forma de comportamento social a ser regulada, qual seja, o testamento biológico.

O presente trabalho tem como objetivo geral identificar as diferentes interpretações que são possíveis extrair das normas que tratam da doação de órgãos *post mortem*, tanto aquela da esfera pública quanto da privada, considerando o princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana e autonomia da vontade do direito da personalidade, respectivamente, fundamento dos Direitos Humanos e da Bioética/Biodireito.

Este trabalho também serve como instrumento de orientação tanto para o profissional do direito, quanto para o da área da saúde, no sentido de transmitir o aspecto jurídico que envolve tal conduta do doador/familiares, bem como a análise conceitual de doação, morte, altruísmo, princípios da bioética, órgãos do corpo humano, enfim, um estudo no campo da Bioética/Biodireito.

Especificamente, o trabalho abordará conceitualmente Ética, Direitos Humanos, Bioética, Direitos da Personalidade, Doação de Órgãos. Antinomia e

Mecanismos de Colmatação, com a finalidade de investigar se há lacunas existentes entre a esfera pública e privada do indivíduo na doação de órgãos *post mortem*, contrapondo o princípio fundamental dignidade humana e a autonomia da vontade do direito da personalidade.

Por se tratar tão somente de um trabalho de análise bibliográfica, a metodologia a ser empregada no desenvolvimento desse trabalho se fará através do estudo hermenêutico, de modo que compreenderemos o instituto doação de órgãos *post mortem* por meio da dialética práxis entre a legislação vigente e o posicionamento dos doutrinadores.

Em razão disto, faremos uma ampliação da revisão bibliográfica, além dos textos apresentados.

A coleta dos dados necessários para a pesquisa se fará por um trabalho de análise bibliográfica, da qual se fará necessário pesquisas em lei específica sobre a matéria, Códigos, sobre a Declaração Universal da Bioética e de Direitos Humanos, Resoluções do Conselho Federal de Medicina específicas sobre a temática, artigos em revistas especializadas, monografias, para obtermos um aprofundamento dos institutos da Bioética/Biodireito que compreendam a Doação de Órgãos *Post mortem*, principalmente no que se refere a declaração de vontade.

Para o desenvolvimento do presente trabalho, trata primeiramente da análise sobre a ciência que fundamenta a Bioética, qual seja, a Ética.

A compreensão da presente temática partirá inicialmente da diferenciação do estudo e objeto da Ética Clássica e da Ética atual; seguida da contraposição da Ética pública em relação da Ética privada, com o intuito de questionar se a família é um loci público ou privado em relação à doação de órgãos pós morte em relação ao indivíduo e qual declaração de vontade deve prevalecer, no âmbito familiar, partindo dos estudos de Aristóteles, apontando na atualidade o tema pela ótica de Marilena Chauí, Peter Singer, Carlos Eduardo Bittar e outros.

Fundamentando a discussão, será construído o conceito de dignidade humana, ao passo que localizará tal princípio basilar dentro dos Direitos Fundamentais da pessoa, utilizando-se dos conceitos de Ingo Sarlet, Hannah Arendt, e outros.

Em seguida faz-se a identificação da Bioética, uma vez que a doação de órgãos *post mortem* é um instituto que tramita dentro de seus estudos, apresentando para tanto sua evolução histórica e conceito. Para tanto, será necessário apresentar

os princípios que norteiam a Bioética, quais sejam, da Beneficência, Não Maleficência, Autonomia e Justiça, utilizando-se dos estudos de Van Potter, Joaquim Clotet, Léo Pessini e outros.

Sendo assim, alinharemos os estudos da Bioética com o dos Direitos Humanos, cristalizando a atuação dos Organismos Internacionais (ONU e UNESCO) através de seus Tratados, para direcionar a proteção/promoção da pessoa no âmbito internacional, utilizando da Declaração Universal da Bioética e Direitos Humanos como instrumento norteador da doação de órgãos *post mortem*.

Num segundo momento, o trabalho apresenta a doação de órgãos *post mortem* e suas implicações, buscando a natureza jurídica de tal instituto. Por isso, se analisará a Doação como um negócio jurídico, discriminando suas características como um contrato típico do Código Civil brasileiro e seus efeitos no mundo jurídico. Também se fará um estudo comparativo entre ato inter vivo e causa mortis.

Para melhor esclarecer a temática do presente trabalho analisa-se a legislação pátria que trata especificamente do assunto, fundamentando sua natureza jurídica, de modo a demonstrar que a doação de órgãos *post mortem* não se enquadra nos requisitos doutrinários necessários para caracterização do contrato de doação, faltando-lhe o elemento subjetivo, objetivo, a natureza contratual e a aceitação desta, tendo em comum apenas o ato de liberalidade, de disposição gratuita.

Ainda sobre a análise da legislação que envolve a temática, apresenta-se a evolução histórica da lei 9434/1997 que regula a doação de órgãos *post mortem*, para que melhor se compreenda os motivos da necessidade da declaração a ser feita pela família.

Em razão da análise da presente lei, o trabalho apresenta a morte como evento jurídico, discorrendo sobre suas generalidades, o direito de morrer e o papel desenvolvido pela medicina.

Por isso, destacaremos a morte real e a morte ficta do Código Civil brasileiro. Também se faz uma análise histórica sobre a consideração do instante morte e sua decretação jurídica, até os dias atuais sobre morte encefálica e suas condições para a devida comprovação. Assim, será analisada a Resolução 1480/1997 do Conselho Federal de Medicina brasileiro.

Em seguida, o presente trabalho foca seus estudos sobre a declaração de vontade, apresentando suas modalidades, tanto a presumida, quanto à voluntária.

Esta se dividindo entre a realizada pela família ou pelo indivíduo.

Sendo assim, o trabalho analisa a declaração de vontade prestigiada pelo Código Civil brasileiro uma vez que surge um aparente conflito de normas entre a legislação específica do tema (lei 9434/97) e a lei geral (Código Civil) no tocante aos direitos personalíssimos, quando da declaração de vontade do indivíduo manifestada em vida e de seus familiares, no tocante à doação de órgãos, tecidos e partes do corpo para depois da morte.

Para estes levantamentos, analisa os estudos dos civilistas clássicos, como Pontes de Miranda, Orlando Gomes, Washington de Barros Monteiro; da atualidade Carlos Roberto Gonçalves, Pablo Stolze e outros.

Também se analisa os estudos de Regina Parizi, José Henrique Pierangeli, Valter Pereira, e outros.

Num terceiro momento, o presente trabalho analisa o aparente conflito de normas, buscando conceituar antinomia, utilizando-se da doutrina especializada para a sua construção.

A doação de órgãos *post mortem* enquadra nos Direitos da Personalidade, no âmbito civil, reverenciando o Código Civil, instrumento jurídico decodificador do comportamento ético, apresentando as características de irrenunciabilidade e intransmissibilidade dos mesmos, quando da verificação do conflito de normas, já que o ato de doar irradia do indivíduo.

Para tanto apresenta-se as formas de antinomias e as possíveis soluções de soluções de conflitos normativos, dando destaque aos critérios dispostos pelos doutrinadores, com base nos princípios da Bioética e das regras da Hermenêutica.

Este estudo se dá com as doutrinas de Paulo Nader, Ferraz Jr., Maria Helena Diniz, Norberto Bobbio e outros.

Assim, depois de colhidos todos os dados necessários e feita a organização dos mesmos, conclui o trabalho de forma a esclarecer um pouco mais sobre a doação de órgãos *post mortem*, sob os preceitos da Ética, Bioética/Biodireito, Direitos Humanos, Direitos da Personalidade, tendo como pilar central a Dignidade da Pessoa Humana.

CAPITULO I

ÉTICA E BIOÉTICA

1.1 A ÉTICA CLÁSSICA E A ATUAL

O cerne da doação de órgãos *post mortem* é a preocupação do indivíduo com a humanidade, tanto para salvar a vida do receptor, quanto para com as pesquisas que buscam a cura de doenças. O outrem, nesta modalidade de doação, é o personagem principal do exercício de tal direito personalíssimo, que tem raízes no altruísmo e na fraternidade.

Na efetivação de citado direito, por tratar-se de temática transversal, duas áreas da Ciência se encontram, Biológicas e Humanas, proporcionando entre elas, um diálogo crítico, capaz de contrapor as normas do ordenamento jurídico com o regramento ético do exercício da medicina, resultando em questionamentos que fundam a área da Bioética/Biodireito.

Tem-se de forma ampla e costumeira que a Bioética ou Ética da Vida é o estudo da ética prática e de suas aplicações e implicações nas áreas biológicas (envolvendo também o meio ambiente).

A Bioética encontra seu fundamento, sua razão de ser na Ética, conceito experimentado principalmente pelos estudiosos da filosofia, em vários períodos históricos.

A temática ética é sempre atual. Seus questionamentos trazem consigo uma profunda reflexão do ente humano como sujeito das mais diversas relações sejam elas, sociais, familiares, políticas, econômicas ou estatais.

Estes questionamentos permeiam a vida do ser humano há muitos séculos, tanto pela qualidade racional do ser humano, quanto pela sua necessidade intrínseca de conviver em sociedade.

Ética é, portanto, assunto moderno, instigante, polêmico, dialogado, ainda mais a partir da metade do século XX com cenários atuais construídos pelo ator humano, quais sejam, guerras, invasões militares, atentados terroristas, despotismos, crimes humanitários e ambientais, imposição da democracia, crises econômicas, crises institucionais, corrupção, a banalização do ser humano em prol do desenvolvimento técnico-científico, do efêmero.

A tragédia humana é palco certo para a investigação axiológica do ser humano, enquanto ser de relação, e neste contexto que Loraux (2007, p. 25) denomina humano como “o sentimento embora confuso em cada um de que se é irrevogavelmente tocado por outrem”.

Inerente à característica de humano, tem-se a necessidade de convivência, de relacionar-se, e a estas, a de fazê-lo com benefícios, sem causar prejuízos ou danos a outrem, de maneira justa e equitativa.

O agir ético carrega em si a necessidade de introspecção, de auto-avaliação, e foi o teatro da Grécia clássica capaz de reproduzir em seus espectadores o voltar-se para si, enquanto humano, provocado pela prática da “Katharsis” necessária para questionar o homem e o humano, segundo (Loraux, 2007, p. 39):

(...) e a tragédia libera por certo no espectador paixões as quais o cidadão digno desse nome não poderia abandonar-se; mas ela os libera, por assim dizer, sob controle, autorizando qualquer um a imergir no ser humano apenas no instante limitado de um parêntese institucional: foi assim e tão somente assim que os atenienses puderam nas Dionísias de 472 a.C., comover-se com a miséria dos persas.

Foi assim também, a título de exemplo, com a Antígona de Sófocles, que nos permite extrair de seu contexto os Direitos dos Homens em relação aos Direitos Humanos e Garantias Fundamentais e os Direitos Personalíssimos.

A construção da sociedade (pólis), do bem, do belo, do justo, perpassa o desenvolvimento humano; é neste contexto que Aristóteles introduz seus estudos de ética e sua finalidade:

O homem é um ser feito para a Convivência Social (é um ser Político no sentido grego da palavra, que aqui não representa homem de Estado, mas sim o homem de vida pública). O sumo bem não se realiza, portanto, na vida individual humana, porém no organismo superindividual do Estado: a ética vai culminar na Política. (1996, p.14)

Segundo o mesmo pensador é importante observar que a Ética se realiza com a conduta virtuosa do ser em relação ao outrem tendo como objetivo a prática do bem que se encerra no ideal de belo e justo, com a finalidade da felicidade (bem supremo).

Fazendo-se um paralelo com a noção de belo, bem, justo e felicidade, em

cada tempo e em cada região, confronto conceitual entre o indivíduo na relação com o outrem, tem-se nos dias de hoje a Ética com um sentido diferente para cada ser, por se tratar de um questionamento dependente da concepção de cada um, de uma ideologia baseada em forças dominantes, o que resultariam em um ética convencional:

Neste sentido Novaes (2007, p.9):

Hoje a felicidade não é pensada mais nos termos da moral antiga, mas em termos de eficácia técnica, de consenso. Mais ainda, ela depende cada vez mais da roda da Fortuna, das forças externas que controlam e dominam, o que por si só demonstram que... há uma verdadeira ruptura. É como se houvesse um lento enfraquecimento da noção de ética e das conquistas do espírito com o avanço da técnica. Ou melhor, a moral passa a ter um importância quase convencional.

Mas a ética clássica aristotélica (1996) parte da premissa de que o humano é dotado de uma consciência do dever – inerente a sua natureza (ethos) e que ao praticar seu ato, age em conformidade com a reta-razão.

Descobre-se com o estudo da Ética, que o humano é preenchido pela natureza das coisas, ou nas palavras de Aristóteles, pela sua reta-razão, e sendo esta observada na prática virtuosa.

Deve-se compreender de virtude um sinônimo de ético, de acordo com (Chaui, 2007, p. 491):

O homem é, por sua natureza, um ser racional e que, portanto, a virtude ou comportamento ético é aquele na qual a razão comanda as paixões, dando normas e regras à vontade para que esta possa deliberar corretamente.

Os ensinamentos de Aristóteles sobre a prática virtuosa enquanto ser de relação exige que esta seja moderada, razoável, adequada, proporcional, de modo que temos que nos afastar dos excessos (imprudência, negligência) para encontrarmos a justa medida:

Chamo meio das coisas o igualmente distante de um e outro extremo, o qual é um só e o mesmo em todas; chamo meio com respeito a nós aquilo que nem sobeja, nem faz falta. (Aristóteles, 1996, p. 60)

Por fim, Aristóteles conceitua a virtude sendo que esta:

Versa os afetos e ações, nos quais o excesso é erro e a falta é censurada, porém, o meio neles se enquadra com justeza, e é louvado: e ambas estas duas condições são próprias da virtude. (2004, p. 27)

Segundo Loraux (2007) as virtudes, tal qual os vícios da natureza humana do ser (ethos), estão necessariamente em poder do homem, do mesmo modo que o fazer o bem e o fazer o mal. Contudo, o que peneira a natureza do homem e o dignifica para humano é a consciência ser, pautada na reta-razão. É ela que, fundada nos princípios universais de fazer o bem; evitar o mal; dar ao próximo o que de direito; respeitá-lo em sua autonomia, diferencia o homem mortal (brotos) do homem (antrópos) em sua humanidade de ser social.

Essa consciência do ser é diferente do dever ser, estas categorias pertencem a planos distintos. O ser está ligado com a essência, o íntimo, o intrínseco do homem, aquilo que confere características/habilidades particulares a cada indivíduo, o que é real.

Já o dever ser está no plano ideal que distancia da realidade, mas que está identificado com ela, ou seja, é o agir de acordo com as leis da Ética, aquilo que deve ser almejado alcançar, um ideal.

Um exemplo desta distinção do plano ideal com o plano real é o direito social à saúde, como um dos direitos da seguridade social, previsto na Constituição Federal brasileira, prevendo o acesso de modo universal e igualitário aos serviços da saúde, atendendo os reclamos da sociedade.

Contudo, infelizmente, a realidade atual não é esta, como amplamente divulgado pela mídia brasileira sobre o descaso com a população que busca o serviço público de saúde, limitando-se tal explanação àqueles que acessam tal serviço no âmbito privado, não existindo por completo e profundo o “universal e igualitário” da Saúde Pública.

O Estado, através de suas ações, tem o escopo de alcançar os direitos que o constitui, servindo tão somente como um instrumento mediador entre o plano real e o ideal. Este é papel e o objetivo do Estado Democrático de Direito.

Contudo esta lacuna existente entre o ser e o dever ser no âmbito individual é uma preocupação ética, uma vez que cabe a ela libertar a pessoa, de modo a aproximar tais mundos, acalentando ou inquietando ainda mais o ser humano em

suas questões filosóficas, mas com o intuito de aproximar o plano ideal (deve ser) do real (ser).

Na visão de Almeida (2006) as leis que regem o comportamento dos homens, sejam elas éticas ou jurídicas, são melhores dos que nossos homens e mulheres. Portanto, o plano do dever ser e do ser identificam-se, entrecruzam-se, mas não habitam o mesmo mundo.

Impressiona que tais estudos sobre a razoabilidade, ponderação, adequação, são sempre aventados, atualizados e estão hodiernamente em voga não só com a temática transversal da Bioética/Biodireito, mas em todo ordenamento jurídico pátrio que se consolida com o fundamento no princípio da dignidade humana, como no Código Civil brasileiro e, em especial, nos Direitos da Personalidade.

As questões éticas são precursoras das relações humanas e não humanas (animais, por exemplo), com finalidade de se obter o bem comum, e não o benefício individual, egoístico, mas coletivo e universal, não podendo com isso serem afastadas da atividade legislativa, sob pena de na aplicação das leis obter resultados insatisfatórios na visão ética, a exemplo do ocorrido no Estado Totalitário na Alemanha sob o comando do Partido Nazista.

Neste sentido Paul Singer (1998,18), filósofo da atualidade:

Para serem eticamente defensáveis, é preciso demonstrar que os atos com base no interesse pessoal são compatíveis com princípios éticos de bases mais amplas, pois a noção de ética traz consigo a idéia de alguma coisa maior que o individual. Se vou defender minha conduta em bases éticas, não posso apenas buscar os benefícios que ela me traz. Devo reportar-me a um público maior.

Este comando ético acompanha a humanidade desde os tempos primórdios haja vista os ideais aristotélicos para tornar-se virtuoso, bem como os imperativos de Immanuel Kant (1979), dentre eles o categórico que ensina que o agir deve se concretizar no tempo e espaço indeterminado, por uma legislação universal. (1979)

Retomando a discussão para a ética atual, Chauí (2007) indica que há dois possíveis caminhos, quais sejam o clássico em que se verifica as exclusões das paixões e a construção dos valores morais no âmbito econômico, social e político; e o empírico, tratado por Kant (1979), o qual baseia-se em causalidades particulares como conjunto de máximas originadas do imperativo categórico de liberdade, em que sua forma pura moralizaria os atos no âmbito do dever. Tal caminho romperia

com a ética material de valores.

A dificuldade conceitual da ética encontra seu primeiro obstáculo quando discutida se é ciência ou filosofia.

Bittar (2007) sinaliza que transformá-la em ciência seria restringir as discussões que a transpassam, em razão da transversalidade epistemológica ou ontológica da mesma. Porém, segue o autor “se é parte da filosofia, então, necessariamente, liga-se a filosofia prática, ou seja, aquilo que tem por principal foco de estudos a ação humana”. (p.21)

Dessa forma, verifica-se pelos pontos levantados o entendimento da doutrina sobre a conceituação da Ética. Porém, outros são os questionamentos da ética, principalmente sobre a sua abordagem no âmbito público ou privado, que analisará na sequência.

1.2 A ÉTICA PÚBLICA E A ÉTICA PRIVADA.

O estudo da ética atual levanta um questionamento além de salutar, instigante. A análise da conduta humana dentro da esfera pública e do privado, uma visão macropolítica, no que tange a pessoas e seus movimentos sociais, as classes sociais e ao próprio homem.

Constrói-se Ética sem se importar com identidade, posto que esta se dá com a análise das diferenças do “outro”, das minorias, por exemplo, negros, índios, GLBTT, mulheres, crianças, idosos, consumidores, religiosos, pacientes, etc.

Fala-se em descentração. Toma-se a democracia a partir de pluralidade de ações e práticas sócio-políticas e não pelas instituições onde ela se realizaria. Neste sentido (Chauí, 2007, p.490):

Declara-se o fim da separação moderna entre o público e o privado, em benefício do segundo termo contra o primeiro, fazendo-se o elogio da intimidade e criticando-se os pequenos poderes na família, nas escolas e nas organizações burocráticas,... Prevalece a sensação do efêmero, do acidental, do volátil, num mundo onde ‘tudo que é sólido derrete no ar’.

Já Arthur Gianotti (2007, p.343) expõe claramente este conflito entre o público e o privado quando menciona o “cabo de guerra” que se trava entre os dois pólos na tentativa de um suprir o outro. A opinião pública em face da intimidade e o

juízo censurável que se dá nesta ou naquela ação da pessoa.

Esta contraposição de *locis* (pública e privada) ultrapassa o mundo filosófico e adentra as discussões jurídicas, principalmente quando se trabalha o Biodireito e a Bioética, que tem fundamento legal na CF/88, e no âmbito privado disposto no Código Civil brasileiro, de modo direto e subsidiário.

A título de exemplo, impera tal discussão da ética pública e privada nas temáticas veiculadas no presente trabalho, doação de órgãos *post mortem*; a supressão da declaração de vontade do indivíduo pela da família, respectivamente na Lei 9434/97 e no Código Civil, mas precisamente nos direitos da personalidade.

Mas seria a família considerada um *loci* público? Estaria o público (Estado) criando uma celeuma no âmbito familiar? Dentro da família (privado) alguma declaração tem que prevalecer? O próprio Códex proíbe tal situação, principalmente do ponto de vista sucessório, em que o Estado prestigia a vontade declarada pessoa em vida, em forma de testamento.

Em contrapartida, a vontade de dispor do seu próprio corpo, dos órgãos e tecidos, seja pela pessoa (*in vita*) ou pelos seus familiares, em nenhum momento encontra barreiras no âmbito público, posto entender o Estado tal conduta como faculdade da pessoa, de conformidade com o artigo 14 do Código Civil brasileiro e o princípio fundamental constitucional da dignidade da pessoa humana.

De acordo com Bittar (2007, p.55):

No momento em que o proceder ético inicia sua investida demolidora sobre outras éticas, então passa-se a desrespeitar a própria ética... a ética que castra, que reduz possibilidades, que impõe forçosamente condutas, que limita as liberdades deixa de ser uma ética. (2007, p.55)

A disposição do próprio corpo para fins de doação de órgãos *post mortem*, hoje na legislação pátria encontra-se, aparentemente, neste conflito: público X privado ou indivíduo X família?

De modo claro Bittar (2007, p.59) faz uma apresentação sobre a ética individualista, em que o indivíduo olha apenas para si, de forma egoísta, buscando em seus desejos um absoluto. Já a ética do consenso consiste no:

Conjunto estável de práticas de conduta que o indivíduo exerce com consciência de sua inserção social, em seus múltiplos papéis e funções, tendo como fim sua realização pessoal, que só se perfecciona na medida

em que da adequação entre meios e fins surgem resultados vantajosos para si, com um mínimo de lesão do outro e com a causação de um máximo de engajamentos e melhorias na vida alheia.

Percebe-se que deste conceito, a doação de órgãos *post mortem* se encaixa perfeitamente na perspectiva do que chamamos anteriormente (na visão aristotélica) de bem, belo e justo.

Contudo quando se analisa a ética do consenso, sob o prisma da declaração familiar para a disposição de órgãos, o mesmo pode não acontecer, caso esta família manifestar-se contrariamente à declaração do indivíduo.

Mas se privilegiarmos a vontade do indivíduo em detrimento da vontade da família, teríamos a aplicação de uma ética contra a do consenso, a individualista? E se a contrariedade familiar for para a autorização da doação sem consentimento do indivíduo em vida, teríamos a adequação do conceito ética do consenso? Ou o desprivilegio da ética individualista?

Temos por conceito para a ética individualista segundo Bittar (2007, p. 58) “o conjunto de condutas que o indivíduo exerce apenas com consciência de si, que tem como finalidade apenas a auto-realização pessoal, não se importando com os meios e muito menos com as consequências para o alcance desta”. Satisfaz apenas a intrasubjetividade, portanto, incapaz de cumprir as condições exigidas pela intersubjetividade proposta pela ética do consenso.

A Ética individualista pelos conceitos éticos acima descritos, nem deveria figurar como um representante desta categoria, já que não cumpre papel principal, no tocante a coletividade, mas sim individual e egoísta.

Sendo assim não se deve identificar condutas de tal Ética nas formas de relacionamento humano, sejam eles, familiares, profissionais, sociais, políticos, e menos ainda nas legislações pátrias ou internacionais.

Os filósofos da Ética, sejam eles clássicos ou modernos, compartilham deste mesmo pensamento, uma vez que os imperativos categóricos criados por Kant, em especial o da liberdade acima reproduzido, transcendem o individualismo, como bem leciona Singer que preleciona:

Para serem eticamente defensáveis, é preciso demonstrar que os atos com base no interesse pessoal são compatíveis com os princípios éticos de bases mais amplas, pois a noção de ética traz consigo a idéia de uma coisa maior que o individual. Se eu vou defender minha conduta em bases éticas,

não posso mostrar apenas os benefícios que ela me traz. Devo reportar-me a um público maior. (1998, p. 19)

As legislações, necessariamente em países democráticos, para cumprir seu papel ético e indispensável pela sua essência, devem ainda, no seu embrião constitutivo, fundamentar-se na dignidade humana, e fazer com que os direitos individuais, sociais, coletivos e difusos, dialoguem entre si, de modo a encontrarem o equilíbrio razoável quando da sua aplicação ao caso concreto.

É esse o contexto necessário para encontrar a equidade na solução dos questionamentos acima elencados, referente ao cumprimento da declaração de vontade do doador ou autorização de sua família quando da remoção e doação de órgãos *post mortem*, utilizando da abordagem sobre dignidade da pessoa humana que será abordada no tópico seguinte.

1.3 DA DIGNIDADE HUMANA

1.3.1 Conceito de Dignidade Humana

A vida humana é um bem supremo!

A proteção da vida humana e seus decorrentes valores têm como fundamento maior o princípio da dignidade humana.

Ao longo da história podemos observar que a promoção da dignidade inicia-se em um contexto filosófico ético, destacando a pessoa como um ser de relação, consciente de seus deveres.

A consciência dos deveres se dá, segundo a ética aristotélica, pela prática constante da virtude, somente assim nos tornamos virtuosos. Da mesma forma nos tornamos justos pela prática constante da justiça.

Neste contexto Aristóteles (2004) nos ensina que a pessoa é um ser de relação, preenchido de vícios e virtudes, e que tal relação se concretiza com a exteriorização axiológica, de modo que, ao se relacionar, se expressado virtudes, tem-se uma relação virtuosa, caso contrário, uma relação viciada.

Vícios, para Aristóteles (2004), são as paixões que tornam a pessoa dependente e limitada no seu agir, corrompendo as relações pessoais; Virtudes são os valores que consolidam as relações pessoais, visando, de maneira ampla e

profunda, o bem, o justo, de modo a estabelecer a equidade para os sujeitos, pois ao agirmos devemos nos colocar no lugar do próximo.

Vale lembrar que no sentido etimológico, ética origina-se do grego *ethos*, que traduz a idéia do “ser” de relação consciente de seus deveres.

O foco dos estudos aristotélicos são as relações sociais, sendo o sujeito elemento primário para a sua concretização.

O mundo científico ocidental adota como ponto de partida de suas pesquisas os ensinamentos filosóficos da Grécia Antiga, sendo exemplos de suas referências Sócrates, Platão e Aristóteles.

Contudo, os ensinamentos sobre as relações pessoais e a construção do ser virtuoso podem ser observados em outras culturas, como por exemplo, nos egípcios, nos sumérios, e outros.

Em outras civilizações podemos observar que o respeito ao próximo é base da organização social justa e equânime, como por exemplo na China com Lao-Tsé e Confúcio; na Índia com Buda; com Moisés no Egito antigo. Pessoas que em seus tempos foram e são consideradas Profetas, pois lideravam a libertação dos seguidores das amarras do Poder¹ com a ideologia do respeito ao próximo.

Em meio à tantas ideologias de libertação do ser em relação ao Poder uma se destacou para o mundo ocidental, tendo em vista a sua propagação por meio de parábolas e a facilidade do ouvinte em vivenciá-las, identificando-as como experiências próprias, que é o cristianismo. Em todas suas mensagens o espírito de respeito ao próximo tem verdadeiro destaque:

Mateus 22: 32-38 - E os fariseus, ouvindo que ele fizera emudecer os saduceus, reuniram-se no mesmo lugar. E um deles, doutor da lei, interrogou-o para o experimentar, dizendo: Mestre, qual é o grande mandamento na lei? E Jesus disse-lhe: Amarás o Senhor teu Deus de todo o teu coração, e de toda a tua alma, e de todo o teu pensamento. Este é o primeiro e grande mandamento. E o segundo, semelhante a este, é: Amarás o teu próximo como a ti mesmo

As palavras de Jesus Cristo elevaram as relações pessoais para um estágio metafísico, tendo em vista que em seus ensinamentos de comportamento ético, ele

¹ In De Plácido e Silva. **PODER**. Derivado do verbo latino *posse* (poder, ter poder, ser capaz), é a expressão usada na terminologia jurídica nas mesmas condições em que se usa na linguagem corrente: isto é, como verbo e como substantivo. Poder. Como verbo, é tomado no sentido de ser autorizado, ser permitido, dar autoridade, facultar, ter autoridade.

mencionou o amor ágape e o perdão como meio de consolidação e sustentação da relação ética.

Dessa forma, o cristianismo reunia as pessoas em um vínculo fraterno, denominando-os como “irmãos”, posto a existência de um único Pai e Criador. Ao mesmo passo que nos assemelhou ao Criador, que nos moldou com o barro da vida. Interessante tal figura de linguagem, posto que dela pode-se extrair a noção de dignidade humana.

A palavra barro origina-se do latim húmus, o qual forma o radical da palavra homem/humano, dotando o Ser Humano de uma formação bio-psico-espiritual que o liga à Deus.

Como ressalva à questão espiritual para complementação da dignidade humana, basta ver as legislações modernas (Estatuto da Criança e Adolescente e Estatuto do Idoso em seus artigos 3ª e 2ª, respectivamente) que prescrevem o “desenvolvimento espiritual”.

Também a palavra dignidade provém da formação do homem/humano, uma vez que o barro sagrado fora preenchido pelo sopro ou chama divina, que em latim tem-se a expressão ignis Dei, ou Dei ignis (chama divina).

Dessa forma, o respeito à chama divina que preenche o barro sagrado que forma a pessoa, tem sua construção firmado na existência de um Ser que reúne todos na fraternidade, posto que Sua essência preenche a todos, em absoluto e necessariamente.

Quando levamos tal discussão para o ordenamento jurídico, temos a construção dos Poderes do Estado Democrático, em especial àqueles que originaram ou foram modificados após as guerras mundiais, fundamentado na proteção/promoção da dignidade da pessoa humana.

A humanidade através de seus estudiosos cientistas anseia e busca conceitos e respaldo para a tutela da dignidade humana há muito tempo, em mais recentes, no século XVIII, temos o expoente fundador da filosofia crítica o alemão Immanuel Kant, que em sua obra Fundamentos da metafísica dos costumes, em um dos imperativos descritos, o prático, leciona: “Age somente, segundo uma máxima tal, que possas querer ao mesmo tempo que se torne lei universal” (1979, p. 70).

A proteção da dignidade da pessoa humana fundamenta-se nos princípios éticos aristotélicos que também orienta a Ciência Bioética na sua construção.

Princípios éticos possuem como característica fundamental a sua aplicação

em qualquer tempo e espaço geográfico, tendo em vista sua característica universal.

Segundo Almeida “são princípios éticos universais a beneficência, a não-maleficência, a autonomia e a justiça”. (2006; p. 52) Todos eles, mesmo sendo absolutos, quando da sua aplicação possuem a característica de relativos, posto que ao se confrontarem, dever-se-á atingir a equidade.

Tal ideologia ética-cristã, ao longo da história, influenciou todos aqueles que se rebelaram contra o Poder dominante.

Esta discussão se consagra com o Pós 2ª Guerra Mundial, tendo como fonte a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que dignifica a pessoa humana.

Vale dizer que o aspecto valorativo não é a pessoa enquanto se biológico, natural, mas a dignidade que lhe é conferida. De acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948, “dignidade (...) cuidado com que se evita tudo o que possa enfraquecer o respeito a que se tem direito”.

Sendo assim, dignidade tem por sinônimo consideração, do latim *com siderare*, cujo a tradução poderia ser “estar junto das estrelas”.

A dignidade da pessoa humana é a verificação completa da existência do próximo, não como objeto de estudo, mas o outro como pessoa natural, imbuído da máxima da fraternidade, de acordo com Almeida (2006, p. 52) :“O valor que se elege para proteger e tornar possível o integral exercício da liberdade é a dignidade, pois essa palavra-chave une o direito à liberdade, com direito a respeito”.

Dessa forma, a Declaração Universal De Direitos Humanos preconiza, em seu artigo 1º o que segue: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas à outras com espírito de fraternidade”. Sendo assim, a dignidade humana é o respeito, a liberdade, a consciência do dever junto à outra pessoa da relação é o espírito de fraternidade ou o altruísmo, palavra criada por Augusto Comte para definir, de modo positivista o amor.

Para Sarlet dignidade da pessoa humana é:

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do **Estado e da comunidade**, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover

sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (2002, p. 62).

Dignidade humana, portanto, é um atributo da pessoa humana que deve ser respeitado pelos seus semelhantes e pelo Estado, entendendo tal pessoa como titular de direitos. Ninguém deve, portanto, ter seus direitos desrespeitados e desiguados simplesmente por ser humano, e seus elementos caracterizadores sejam eles, físicos, econômicos, culturais, sociais, morais ou éticos não podem ser a justificativa da violação. Vale ressaltar, o ser humano deve ser respeitado em sua totalidade, pelo simples fato de ser humano.

Essa visão poliédrica de dignidade humana, que enseja direitos e deveres inerentes à pessoa, é o que vivifica os direitos fundamentais, posto que a condição de ser humano é bastante em si mesma e ao mesmo tempo transcendental, enquanto reconhecimento jurídico da dignidade humana na construção do Estado Democrático de Direito.

1.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) eternizou no seu primeiro artigo a dignidade da pessoa humana como bem jurídico a ser tutelado pelos países membros da ONU (Organização das Nações Unidas), independentemente da cultura, religião, política, economia dos povos, *ipsis literis*: “Todas as pessoas nascem **livres** e **iguais** em **dignidade** e **direitos**. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”. (grifo nosso)

Originariamente na Declaração Universal temos os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais estabelecidos num mesmo documento. Direitos estes que contem dois grandes valores inerentes à vida humana, à liberdade e à igualdade.

O conceito de liberdade é delineado de acordo com os direitos civis e políticos e o de igualdade intimamente ligada aos direitos econômicos, sociais e culturais dos povos. A pessoa humana, portanto, sem estes direitos com citados valores incorporados não poderia classificar sua vida como digna.

Mister salientar que, sob a tutela estatal ou internacional protetiva dos direitos fundamentais, temos, como grande fundamento, a dignidade da pessoa humana.

Os países membros da ONU alinharam sua legislação em torno da promoção e proteção da dignidade humana, uma vez que o objetivo principal da Organização Internacional é a harmonia entre os povos e a paz mundial.

Assim, a concepção moderna de Direitos Humanos é enunciada pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Viena de 1993.

Contudo, pela doutrina do direito internacional é notório que a Declaração não exige vinculação jurídica, ou seja, o fato de o país ser signatário da Declaração não exige nenhuma alteração no ordenamento jurídico daquele país, que inclusive pode lecionar contrariamente.

O comprometimento/vinculação vem com a assinatura de tratados que necessariamente é a principal fonte do Direito Internacional Público.

Até a década de 60, as regras para elaborar, concluir, aplicar e interpretar um tratado era as consuetudinárias. Diante da necessidade de criar fontes formais para o Direito Internacional Público, já que há conflitos doutrinários na aplicação das normas internacionais consuetudinárias. Então a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, datada de 26 de maio de 1969, mas com entrada em vigor internacional em 27 de janeiro de 1980, fez por bem elencar em seu artigo segundo o alcance, a hermenêutica e a formalização dos tratados no âmbito internacional, senão vejamos,

Artigo 2:

Expressões Empregadas

1. Para os fins da presente Convenção:

a) "tratado" significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica.

A denominação para tratado segundo Lambert (2006, p. 60) não tem prevalência, já que na prática uma gama de nomes é utilizada como acordo, convenção, protocolo, declaração, pacto, carta, ato, estatuto. O que tem valor axiológico é seu conteúdo mandamental.

No ano de 1966 há a promulgação e ratificação de dois importantes pactos originados da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a saber, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos

Econômicos, sócias e Culturais.

A partir do reconhecimento destes Pactos pelos Estados Membros, os mesmos se vincularam juridicamente, criando, inclusive, instrumentos capazes de forçar o seu cumprimento. Este ato jurídico trouxe reflexos no ordenamento jurídico interno dos Estados Membros, o qual passou a se alinhar em consonância a tais pactos internacionais, desenvolvendo, a partir de então, uma postura legislativa global no que tange aos Direitos Humanos.

O Brasil é um bom exemplo deste alinhamento legislativo, pois mesmo sendo signatário de tais Pactos Internacionais, e estando sob a égide de uma forma de governo ditatorial, durante mais de duas décadas (1964-1988), era premente o clamor da sociedade pela construção democrática, graças à onda de cooperação entre os povos, com busca à segurança e paz mundial, pela transformação e modificação dos alicerces, políticos, econômicos, civis, sociais, culturais vivenciados pelos Estados Membros.

A promulgação da Constituição Federal em 1988 reorganizou a vida dos cidadãos brasileiros em todos os aspectos, bem por isso, é comumente chamada Constituição-Cidadã.

A formação de um Estado Social e Democrático de Direito faz surgir um novo despertar, com a inserção na lei constitucional dos direitos fundamentais, nesse sentido Sarlet:

No que concerne ao processo de elaboração da Constituição de 1988, há que se fazer referência, por sua umbilical vinculação com a formatação do catálogo dos direitos fundamentais na nova ordem constitucional, à circunstância de que esta foi resultado de amplo processo de discussão oportunizado com redemocratização do País após mais de vinte anos de ditadura militar. (2002, p. 63)

No mesmo sentido, Arendt (1989) leciona que os Direitos Humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução.

Há, contudo para Marmelstein (2009, p. 27), para melhor elucidação dos direitos fundamentais, “que se fazer distinção entre os direitos do homem, os direitos humanos e os direitos fundamentais, salientando que estes (direitos) são ligados a dignidade pessoa humana”.

Existindo a possibilidade de hierarquizar tais direitos, temos que os direitos do

homem aqueles ainda não positivados, vinculados a natureza humana. Para Bobbio (1992) os direitos do homem são direitos históricos, nascidos, portanto, em circunstâncias de lutas em defesa de novas liberdades, de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

De acordo com Marmelstein:

Os direitos do homem possuem um conteúdo bastante semelhante ao direito natural. Não seriam propriamente direitos, mas algo que surge antes deles e com fundamento deles. Eles (os direitos do homem) são a matéria-prima dos direitos fundamentais, ou melhor, os direitos fundamentais são os direitos do homem positivados. (2009, p. 26)

Por dedução lógica, o conceito dos Direitos Fundamentais é inerente ao ser humano, reconhecidos e positivados no ordenamento interno de um Estado, geralmente através de regras constitucionais, por se tratar de uma ferramenta de promoção e proteção do ser humano.

A seguinte definição de Marmelstein se faz cumpridora do papel de conceituar direitos fundamentais, da seguinte forma:

Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à idéia de dignidade da pessoa humana e de limitação de poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico. (2008, p. 20)

Leciona internacionalmente no mesmo sentido J.J. Gomes Canotilho e Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, e no âmbito nacional Ingo Wolf Sarlet e Flávia Piovesan.

O termo Direitos Humanos, então, deve ficar reservado para aqueles direitos vinculados e emanados à dignidade da pessoa humana, mas positivados no âmbito internacional.

Portanto, para tal positivação nada melhor que o Pós Segunda Guerra Mundial, cenário ideal para a reconstrução dos direitos humanos a orientar a ordem internacional moderna, sendo que estes (direitos humanos) devem ser entendidos em um único bloco, sem distinção da natureza do direito, inseparáveis, dependentes e relacionados entre si.

Neste sentido Piovesan:

Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais. Consagra-se, deste modo, a visão integral dos direitos humanos. (2012, p. 290)

Os Direitos Fundamentais são diplomas constitucionais, que em razão do seu aspecto material tem base axiológica a dignidade da pessoa humana, portanto, somente pode ser enquadrado nesta categoria aquele que o poder constituinte (leia-se: povo) reconheceu como tal. Neste sentido, a lei nunca deverá criar Direitos Fundamentais, quando muito consagrá-lo ou discipliná-lo.

1.5 BIOÉTICA

1.5.1 Aspecto Histórico e Conceitual

A tragédia humana que envolveu os estudos éticos clássicos da Grécia Antiga remonta o seu palco de grave violação da dignidade humana com a II Guerra Mundial, haja vista o terror que se alastrou de âmbito global, emanando reflexos em todas as relações humanas, sejam elas, interpessoais, econômicas, sociais, culturais, políticas, tecnológicas, científicas e muitas outras.

O Pós II Grande Guerra trouxe consigo grandes questões-problemas que até então o mundo, ou mais precisamente, a Ciência, desconhecia, posto que o avanço tecnológico proporcionasse as maiores atrocidades praticado pelo “bicho-homem”

Mesmo que para o mundo científico tal avanço significou uma melhora nas condições de vida e, por que não dizer, no processo morte, para uma grande parcela da população mundial este também trouxe retrocessos; retratando um distanciamento nas relações humanas de ordem valorativa, cultural, social e meio ambiente. Ademais o cerne da questão é “até onde a Ciência pode avançar?”.

Mas a própria Ciência também tenta sanar tais retrocessos; neste contexto surge o embrião da Bioética como tentativa de reaproximação da avançada tecnologia nas áreas biológicas (incluindo o Meio Ambiente), uma vez que sua aplicação envolve diretamente os seres humanos.

A terminologia Bioética foi utilizada pela primeira vez em 1970 pelo Doutor em Bioquímica e pesquisador na área de Oncologia da Universidade de Wisconsin/EUA,

o professor Van Rensselaer Potter. Na visão de Potter, a bioética, em 1970, era baseado na Ética da Terra do Prof. Aldo Leopold, levando-se em consideração seus questionamentos referentes às questões ambientais e a saúde.

Com o livro “*Bioethics: bridge to the future*” no prelo, sendo publicado em janeiro de 1971, Potter adaptou uma parte do capítulo I deste escrevendo o artigo “*Bioethics, the science of survival*”, tratando do assunto da seguinte maneira:

Nós temos uma grande necessidade de uma ética da terra, uma ética para a vida selvagem, uma ética de populações, uma ética do consumo, uma ética urbana, uma ética internacional, uma ética geriátrica e assim por diante... Todas elas envolvem a bioética, (...)
Esta nova ética pode ser chamada de ética interdisciplinar, definindo interdisciplinaridade de uma maneira especial para incluir tanto a ciência como as humanidades, mas este termo é rejeitado pois não é auto-evidente. (apud GOLDIM, on line, acessado em Nov. 2010).

Esta primeira idéia de bioética, trazida por Potter, tem como fundamento principal o elo entre os campos da saúde, da sociedade, da ecologia, do mercado, da economia, ou seja, atribui um caráter interdisciplinar denominado pelo próprio criador como Bioética Ponte.

Contudo, esta idéia não agradou a todos como bem disse Warren Leich e Leroy Walters do Instituto Kennedy de Ética da Universidade Georgetown/Washington, DC, os quais limitaram o uso da Bioética para a área das Ciências da Saúde.

A conceituação de Reich lecionava que “Bioética é o estudo sistemático da conduta humana na área das ciências da vida e a atenção à saúde, enquanto que esta conduta é examinada a luz dos princípios e valores morais” (apud GOLDIM, on line, acessado em Nov. 2010)

Já David J. Roy diretor do Centro de Bioética da Universidade de Montreal/Canadá, conceituou bioética como:

Estudo interdisciplinar do conjunto das condições exigidas para uma administração responsável da vida humana, ou da pessoa humana, tendo em vista os progressos rápidos e complexos do saber e das tecnologias biomédicas. (apud KIPPER, et al, 1998, p. 78)

Citado doutrinador foi pioneiro ao tratar da bioética levando-se em consideração os avanços da ciência e da tecnologia na área das ciências da saúde.

Contudo, tal o conceito e a fase da Bioética Ponte ficou ultrapassada quando o próprio Potter resolveu por bem conceitua-la novamente, retomando o contexto de interdisciplinaridade entre os conceito de vida, saúde e ecologia, só que agora com um aspecto global, surgindo assim a Bioética Global.

Nas palavras do próprio criador:

Bioética é a combinação da biologia com conhecimentos humanísticos diversos constituindo uma ciência que estabelece um sistema de prioridades médicas e ambientais para a sobrevivência aceitável (apud GOLDIM, on line, acessado em Nov. 2010)

Como estamos já na década de 80, mais precisamente no ano de 1988, Potter recebera críticas a despeito de sua nova conceituação, vindo de Alastair V. Campbel e Silly Benatar que interpretaram o termo global não como abrangente e multidisciplinar conforme a ideia inicial do pioneiro professor, mas como parte de um processo de globalização de cunho econômico-financeiro-social mundial.

Então em 1998, Potter propõe um novo conceito denominado Bioética Profunda assim definido “Bioética como nova ciência ética que combina humildade, responsabilidade e uma competência interdisciplinar, intercultural e que potencializa o senso de humanidade”.

O primeiro a se utilizar deste conceito foi o Peter J. Whitehouse aplicando à bioética o conceito de Ecologia Profunda de Ame Naess de 1973, tal idéia surgiu como forma de obstar a visão dominante frente a utilização dos recursos naturais, este conceito (de ecologia profunda) surgiu da idéia da Ética da Terra, que fizera parte do primeiro conceito de bioética anteriormente citado. (apud GOLDIM, on line, acessado em Nov. 2010).

O conceito hoje aceito pela ciência para a Bioética remonta os primeiros passos, contudo de forma mais ampla, abrangendo características multi-intertransdisciplinar, inclusive pluralista. Tal conceito foi utilizado em 2001, pelo Programa Regional de Bioética vinculado à Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS):

Bioética é o uso criativo do diálogo para formular, articular e, na medida do possível, resolver os dilemas que são propostos pela investigação e pela intervenção sobre a vida, a saúde e o meio ambiente. (apud GOLDIM, on line, acessado em Nov. 2010)

De forma geral, a bioética completa a ética prática - que tem como ocupação o agir correto e o fazer o bem, em oposição a ética teórica, que se ocupa de conhecer, definir e explicitar - e ainda abrange os problemas relacionados com a vida e a saúde, configurando-se com uma ética aplicada.

Demonstrado a evolução do conceito, sem alcançar uma definição concreta, posto que isso significaria limitar o seu alcance, sua abrangência científica, cumpre agora tratar dos princípios que regem essa Ciência para que se possa trabalhar os conceitos específicos do tema central proposto por este trabalho, qual seja, a supressão da autonomia da vontade do doador de órgãos *post mortem* frente a legislação vigente no país.

1.5.2 Princípios da Bioética

De forma coloquial a palavra princípio nos remete ao início, origem de algo, ou seja, a base, o alicerce. Já no sentido filosófico, temos que princípio significa: “proposição que se põe no início de uma dedução, e que não é deduzida de nenhuma outra dentro do sistema considerado, sendo admitido, provisoriamente, como inquestionável” (FERREIRA, 1998, p. 1138).

Em termos jurídicos Canotilho define princípio como:

Exigências de otimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos”, “são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionamentos fáticos e jurídicos. (2003, p. 1163.).

Já para Celso Antônio Bandeira de Melo princípio é definido como:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (1971, p.450 e 451)

Os princípios, portanto, são os pilares, os alicerces em que se pautam o desenvolvimento de toda ciência. E com a bioética não poderia ser diferente, esta desenvolveu seus princípios capazes de fundamentar seu sistema.

Para Kipper e Clotet:

A bioética integraliza ou completa a ética prática – que se ocupa do agir correto ou bem-fazer, por oposição à ética teórica ocupada em conhecer, definir ou explicitar – e abrange os problemas relacionados com a vida e a saúde, configurando-se portanto, como uma ética prática. (1998, p. 37)

A bioética com todo seu caráter transdisciplinar preocupada com o ser humano no cerne de seus questionamentos, leva em consideração, independentemente da condição social, as diversidades axiológicas no tocante a cultura, aos valores morais, ao pluralismo ético; traz a necessidade de criação de uma teoria acessível e prática, capaz de solucionar conflitos éticos de caráter médico, e, portanto, faz desabrochar o princípalismo como o método mais difundido e aceito para desempenhar este papel.

As obras de fundamentais importâncias para o estudo do princípalismo, publicadas entre os anos 1978 e 1979, são o Relatório Belmont (Belmont Report) e a obra “Principles of Biomedical Ethics” de Beauchamp and Childress.

O Relatório Belmont fora organizado por onze profissionais de diversas áreas, que integravam a Comissão Nacional para a Proteção dos Sujeitos Humanos da Pesquisa Biomédica e que balizavam as soluções de conflitos éticos surgidos nas pesquisas com seres humanos e tinha como princípios fundamentais: o princípio do respeito à pessoa; princípio da beneficência e o princípio da justiça.

Já Beauchamp and Childress em sua obra “Principles of Biomedical Ethics” apresenta uma teoria de princípios básicos alicerçada no princípio do respeito à autonomia; princípio da não-maleficência; princípio da beneficência e princípio da justiça.

O princípalismo ou a bioética dos princípios tentam buscar soluções éticas para conflitos concretos a partir de uma perspectiva aceitável de um conjunto de pessoas, partindo de um pluralismo moral. Não importando com a pessoa individualmente, mas visando a coletividade, a sociedade como um todo.

Por se tratar de uma teoria ética prática, para a utilização dos princípios existe uma sistemática, uma padronização e até uma hierarquia, que já sofreu alteração no tempo, necessária para aplicação dos mesmos na busca de soluções em conflitos bioéticos.

Para tanto, os princípios serão tratados individualmente para melhor explicitar a teoria ética prática, bem como a evolução da bioética de princípios para a bioética

interventiva desenvolvida pela comunidade científica.

Agrupando-se os princípios descritos nos documentos que pioneiramente relataram estes para o mundo científico, quais sejam, o Relatório Belmont e a obra de Beauchamp e Childress, “Principles of Biomedical Ethics” temos originalmente quatro princípios: do respeito às pessoas (princípio do respeito à autonomia); da beneficência; da não-maleficência e o da justiça.

Ressalte-se que a bioética de princípios ainda é sinalizadora de todo o sistema ético da solução de conflitos.

1.5.2.1 Princípio do respeito às pessoas (princípio do respeito à autonomia)

Esse princípio talvez nem precisasse sê-lo um deles, levando em consideração o conceito de bioética proposto pelo pioneiro neste assunto, Potter, e já citado anteriormente, qual seja,

Bioética é a combinação da biologia com conhecimentos humanísticos diversos constituindo uma ciência que estabelece um sistema de prioridades médicas e ambientais para a sobrevivência aceitável (apud GOLDIM, on line, acessado em Nov. 2010)

A diversidade cultural, os costumes, as tradições, as religiões dos povos trazem consigo a necessidade de criação de um conjunto de regras que melhorem a convivência humana e que uniformizem o tratamento da saúde como um todo.

Mister salientar que, citado conjunto de regras tendentes a padronizar os tratamentos, bem como as pesquisas no campo da saúde, meio ambiente, deve pautar-se necessariamente, pela ética e conseqüentemente pelo respeito às pessoas.

Como preleciona as “Diretrizes Éticas Internacionais para pesquisas biomédicas envolvendo seres humanos” do Conselho para Organização Internacional de Ciências Médicas (CIOMS) e OMS (Genebra-1993) in Kipper (1998, p. 99-100):

O respeito pela pessoa incorpora pelo menos duas considerações éticas fundamentais, a saber:

- a) respeito pela autonomia, que requer que as pessoas capazes de deliberarem sobre suas escolhas pessoais devam ser tratadas com respeito pela sua capacidade de autodeterminação; e
- b) proteção de pessoas com autonomia alterada ou diminuída, que requer

que as pessoas dependentes ou vulneráveis sejam protegidas contra danos ou abusos.

O princípio do respeito à pessoa deve ser interpretado através do conceito de autonomia, onde identificamos um termo derivado do grego “auto” (próprio) e “nomos” (lei, regra, norma). Em termos, significa autogoverno, autodeterminação, capacidade da pessoa em decidir o que é bom ou o que é bem estar para si.

É esta autonomia que o profissional na relação médico-paciente deve considerar independente desta (co)existir de forma total ou parcial no paciente. O profissional deve sempre pautar seus atos pela autonomia do paciente de deliberar suas escolhas, quando este portar total autonomia, bem como, proteger pacientes que possuem sua capacidade de deliberar na forma diminuída ou alterada.

O respeito à pessoa e, portanto, a autonomia do paciente deve ser respeitada de forma irrestrita, singular e plena, sempre. Para que se garanta a autonomia há necessidade de existir duas liberdades, liberdade de pensamento e de opções, alternativas. Na ausência de uma destas liberdades não há que se falar de autonomia.

A liberdade de pensamento é aquela identificada na pessoa livre para decidir, de comum acordo apenas do que é bom para si, e apenas a pessoa ou seu representante, em caso de capacidade diminuída, é capaz de dizer se agir de acordo com ela ou não. A liberdade de opções é mais fácil de identificar, pois, para isso é necessário que exista mais de um caminho, mais de uma forma para algo ser realizado.

A conquista da prevalência do respeito à autonomia do paciente é recente na prática médica e nas relações médico-paciente. O respeito pela autonomia da pessoa conjuga-se com o princípio da dignidade da pessoa humana.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 elevou o princípio à categoria de um dos fundamentos da república, ou seja, alicerce da construção de todo ordenamento jurídico.

Tal princípio é tão grandioso que adentrou o ordenamento jurídico pátrio também quando do regramento da vida civil, posto que no tocante ao direito da personalidade, dá a pessoa em seu artigo 14 o direito de decidir o que fazer com seu corpo, órgãos e tecidos para depois da morte, desde que seja para fim científico ou altruístico.

Assim, o princípio da autonomia da pessoa é limitador da atuação de todos os

outros princípios bioéticos, quais sejam da beneficência, da maleficência e da justiça, já que este tem como alicerce a garantia fundamental da dignidade da pessoa humana.

1.5.2.2. Princípio da Beneficência

Outro princípio, não menos importante, é o da beneficência. Os estudiosos no assunto tratam a beneficência como sinônimo/manifestação de benevolência. Temos como tradução literal dos vocábulos, senão vejamos:

Beneficência: sf (lat *beneficentia*) **1** Ação de beneficiar. **2** Virtude de fazer bem. **3** Prática de obras de caridade ou filantropia. **4** Auxílio. Benevolência: sf (lat *benevolentia*) **1** Qualidade do que é benévolo; boa vontade para com alguém. **2** Complacência, indulgência. (Ferreira, 1998, p. 198)

Diante dos conceitos elucidados e dos filósofos britânicos da moral dos séculos XVIII e XIX, benevolência é entendido como gênero da qual a beneficência é espécie. Citados estudiosos, dentre eles cabe mencionar Shaftesbury, Joseph Butler, Francis Hutcheson, David Hume e Jeremy Bentham:

Diz que existe no homem, de forma prioritária, um princípio natural de benevolência, ou da procura e realização do bem dos outros e que, do mesmo modo, temos propensão a cuidar da nossa própria vida, saúde e bens particulares (MUNOZ et al, 1998, p 42).

Tais estudiosos são contemporâneos e tem posicionamentos contrários a teoria de Thomas Robbes a natureza humana tem como forças vitais o egoísmo, a autoconservação e a competição.

Já Platão, Aristóteles e Kant, outorgam a benevolência um papel secundário frente à beneficência, pois valoram em suas teorias éticas o papel da razão e, portanto, concebe a benevolência um papel de protagonista menor.

Contudo segundo a maioria dos doutrinadores, a benevolência é forma genérica da beneficência e tem as seguintes características:

- 1) é uma disposição emotiva que tenta fazer bem aos outros;
- 2) é uma qualidade boa do caráter das pessoas, é uma virtude;
- 3) é uma disposição para agir de forma correta;
- 4) de forma geral, todos os seres humanos normais a possuem. (MUNOZ et

al, 1998, p 43)

Tais características inerentes à benevolência e, por consequência, à beneficência, permeiam o mundo da medicina desde a época hipocrática, posto que o médico em seu juramento declara que: “usarei o tratamento para o bem dos enfermos, segundo minha capacidade e juízo, mas nunca para fazer o mal e a injustiça”. (MUNOZ et al, 1998, p 44).

Entende-se, portanto, a beneficência para os princípios bioéticos como o fazer o bem, o bem estar do paciente, sendo esta regra a norteadora da prática ética da área da saúde, dentre elas, medicina, odontologia, fisioterapia, enfermagem, psicologia, entre outras. A ética aliada à prática médica, resulta no fim da arte médica, que é a saúde, que na sua essência é o próprio exercício da beneficência.

De acordo com o filósofo Bernard J. “a medicina como atividade humana é por necessidade uma forma de beneficência” (In Munoz et al, 1998, p 45).

Já foi dito anteriormente que os princípios têm atuações limitadas, restritas entre si; com o princípio da beneficência também não é diferente, pois mesmo sendo uma estrela maior, sua aplicação deve ser sopesada com os demais princípios.

Se num primeiro momento busca a prevenção da doença junto com a promoção da saúde, num segundo momento, o faz contrapondo o bem e o mal de cada tratamento, no intuito de buscar uma resposta positiva e equilibrada dentro da práxis médica.

A beneficência deve ser entendida, portanto, também de conformidade com o Relatório Belmont, como uma dupla obrigação, primeiro a de não causar danos, segundo a de maximizar o número de benefícios, minimizando os prejuízos.

Contudo sua atuação encontra obstáculos, sendo a dignidade da pessoa humana intrínseca a todos ser humano o primeiro grande limite a atuação da beneficência.

Na teoria é fácil explicitar tais limites, contudo, na prática a linha que demarcadora do limite é tênue e tão frágil que os próprios profissionais da área declaram:

É difícil demonstrar onde fica o limite entre a beneficência como obrigação ou dever e a beneficência como ideal ético que deve animar a consciência moral de qualquer profissional. Além disso, ainda que o princípio da beneficência seja importantíssimo, ele próprio torna-se incapaz de demonstrar que a decisão do médico ou do profissional da saúde deva sempre anular a decisão do paciente, sendo essa uma das características

dos deveres num primeiro momento ou deveres numa primeira consideração... (MUNOZ et al, 1998, p. 46).

Assim, o conjunto de princípios bioéticos não deve, portanto, ser aplicado nos casos concretos de maneira isolada, mas sim uníssonos e de forma equânime, justa e conjunta. Para tanto se faz necessário o entendimento do último e não menos importante princípio, o da não maleficência.

1.5.2.3 Princípio da não maleficência

Desde os primórdios, o processo civilizatório busca a paz social tendo em seus regramentos de ouro: “Faz ao outro o que queres que façam a ti” (não faças a outrem o que não queres que façam a ti), como resultado dos seguintes princípios do Direito Natural, quais sejam, do “bonum faciendum” (o bem deve ser feito); “neminem laedere” (não lesar a ninguém); “suum cuique tribuere” (dar a cada um o que é seu) e “honeste vivere” (viver honestamente). (KIPPER et al, 1998, p. 47).

Citados princípios oriundos da corrente filosófica do jusnaturalismo são estes capazes de relacionar-se com os princípios da bioética atuais, quais sejam, “neminem laedere” (não lesar a ninguém) com o princípio da não maleficência, o não causar danos.

O princípio da não maleficência é, na prática, mais abrangente que o da beneficência, pois aquele é devido a todas as pessoas e este, não o é, refere-se apenas aos profissionais da saúde.

O princípio da maleficência é ou ao menos deveria ser inerente a todos os seres humanos, o não causar danos, prejuízos, mal às pessoas deve nos acompanhar por toda a vida.

Para a área da saúde citado princípio é salutar, mas nem sempre entendido/interpretado como o deveria ser. A prática médica pode e assim o é, na maioria das vezes, um causar danos para alcançar um bem maior, temos como exemplo clássico os tratamentos quimioterápicos e radioterápicos muito utilizados para a cura do câncer.

É sabido que tais procedimentos causam danos biopsicoemocional e às vezes até sociocultural nos pacientes durante o tratamento quimioterápico, mas sempre em busca de um bem maior, a cura.

Segundo Kipper e Clotet (1998) este princípio nem sempre é visto com bons olhos, principalmente pelo paciente e seus familiares que começavam a questionar o causar danos para obtenção de um bem maior, a prioridade moral da beneficência começa a ser questionada.

Temos então o princípio limitador do princípio da maleficência, o da beneficência, o equilíbrio entre os dois traz segurança a relação médico-paciente e o tratamento, sendo os avanços tecnológicos talvez o grande entrave entre os dois.

Os profissionais da prática médica têm hoje muitos recursos terapêuticos a seu alcance capaz de prolongar a sobrevivência do paciente, o que pode-se traduzir como prolongamento do sofrimento, ou sofrimento permanente, não só dos familiares e principalmente dos pacientes.

Segundo Constantino:

Os princípios da não-maleficência e da beneficência devem ser aplicados quando, na abordagem do paciente gravemente doente, torna-se necessário decidir pela adoção de procedimentos terapêuticos de suporte de vida ou por implementar procedimentos paliativos e de conforto, excluindo a utilização dos recursos extraordinários (conduta restritiva) (ON LINE, acessado em Ago. de 2011).

Depara-se, então, com mais um princípio limitador da maleficência, qual seja, a autonomia do paciente, pois esta deve ser respeitada sempre, mas analisada casuisticamente.

Insta lembrar que o modelo paternalista do médico assumindo a decisão conflitante em nome do paciente é reprovável, visando o Código de Ética Médica que nos artigos 46, 48 (capítulo IV - direitos humanos) e 56 (capítulo V – relação com paciente e familiares) veda a atuação dos médicos nos limites da autonomia e consentimento do paciente e seus familiares.

A bioética e seus princípios tem como objeto principal de seus estudos a promoção da saúde do paciente, e deve obrigatoriamente entender este como sujeito dono de seus destinos, tendo suas vontades atendidas nos limites do conhecimento, técnicas e habilidades do profissional da área da saúde.

A interpretação deste princípio deve ser cautelosa, vez que o profissional da saúde também encontra barreiras a serem transpostas no julgamento da sociedade, segundo os estudiosos Kipper e Clotet (1998, p. 47): “tem acontecido, às vezes, que o interesse primeiro dos profissionais da saúde tem sido não causar danos à

profissão para manter uma boa imagem da mesma perante a sociedade”.

É sabido que a eutanásia é terminantemente vedada no Brasil, e que o próprio Código de Ética Médica brasileiro faz menção expressa em seu artigo 6º, a seguir:

O médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente. Jamais utilizará seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.

Contudo, o mesmo Codex em seu artigo 57 leciona que é vedado ao médico “deixar de utilizar todos os meios disponíveis de diagnósticos e tratamento a seu alcance em favor do paciente”. Sua interpretação literal pode conferir uma interpretação equivocada, no sentido de que é dever médico utilizar todos os meios disponíveis, quando tal ação poderia provocar mal maior, como é o caso da distanásia; o contrário também é verdadeiro, pois a ortotanásia implica na não utilização dos meios disponíveis em respeito à dignidade do processo morte.

Ainda como forma de compreender melhor esta discussão, necessário se faz distinguir eutanásia e distanásia.

A eutanásia se divide em ativa e passiva. A ativa tem como objeto a terminalidade da vida, previamente planejada e negociada entre médico (autor do fato) e paciente. A passiva tem a morte como acontecimento em razão da suspensão e interrupção dos cuidados médicos de modo a não mais prolongar a vida do paciente.

De acordo com as concepções do filósofo Peter Singer (2002), a eutanásia pode ser classificada em voluntária e involuntária, tendo como foco o aspecto subjetivo do consentimento.

A eutanásia voluntária pode ser identificada como a morte processada a pedido da pessoa que assim deseja, para eliminar dor incurável e insuportável.

Já na eutanásia involuntária, a pessoa portadora de sofrimento causado por uma doença incurável não pode exprimir sua vontade (incapacidade absoluta), cabendo a outra pessoa, geralmente familiar, consentir a realização da eutanásia.

Outra forma conhecida em relação à terminalidade é a distanásia, que tem como definição etimológica “morte lenta e sofrida” tendo em vista o prolongamento da vida com a utilização da modernização tecnológica da medicina.

No dizer de Leonard, M. Martin (1998, p. 171/172)

A eutanásia e a distanásia, como procedimentos médicos, têm em comum a preocupação com a morte do ser humano e a maneira mais adequada de lidar com isso. Enquanto a eutanásia se preocupa prioritariamente com a qualidade da vida humana na sua fase final – eliminando o sofrimento –, a distanásia se dedica a prolongar ao máximo a quantidade de vida humana, combatendo a morte como grande e último inimigo.

O procedimento para a distanásia, como forma de prolongamento doloroso e indigno para o paciente, não atende duas características essenciais visadas para qualquer tratamento médico, como prescreve a Deontologia Médica, sendo eles: agir em prol da saúde do paciente e obtenção de resultado eficaz.

Qualquer procedimento médico que não atente para essas características torna-se sem razão, submetendo o paciente aos caprichos da medicina tecnológica, tornando o paciente um mero objeto ou distração do profissional para o combate à morte.

Em síntese, e não diferente dos demais o princípio da maleficência encontra limites de atuação no princípio da beneficência e também, como não poderia deixar de ser na autonomia e livre consentimento do paciente de necessariamente poder optar entre fazer ou não fazer determinado tratamento doloroso e paliativo de seu estado de saúde.

1.5.2.4 Princípio da Justiça

O princípio da justiça bioética, também comumente chamado de equidade, é de longe o princípio bioético mais difícil de ser alcançado. Justiça para a bioética é sinônimo de equidade, de justo, tem, portanto, íntima ligação com a moral.

Os filósofos iluministas da moral e suas teorias podem ser relacionados com o princípio bioético de justiça, mas, o conceito atual é o que tem maior afinidade com Teoria da Justiça de John Rawls que leciona:

A distribuição natural dos bens não é justa ou injusta; nem é injusto que os homens nasçam em algumas condições particulares dentro da sociedade. Estes são simplesmente fatos naturais. O que é justo ou injusto é o modo como as instituições sociais tratam este fato (RAWLS, 2008, p. 84).

Essa justiça bioética nada tem a ver com o Direito que tem profunda

intimidade com a justiça social. A Justiça tem campo de atuação maior que o Direito.

Os autores da bioética referem-se a este princípio como a justiça distributiva e levantam seus questionamentos a partir indagações como as de (FRANKENNA, 1981, p. 61/62):

Quais são os critérios ou princípios de justiça? Estamos falando de justiça distributiva, justiça na distribuição do bem e do mal. (...) A justiça distributiva é uma questão de tratamento comparativo de indivíduos. Teríamos o padrão de injustiça, se ele existe, num caso em que havendo dois indivíduos semelhantes, em condições semelhantes, o tratamento dado a um fosse pior ou melhor do que o dado ao outro.(...) O problema por solucionar é saber quais as regras de distribuição ou de tratamento comparativo em que devemos apoiar nosso agir. Numerosos critérios foram propostos, tais como:

- 1. a justiça considera, nas pessoas, as virtudes ou méritos;*
- 2. a justiça trata os seres humanos como iguais, no sentido de distribuir igualmente entre eles, o bem e o mal, exceto, talvez, nos casos de punição;*
- 3. trata as pessoas de acordo com suas necessidades, suas capacidades ou tomando em consideração tanto umas quanto outras.*

A imparcialidade e equidade na relação médico-paciente e no tratamento dado a esses é um dos representativos da justiça. Na teoria da justiça de Aristóteles, a espécie justiça distributiva é concretizada em dar a cada um o que é devido na medida de seus méritos.

Beauchamp e Childress os pioneiros no princípalismo bioéticos entendem o princípio da justiça como sendo:

A expressão da justiça distributiva. Entende-se justiça distributiva como sendo a distribuição justa, equitativa e apropriada na sociedade, de acordo com normas que estruturam os termos da cooperação social. Uma situação de justiça, de acordo com esta perspectiva, estará presente sempre que uma pessoa receberá benefícios ou encargos devidos às suas propriedades ou circunstâncias particulares. Aristóteles propôs a justiça formal, afirmando que os iguais devem ser tratados de forma igual e os diferentes devem ser tratados de forma diferente. (1994, p. 328).

Pode-se extrair do princípio da justiça duas grandes atuações, uma no âmbito privado e outra no âmbito público, sendo a primeira garantidora da imparcialidade / equidade na relação médico-paciente, evitando ao máximo que as condições econômicas, sociais, culturais e religiosas do paciente interfiram no diagnóstico/tratamento proferido pelo profissional da saúde.

Já no âmbito público, temos como fundamento da justiça uma melhor

distribuição de recursos financeiros, com uma melhor eficácia, atingindo um maior número de pessoas possível.

Para estes dois âmbitos públicos e privados é possível atribuir a característica distributiva ao princípio da justiça.

Segundo Munoz e Fortes (1998) a relação médico-paciente em bioética é reduzida a três agentes: o médico, o paciente e a sociedade, sendo o paciente guiado pelo princípio da autonomia, o médico pelo da beneficência e a sociedade pelo da justiça, tendo a autonomia correspondência com o princípio da liberdade, a beneficência com o da fraternidade e a justiça com o da igualdade.

Mister salientar, as condições caóticas do serviço público de saúde no Brasil, quando a morte do paciente é provocada pela marginalização do cidadão quanto ao atendimento da saúde, ocorre o que a doutrina médica chama de Mistanásia que se apresenta como a morte miserável.

Assim prescreve nossa Carta Política, no artigo 196:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Este é o disposto constitucional, que de forma alguma condiz com a realidade, haja vista a falta de estrutura pessoal e instrumental dos hospitais públicos, postos de saúde, unidade básicas de saúdes entre outras, demonstrando a precariedade do nosso sistema de saúde com a falta de medicação necessária, nem sequer fazer atendimento adequado para a população.

A ausência estatal pela falta de políticas públicas, é tamanha que em muitos casos não permite sequer ao cidadão o acesso à saúde. A ignorância por parte da pessoa e a omissão do Estado é tamanha (por falta de políticas sociais) que o cidadão sequer tem consciência sobre sua saúde e os mecanismos para sua promoção, proteção e recuperação.

Acesso à saúde não é simplesmente o atendimento, mas a aplicação por geral e completa das políticas públicas para o fornecimento adequado e eficaz de tal serviço estatal. Mas o quê se vê é a precariedade da saúde pública, com a falta de atendimento médico, falta de leitos, pessoas jogadas e arrastadas nos corredores, falta de medicação. Sem contar a exposição do paciente aos erros do profissional da

saúde.

Se mensurar as formas de terminalidade de vida fosse algo viável, essa seria a mais cruel delas, porque nas condições da mistanásia não podemos encontrar nenhum elemento caracterizador dos princípios bioéticos, a ausência total do princípio da justiça, significa também ausência dos outros princípios bioéticos, beneficência, maleficência e, principalmente, autonomia (respeito à pessoa).

Por fim, o conceito de Justiça pode se obter com a integração da ética e do direito, observado o caso concreto, conforme retrata Ortega y Gasset in Almeida; Christmann; (2006; p. 15): *“El ideal ético no puede contentarse con ser él correctíssimo: es preciso que acierte a exercitar nuestra impetuosidad”*

Dessa forma, toda discussão no âmbito jurídico, como na seara ética e bioética, visa proteger/promover a pessoa enquanto ser natural, respeitando-a na sua grandeza humana, célula una para a criação do Estado.

1.5.3 Bioética e Direitos Humanos

A formação de um Estado Social e Democrático de Direito faz surgir um novo despertar, com a inserção na lei constitucional dos direitos fundamentais, nesse sentido (Sarlet, 2009, p. 63):

No que concerne ao processo de elaboração da Constituição de 1988, há que se fazer referência, por sua umbilical vinculação com a formatação do catálogo dos direitos fundamentais na nova ordem constitucional, à circunstância de que esta foi resultado de amplo processo de discussão oportunizado com redemocratização do País após mais de vinte anos de ditadura militar.

Corroborando do mesmo ideal Arendt (1979) pois leciona que os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução.

Há, contudo, para melhor elucidação dos direitos fundamentais, que se fazer distinção entre os direitos do homem, os direitos humanos e os direitos fundamentais, salientando que estes (direitos) são ligados a dignidade pessoa humana (MARMELESTEIN, 2009, p. 27).

Existindo a possibilidade de hierarquizar tais direitos, temos que os direitos do

homem aqueles ainda não positivados, vinculados a natureza humana. Para Bobbio (1992) os direitos do homem são direitos históricos, nascidos, portanto, em circunstâncias de lutas em defesa de novas liberdades, de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

De acordo com Marmelstein (2009, p. 26):

(...)os direitos do homem possuem um conteúdo bastante semelhante ao direito natural. Não seriam propriamente direitos, mas algo que surge antes deles e com fundamento deles. Eles (os direitos do homem) são a matéria-prima dos direitos fundamentais, ou melhor, os direitos fundamentais são os direitos do homem positivados.

Por dedução lógica, têm-se como conceito dos direitos fundamentais aqueles inerentes aos direitos do ser humano, reconhecidos e positivados no ordenamento jurídico interno de um Estado, geralmente através de regras constitucionais.

A seguinte definição de Marmelstein (2009, p. 20) se faz cumpridora do papel de conceituar direitos fundamentais, qual seja:

Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à idéia de dignidade da pessoa humana e de limitação de poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

Leciona internacionalmente no mesmo sentido J.J. Gomes Canotilho e Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, e nacionalmente temos como expoentes Ingo Wolf Sarlet, Flávia Piovesan.

O termo Direitos Humanos, então, deve ficar reservado para aqueles direitos vinculados a dignidade da pessoa humana, mas positivados no âmbito internacional.

Portanto, para tal positivação nada melhor que o Pós Segunda Guerra Mundial, cenário ideal para a reconstrução dos direitos humanos a orientar a ordem internacional moderna, sendo que estes (direitos humanos) devem ser entendidos em um único bloco, sem distinção da natureza do direito, inseparáveis, dependentes e relacionados entre si.

Neste sentido Piovesan (2011, p. 290):

Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais. Consagra-se, deste modo, a visão integral dos direitos humanos.

Os direitos fundamentais são diplomas constitucionais, que em razão do seu aspecto material tem base axiológica a dignidade da pessoa humana, portanto, somente pode ser enquadrado nesta categoria aquele que o poder constituinte (leia-se: povo) reconheceu como tal. Neste sentido, a lei nunca deverá criar direitos fundamentais, quando muito consagrá-lo ou discipliná-lo.

O estudo dos Direitos Humanos traz consigo o conceito de transdisciplinariedade, por se tratar de estudo transversal, que perpassa por todas as disciplinas da ciência, o que lhe confere estar entre, através e além das disciplinas.

Com a bioética não poderia ser diferente. Sendo esta uma questão filosófica que encontra seu fundamento na ética prática, e, portanto, nas relações pessoais, tem como cenário de fundo os Direitos Humanos.

Já há muito detectado pela ciência e seus pensadores, o ser humano é um ser associativo por natureza, todo ser humano depende de outro para desenvolver sua vida e sobreviver. Segundo Dallari (1998), a vida é reconhecida como valor, desse reconhecimento surge o costume de respeitá-la, incorporando ao *ethos* de todos os povos, por isso, independentemente de crenças religiosas, filosóficas, políticas ou de desenvolvimento econômico a vida é um valor ético.

No regramento deste valor temos como pioneiros da modernidade tanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), quanto os Pactos de Direitos Humanos (1966), ambos pela ONU, que declararam a existência de uma dignidade intrínseca e essencial à vida humana

Nesse cenário do pós 2ª Guerra Mundial, houve uma profunda mudança na estrutura política e social, juntamente com o movimento mundial de cooperação entre os povos com objetivo central de promover a paz e a segurança mundial, gerido pela ONU (1945).

A reconstrução de grande parte do continente europeu dizimado pelas guerras mundiais trouxe grandes avanços tecnológicos e progressos científicos. Estes têm suas benesses e também seus malefícios, dentre os quais se podem apontar a interferência na vida humana, seja nas pesquisas com alterações de ordem genética, por exemplo, seja nas relações humanas.

A ONU então em 10 de novembro de 1975 faz a primeira advertência formal

dos riscos decorrente ao progresso científico e tecnológico com a promulgação da Declaração sobre a Utilização do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e em Benefício da Humanidade.

Este documento reconhece o progresso científico e tecnológico como algo bom, e cria possibilidades de uma melhor condição/qualidade de vida para as pessoas, cerceando ameaça aos Direitos Humanos.

A exemplo temos o artigo 6º da citada Declaração:

Todos os Estados adotarão medidas próprias para estender a todas as camadas da população os benefícios da ciência e da tecnologia e a protegê-los, tanto na área social como material, das possíveis conseqüências negativas do uso indevido do progresso científico e tecnológico, inclusive sua utilização indevida para infringir os direitos do indivíduo ou do grupo, em particular em relação com respeito à vida privada e à proteção da pessoa humana e sua integridade física e intelectual.

Na mesma linha em 1993 a UNESCO implantou o Comitê Internacional de Bioética, com a justificativa de preocupação ética levantada pelos progressos científicos e tecnológicos relacionados com a vida no âmbito da genética.

Por fim, em outubro de 2005, a Conferência Geral da UNESCO recepcionou a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, dando o primeiro passo para a aplicação Transnacional (como denominou a declaração) dos princípios da Bioética, reconhecendo a interligação existente entre ética e Direitos Humanos.

Fundando-se nas Declarações Universais de Direitos Humanos (ONU) e nas Declarações da UNESCO que se referem ao Projeto Genoma, respeitando os diversos Tratados e os Instrumentos internacionais do campo da Bioética (por exemplo a Declaração de Helsinquia) a presente Declaração consolida os princípios da Bioética.

A Declaração Universal da Bioética se divide em partes, tais como: Disposições Gerais, Princípios, Aplicação dos Princípios, Promoção da Declaração, Disposições Finais.

Nas Disposições Gerais a Declaração fixa seu Âmbito de atuação (desde as questões levantadas pelas ciências da vida e pelas tecnologias aplicadas à elas, bem como aos Estados, pessoas, grupos, instituições, empresas (públicas e privadas).

Ainda, fixa seus objetivos, num total de oito, ressalta-se a alínea 'e': "fomentar

um diálogo multidisciplinar e pluralista sobre as questões da bioética entre todas as partes interessadas e no seio da sociedade em geral”.

Sobre os princípios, os mesmos já foram devidamente analisados, ressaltando aqui os princípios da Responsabilidade Social e Saúde, proteção das gerações futuras, meio ambiente, biosfera e biodiversidade, consagrando a Bioética Profunda.

Quanto à aplicação dos princípios, esta deve observar o diálogo e as audiências públicas, pluralista e esclarecida, com a expressão de todas as opiniões pertinentes.

Também se dará com a presença dos Comitês de Ética, com uma avaliação e gestão de riscos e a adoção de práticas transnacionais, cuidando aqui das ações na área da saúde, inclusive combater o bioterrorismo e o tráfico ilícito de órgãos, tecidos, amostras, recursos e matérias de natureza genética.

A promoção da Declaração caberá aos Estados em Cooperação Internacional, inclusive com o auxílio do Comitê Intergovernamental de Bioética e do Comitê Internacional de Bioética com forte aplicação da Educação, Formação e Informação sobre Bioética, dando ênfase aos jovens, quando da incidência da tecnologia.

Por fim, declara a interdependência e complementaridade dos princípios e exclui por completo os atos contrários aos Direitos Humanos, às liberdades fundamentais e à dignidade humana.

O advento do Código Civil Brasileiro em 2002, comumente chamado de Código Civil Constitucional tratou de incluir em seu corpo, regras capazes de cumprir com a tarefa acima delineada. A parte geral deste *Codex*, em especial o tópico dos direitos da personalidade, é a melhor representação desta característica e a que será desenvolvida no próximo tópico.

Dessa forma, fica claro o alinhamento jurídico interno em relação aos Direitos da Personalidade, às Garantias Fundamentais e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a necessidade de compreendê-los no contexto da Bioética, uma vez que o centro formador de tudo é a dignidade humana da pessoa.

CAPITULO 2

A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS *POST MORTEM* E SUAS IMPLICAÇÕES

2.1 A DOAÇÃO COMO NEGÓCIO JURÍDICO

Negócio jurídico é espécie do qual fato jurídico é gênero. Considerando a multiplicidade de idéias tendentes a conceituar fato jurídico, temos em linhas gerais, este como todo acontecimento natural ou humano apto a criar, modificar ou extinguir relações jurídicas.

Neste contexto, negócio jurídico juntamente com ato jurídico em sentido estrito, deriva de ações humanas lícitas denominadas pela doutrina civilista como ato jurídico. A característica mais marcante do negócio jurídico e que o difere do ato jurídico em sentido estrito, é o elemento volitivo, a liberdade negocial, autonomia privada para escolha dos atos que a pessoa persegue.

Para que se constitua um negócio jurídico é necessário que este preencha alguns requisitos, quais sejam, manifestação de vontade, agente emissor da vontade, objeto e forma. (GAGLIANO, et al, 2008).

Não obstante os elementos constitutivos acima citados, temos para cada negócio jurídico características essenciais para sua existência, com o contrato de doação não poderia ser diferente.

Contrariando a prática usual da legislação brasileira civilista optou por conceituar o contrato de doação a deixar este trabalho para a doutrina. Portanto o Código Civil em seu artigo 538 define-o como: *“Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”*.

Desta definição é possível extrair os traços característicos da doação, quais sejam, a) a natureza contratual; b) o ânimo de fazer uma liberalidade, c) a translação de algum direito do patrimônio do doador para o do donatário e d) a aceitação deste.

O primeiro elemento característico nem precisaria ser mencionado, posto ser uma exigência do conceito, da previsão legal deste instituto dentro do capítulo dos contratos em espécie.

Nas palavras de Gonçalves (2007, p. 255): *“Mas o legislador o inclui, como foi dito, para demonstrar ter optado pela corrente que a considera um contrato,*

diferentemente do direito francês”.

Segundo Monteiro (2007, p. 137):

Caracteriza-se realmente a doação pela sua natureza contratual, porque reclama intervenção de duas partes: o doador e o donatário, cujas vontades hão de convergir, entrosando-se e completando-se, para que se aperfeiçoe o negócio jurídico.

Contudo, das características citadas dois são os elementos constitutivos da doação, indispensáveis para sua constituição, quais sejam, o *animus donandi*, elemento subjetivo, (intenção de praticar ato de liberalidade) e a diminuição de patrimônio e aumento em outro, ou seja, a transferência de bens ou vantagens, elemento objetivo.

O *animus donandi* é elemento essencial para caracterização da doação, é a intenção do doador de praticar ato de liberalidade, existem, atos de liberalidade, de entrega ou recebimento de coisa gratuitamente que não constituem doação, a exemplo, depósito, comodato, etc.

Como acentua Venosa (2007, p. 97):

A doação exige gratuidade na obrigação de transferir um bem, sem recompensa patrimonial. Essa ausência de patrimonialidade não coincide com a noção de desinteresse. A motivação do ato jurídico de doação é irrelevante para o direito. Sempre haverá um interesse remoto no ato de liberalidade cujo exame, na maioria das vezes, é despiciendo ao plano jurídico. Dificilmente haverá doação isenta de interesse social, ético, político, religioso, científico, desportivo, afetivo, amoroso, etc.

Corroborando com tal pensamento, Monteiro (2003) afirma que quando o doador pratica doação o faz com a intenção de liberalidade, espontânea gratificação, se assim não o for, deixa de ser ato de benemerência, que a idéia de doação, em regra, é vinculada, a de benevolência desinteressada. Mas que a liberalidade sempre é inspirada em algum interesse, confessável ou não.

Necessário se faz acreditar verdadeiramente que toda doação contém a intenção do ato de liberalidade, mas, que este está revestido de interesse, mesmo o ato de benemerência.

Quanto ao elemento objetivo da doação, transferência de bens ou vantagens de um patrimônio para outro, a vantagem tem de ser de cunho patrimonial, com o conseqüente enriquecimento de um e o empobrecimento do outro, tem de haver

nexo de causalidade entre a liberalidade e o empobrecimento do doador em prol do donatário.

O último elemento, e não menos importante, é a aceitação que traduz o caráter de bilateralidade da formação do contrato de doação, conforme preleciona (Monteiro, 2007, p. 137):

Necessária é a aceitação do donatário, pois o contrato não se perfaz enquanto aquele não manifesta o intento de recolher a liberalidade. Há, portanto, necessariamente, em toda doação, dupla manifestação da vontade: do doador, ao fazer munificência, e do donatário, ao aceitá-la. Desde que não houve aceitação, é de se declarar ineficaz a liberalidade.

Sendo assim, vimos que os elementos essenciais identificadores do negócio jurídico, compreendem a formação do contrato de doação, fazendo-lhe juz a sua classificação pelo direito moderno.

2.1.1 O Contrato de Doação no Código Civil

Dentre os contratos elencados no rol do Direito Civil, um se destaca por sua peculiaridade filantrópica. Diferente do contrato de compra e venda que recebe destaque posto que abre os “Contratos em Espécie” e do contrato de troca ou permuta, por ser a mais antiga forma de contrato na movimentação econômica da sociedade, o contrato de doação traduz a mais bela forma de altruísmo, em que o sujeito, tocado pelo ideal da fraternidade, se dispõe por meio dele, transferir bens de seu patrimônio a outrem, praticando seu interesse à benemerência.

Segundo Plácido e Silva (1999, p. 286): “doação deriva do latim *donatio*, de *donare* (dar, brindar, presentear)”. Etimologicamente, a palavra expressa o ato de liberalidade, pelo qual a pessoa dispõe de bens ou vantagens oriundas de seu patrimônio em benefício de outrem.

No decorrer da História, as passagens envolvendo o ato de doar, são sempre exaltadas como algo divino, traduzindo a mais completa lição dos céus.

As orientações provenientes das Institutas de Justiniano, do direito romano, consideravam a doação como modo de adquirir a propriedade, no entanto, para essa orientação ainda existem seguidores, senão vejamos.

Hodiernamente, alguns ordenamentos jurídicos, a exemplo o francês e o

italiano de 1942, a colocam ao lado do testamento, dando à doação característica de ato unilateral e não de contrato.

O ordenamento jurídico civilista brasileiro desde o Código Civil de 1916, seguindo a corrente do Direito Moderno, e o exemplo do código alemão e suíço, inseriu a doação em uma modalidade de contrato, sem, contudo, negar a especialidade deste negócio jurídico.

O artigo 1165, do Código Civil de 1916 definiu doação como: “*Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere de seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra, que os aceita*”. O vigente Código Civil em seu artigo 538, mantém a mesma definição, contudo, suprimiu a expressão final “que os aceita”.

Tal supressão (da expressão final: que os aceita), confirma a natureza especial do negócio jurídico aqui tratado, ou seja, do contrato de doação, tendo em vista, doutrinadores como Caio Mario da Silva Pereira, Orlando Gomes, Washington de Barros Monteiro, Silvio Venosa, Carlos Roberto Gonçalves, entre outros, o enquadrarem quanto aos seus efeitos como negócio unilateral, posto que, para sua formação é indispensável o acordo de duas vontades, só se configura como ato jurídico perfeito ou acabado se o donatário a aceita, tácita ou expressamente.

Doador é o sujeito que pratica o ato de liberalidade e o que as recebe/aceita é denominado donatário, e doação, portanto, em regra é quanto à sua formação: contrato unilateral, gratuito e formal.

2.1.1.1 Efeitos do Contrato de Doação

A legislação civilista ao conferir à doação a natureza jurídica contratual, inserindo este instituto no livro das obrigações do Código Civil deu a este caráter obrigacional, pessoal, e reuniu características e elementos fundamentais no intuito de justificar tal escolha, conforme expostos no item anterior.

Contudo, por tratar a doação de transferência de bens ou vantagens, e levando-se em consideração a influência do Código Civil francês (1804), o Código Civil brasileiro de 1916, seguindo os ideais de Napoleão, que não concebia a idéia de que um ato unilateral por ser considerado contrato, deu a esta (doação) natureza de meios de aquisição de propriedade ao lado dos testamentos, trouxe dificuldades

para o doutrinador no tocante a natureza contratual da doação.

O Código Civil confere a doação caráter contratual, este reconhece a aplicabilidade de algumas normas referentes ao testamento. Na doação o consentimento do donatário é indispensável, contudo, por se tratar de um contrato benéfico, em raríssimas situações é dispensado a aceitação, a exemplo do artigo 543, que ficou segundo Venosa (2007) melhor elaborado tecnicamente frente ao artigo 1170 do antigo Código Civil, dispensando a aceitação do absolutamente incapaz para as doações puras, ou seja, sem encargos.

Depois de definida a aceitação, urge salientar quais efeitos são produzidos por este contrato, se reais ou obrigacionais, e Gomes (2007, p. 255) o faz muito bem:

Se a doação é um contrato, em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra, que os aceita, poder-se-ia colher a falsa impressão de que, pelo contrato, se transfere a propriedade dos bens doados, mas na realidade não produz esse efeito. A propriedade do bem doado somente se transmite pela tradição, se móvel, ou pela transcrição, se imóvel. O contrato é apenas o título, a causa da transferência, não bastando, por isso só, operá-la. Nesse sentido é que se diz ser a doação contrato translativo do domínio. São obrigacionais os efeitos que produz. O doador obriga-se a transferir do seu patrimônio bens para o do donatário, mas este não adquire a propriedade senão com a tradição, ou a transcrição. Entre nós o domínio das coisas não se adquire solo consensu, regra válida tanto para a compra e venda e a permuta como a doação.

Nesse diapasão entendem Caio Mario da Silva Pereira, Eduardo Espínola, Agostinho Alvim seguido hordienamente por Carlos Roberto Gonçalves.

2.1.1.2 Ato *Inter Vivos* e *Causa Mortis*

Observando a natureza jurídica contratual da doação e os elementos configuradores do negócio jurídico, a) manifestação da vontade, b) agente emissor da vontade, c) objeto e forma; podemos concluir de maneira lógica que o contrato de doação é ato *inter vivos*. E testamento é, por exemplo, ato que possui como consequência a *causa mortis*.

Tal afirmação é corroborada por diversos doutrinadores, a exemplo (Gomes, 2007, p. 258) senão vejamos:

A doação constitui ato *inter vivos*. O nosso ordenamento jurídico

desconhece doação *causa mortis*, admitidas no direito pré-codificado, pois, lhes falta o caráter de irrevogabilidade, que é inerente às liberalidades. Somente não produzirão efeito, porém, as liberalidades ou legados que realmente se façam *causa mortis*, se não observarem as normas próprias das declarações de última vontade, não se enquadrando nesta hipótese 'a fixação do dia da morte do doador como termo inicial da doação, ficando até esse momento suspenso o exercício do direito do donatário.

A propósito preleciona Ruggiero apud Gomes (2007, p. 259) “a demissão atual da coisa e sua irrevogabilidade são precisamente os caracteres da doação que impedem que ela se faça *causa mortis*”.

No mesmo sentido Monteiro (2007, p. 138):

Doação é ato *inter vivos*. Esclarece efetivamente que o Código Civil de 1916, como também a lei civil de 2002 desconhecem doações *causa mortis*, admitidas pelo direito anterior. Falta a doação *causa mortis*, o caráter de irrevogabilidade; como se concretiza com a morte do doador, pode ser sempre revogada *ad nutum* de seu autor.

Portanto, a doutrina não deixa dúvidas no tocante ao contrato de doação, descrito no Código Civil, ao ser considerado um ato *inter vivos*, já que este tem caráter revocatório preenchido os requisitos legais, característica esta que não pode ser praticada em decorrência da *causa mortis*, bem como, pela sua natureza de patrimonialidade.

Sendo assim, faz-se necessário identificar a posição da doação de órgãos *post mortem* frente a doutrina e a legislação, para uma melhor elucidação do instituto.

2.2 LEGISLAÇÃO PÁTRIA DA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS, TECIDOS E PARTES DO CORPO *POST MORTEM*

2.2.1 Natureza Jurídica da Doação de Órgãos *Post mortem*

Em que pese o posicionamento da doutrina majoritária, seguidora da corrente moderna do direito germânico, a respeito da natureza jurídica contratual, das características, dos elementos constitutivos, e dos efeitos da doação, esta é falha ao deixar de analisar instituto de tamanha importância como a doação de órgãos *post mortem*.

Quando se trata deste instituto, nada se declara a respeito desta espécie de

doação (de órgãos *post mortem*), talvez por desinteresse, talvez pela dificuldade em enquadrá-la nos requisitos essenciais do contrato de doação descrito no Código Civil de natureza patrimonial.

Para tanto, é necessário uma análise dos elementos constitutivos da doação contratual para trazer à baila os pontos conflituosos existentes entre as duas espécies de doação, na tentativa de descaracterizar tal ato como doação.

O elemento subjetivo do contrato de doação, conforme já descrito anteriormente, é o *animus donandi*, proveniente do sujeito ativo, denominado doador. Somente a este, legítimo proprietário do objeto da doação é dada possibilidade de praticar ato de liberalidade, disposição gratuita de seu patrimônio em proveito de outrem.

Tal situação não se enquadra na doação de órgãos *post mortem*, tendo em vista que a Lei nº9434/97, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e parte do corpo humano para fins de transplante e tratamento, em seu artigo 4º, alterado em 23 de março de 2001 pela Lei nº 10211, impõe para a retirada de órgãos, tecidos e partes do corpo do de cujus, a autorização do cônjuge ou parente, capaz, respeitada a linha sucessória, firmada em documento escrito com a assinatura de duas testemunhas.

Como se vê, citada lei subtrai do doador o elementos essenciais característicos do negócio jurídico e, portanto, do contrato de doação, qual seja, o elemento volitivo, a liberdade negocial, posto que, mesmo que o de cujus, deixe declarado em vida que deseja doar ou não seus órgãos, essa vontade é suprimida pela declaração de seus parentes.

Outro aspecto diz respeito ao elemento objetivo da doação, tendo em vista que por ser tratar *bens ou vantagens* conforme prescreve o artigo 538 do Código Civil, só poderá ser considerado “objeto da doação todo bem que esteja in commercium, ou seja, qualquer coisa que tenha expressão econômica e possa ser alienada. Incluem-se os bens móveis e imóveis, corpóreos e incorpóreos, consumíveis e inconsumíveis” (Gonçalves, 2007, p. 259).

Assim, e por tratar tal posicionamento doutrinário como dominante no ordenamento pátrio, a doação de órgãos, tecidos e partes do corpo *post mortem* esbarra também no elemento objetivo da doação, uma vez que o corpo humano é entendido com um bem fora do comércio, ou seja, sem nenhuma expressão econômica, ou um negócio jurídico extrapatrimonial, servindo para corroborar com

tal idéia o artigo 14 do ordenamento civilista brasileiro que prescreve:

Art. 14. É válida, com objetivo científico ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.
Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Observa-se ainda que a característica patrimonial além de conter um elemento de fundamental importância para o contrato de doação civilista, ainda não é encontrado na doação de órgãos *post mortem*, por esta conter a tutela a um dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, a personalidade.

Ademais, quanto aos traços característicos do contrato de doação se faz necessário observar que se a natureza contratual da doação, bem como seu elemento subjetivo e objetivo não são capazes de tipificar a doação de órgãos *post mortem*, muito menos o faz o último e não menos importante requisito da aceitação.

Isto se nota, na própria intenção da lei civilista, que acompanha a realidade social, ao tratar de ato de disposição gratuita, com finalidade altruístico ou científico, a comumente chamada doação de órgãos *post mortem*.

Segundo Placido e Silva (1999, p.280), disposição: “II – tem o sentido de cláusula, em que a manifestação da vontade da pessoa, nela objetivada, estabelece uma obrigação ou uma ordem a ser cumprida, desde que não contravenha a disposição legal estatuída”.

Do acima exposto, temos que a doação de órgãos *post mortem* não se enquadra nos requisitos doutrinários necessários para caracterização do contrato de doação, faltando-lhe o elemento subjetivo, objetivo, a natureza contratual e a aceitação desta, tendo em comum apenas o ato de liberalidade, de disposição gratuita.

Difere, contudo, o citado contrato de doação do Código Civil da doação de órgãos *post mortem*, em várias vertentes, além de ocorrer após o evento morte, ainda tem como elemento caracterizador o negócio jurídico extrapatrimonial, não só pela natureza jurídica, mas, também pela sua própria sorte de pertencer ao seletivo grupo dos direitos da personalidade.

Portanto, a doação *post mortem* no ordenamento civil brasileiro é vista como um ato acompanhado de preceitos altruísticos, não se limitando ao aspecto contratualista, formal, dado pela norma e de interesse econômico. O contrato de

doação é imbuído de adjetivos consagradores de bons costumes, quais sejam, benevolência, benemerência, boa-fé, gratidão.

O fim altruístico e científico que eleva a doação ao patamar do comportamento ético almejado pelo ser de relação é o diferencia-a dos outros contratos tipificados no Código Civil.

Pois, embora a doutrina enquadre-o como um contrato unilateral *inter vivos*, o mesmo possui como característica maior o ato de disposição, de liberalidade, podendo ser praticado tanto através de atos *inter vivos*, quanto *causa mortis*.

Tal situação fica ainda mais evidente quando se trata de doação de órgãos *post mortem*, pois, conforme descrito no artigo 14 do Código Civil, é lícito o ato de dispor do corpo no todo ou em parte para depois da morte, com finalidade altruística ou científica (bem comum).

A aplicação do artigo 4º da Lei 9434/97 que trata da remoção de órgãos, tecidos ou parte do corpo para fins de transplante ou tratamento, e que exige a autorização de parente capaz na linha sucessória para que ocorra doação de órgãos de pessoa falecida, em suprimento da disposição de vontade do de cujus, está fora dos elementos essenciais da doação, bem como, de seus ideais maiores.

Sendo assim, a disposição de órgãos *post mortem* não se enquadra nos requisitos do contrato de doação, não podendo assim ser puramente considerada, a menos que seja exceção à regra.

Caso contrário, podemos vislumbrar a possibilidade de enquadrar citada disposição não como doação, mas, como ato unilateral de vontade, seguindo o dispositivo do artigo 14 do Código Civil.

Portanto, destaca-se o conceito de ato jurídico emanado por Monteiro, pois somente dele provém a natureza jurídica da doação de órgãos *post mortem*, senão vejamos:

Atos jurídicos lícitos são, portanto, atos que desencadeiam consequências jurídicas independentemente da vontade do agente, porque seus efeitos estão previamente descritos na lei. Pode acontecer até mesmo que deles não tenha conhecimento, pois tais efeitos ocorrerão como estabelecidos na lei. Há atuação volitiva do agente, mas a produção dos efeitos não se dá de acordo com seu querer, e sim submissa ao que a lei predeterminedou em relação àquela atuação, que não comporta interferência ou modificação por parte da pessoa. (2007, p.325)

Dessa forma, pode-se afirmar que a doação de órgãos tem como natureza

jurídica o ato jurídico em sentido estrito, não negocial, uma vez que a declaração de vontade encontra suas formas e consequências prescritas na lei.

2.2.2 A Evolução Histórica da lei 9434/1997

Os avanços tecnológicos que alcançaram a área da saúde fazem brotar a necessidade de se prolongar a vida humana. Diante desta realidade social, urge a necessidade de criar-se uma legislação capaz de normatizar desafios até então inimagináveis, mas que colocam os juristas diante de uma situação carente de normas legais. A remoção e transplantes de órgãos e tecidos não foi diferente.

A possibilidade de continuidade de vida humana aparece com o aperfeiçoamento de técnicas e medicamentos mais eficazes que tornam realidade a continuidade desta (vida) devido aos positivos resultados alcançados na remoção e transplantes de órgãos, tecidos e partes do corpo.

É sabido que as legislações nascem e modificam-se numa velocidade menor que as ciências médicas, por isso, têm a Bioética fundamental importância no embasamento das legislações, bem como no preenchimento das lacunas deixadas por estas, bem como para dirimir a relação médico-paciente.

Para tanto, várias leis foram criadas no sentido de fomentar a doação de órgãos no país. Não obstante os princípios dirigentes da Bioética, já explicitados no presente trabalho, a evolução histórica das leis que a regulam é indispensável para a compreensão do instituto.

Na legislação pátria, somente em 1968 com o advento da Lei 5479 é que se tratou sobre a doação de órgãos *post mortem*, dispondo a presente sobre a “extirpação de órgão ou tecido de pessoa falecida”, desde que permitida pelo de cujus em vida ou, faltando esta, pela não oposição do cônjuge ou de parentes até 2º grau ou, então, pela não oposição de corporações civis/religiosas responsáveis pelo destino do cadáver.

Primeiramente deve-se observar a importância que a Lei concedeu a declaração de vontade dada em vida pelo doador de órgãos. Vale ressaltar que o ordenamento jurídico recebe e ampara a declaração de vontade dada pela pessoa capaz, mesmo que esta for contra os desejos dos familiares, posto que a lei esclarece que somente na ausência de qualquer declaração do doador em vida, é

que prevalecerá a opinião dos familiares, respeitando a ordem de preferência do consentimento do cônjuge sobre os demais familiares até 2º grau.

Citada legislação trouxe no seu corpo de artigos a regulamentação da doação *post mortem*. Seu artigo 15 preconizava o prazo de 60 (sessenta) dias para a regulamentação desta pelo poder executivo, mas, esta (regulamentação) nunca ocorreria.

Segundo Pereira (2004) este instrumento normativo vigorou por aproximadamente vinte e cinco anos, de maneira auto-aplicável, por ausência completa de diplomas legais sobre o tema.

Em sendo o Direito uma ciência guiada pelas transformações sociais, e como a ciência médica, este íterim legislativo registrou um queda significativa no número dos transplantes, tendo em vista o número de insucessos dos mesmos, principalmente de coração, em decorrência da rejeição do órgão, a não regulamentação de citada norma pouco afetou as relações jurídicas.

O primeiro transplante cardíaco ocorreria em 1968, realizado por Eurícles de Jesus Zerbini na cidade de São Paulo, com amparo no critério de morte encefálica (Pereira, 2004).

De acordo com Parizi (1998, p. 157):

Nessa época em apenas 15 meses foram realizados em 118 transplantes, e para decepção geral, todos os pacientes estavam mortos em dezembro de 1969. Houve então uma significativa redução de cirurgias até que critérios mais rígidos de seleção de pacientes e o avanço obtido nas técnicas de cuidados pós-operatórios intensivos permitissem maior segurança nos transplantes.

Hoje, segundo Pereira (2004, p. 10):

(...) o transplante de órgão e tecidos saiu da possibilidade científica, ingressando definitivamente ao arsenal terapêutico à disposição da comunidade médica mundial, graças à evolução da imunogenética e ao aparecimento de novas drogas imunossupressoras.

Com essa realidade, mais favorável, e o aumento da frequência dos transplantes com resultados satisfatórios, a discussão sobre o tema dos transplantes foi retomada, e a comunidade legislativa e médica voltam a buscar bases legais para executar os transplantes de órgãos.

Neste íterim, a norma constituinte entendeu necessário elevar a doação de

órgãos ao nível constitucional alocando este assunto no seguinte dispositivo legal, qual seja:

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

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

Em 1982 foi enviado ao Congresso Nacional um projeto de lei que disciplinava sobre a retirada de órgãos ou partes do corpo humano para transplante ou qualquer finalidade terapêutica, surgindo daí uma enorme discussão sobre a amplitude da expressão “finalidade terapêutica”.

Informa Chaves (1994), que, além da polêmica existente sobre a amplitude do termo, em 1992 a Lei 5479/68 ainda não havia sido regulamentada.

Embora a discussão sobre a regulamentação da Lei seja válida para ordenamento jurídico, a classe médica seguidora dos preceitos éticos e científicos, atendia os anseios sociais no que diz respeito à matéria retirada de órgãos para fins de transplantes e terapêutica, de acordo com as regras da Bioética, já que a deontologia médica surge apenas em 1988.

A realidade social e médica dos transplantes no Brasil, fomenta as análises e reflexões sobre doadores, receptores e quanto à definição do diagnóstico do evento morte, tendo em vista a indispensabilidade deste (evento) como garantidor dos direitos do doador.

Segundo Pereira (2004) múltiplos transplantes exigem a vitalidade do órgão, dos tecidos a ser transplantado, o grande desafio ético legal a ser enfrentado nos transplantes de órgãos post portem é a definição do diagnóstico morte, uma vez que o critério de parada irreversível dos batimentos cardíacos não poderia ser aceito. Origina-se então um novo critério, o da morte encefálica, devidamente definida, em 1997, através da resolução 1480 do Conselho Federal de Medicina (Anexo I).

Anteriormente, em 8 de janeiro de 1988, fora aprovada a Resolução 1246 Do Conselho Federal de Medicina que dita o Código de Ética Médica, que disciplinara no capítulo IV os preceitos éticos médicos a doação e os transplantes de órgãos e tecidos (Anexo I).

Diante da relevância do evento morte para a doação de órgãos e tecidos e em

especial para os transplantes que ocorrem *post mortem*, tem-se a necessidade de um tópico para discussão do tema no presente trabalho, o que será feito oportunamente.

No ano de 1990 é aprovado o projeto de Lei que modificava normas para a realização de transplantes, sendo que as principais questões somente foram acrescentadas em 1992, quais sejam, a manifestação em vida da doação de órgãos, na falta desta, necessitava-se consultar a família depois de sua morte; a necessidade de autorização judicial de doação quando não havia vínculo de parentesco entre doador e receptor (evitando a comercialização de órgãos); e a definição de morte encefálica como término da existência da pessoa natural.

Tal projeto se transformou na Lei 8489/92 regulamentada pelo decreto 879/1993 que vigorou até 4 de fevereiro de 1997. Essa regulamentação que teve como cerne das discussões a presunção do consentimento do doador sobre o prisma do desrespeito à dignidade humana do paciente, também disciplina a gratuidade da doação, o credenciamento das instituições junto ao SUS (Sistema Único de Saúde) e critérios para seleção de doador.

A Lei 8489/1992 manteve-se em vigor por cinco anos, quando foi substituída pela Lei 9434 vigente atualmente com as alterações introduzidas pela Medida Provisória 1959-27 de 24 de outubro de 2000 e a Lei 10211 de 23 de março de 2001, sendo esta um pouco mais detalhada.

A grande discussão sobre o consentimento presumido do doador *post mortem* manteve-se com esta Lei, ficando conhecido por todos os brasileiros que, quem não quisesse ser doador, deveria fazê-lo constar em sua Carteira de Habilitação ou na sua Carteira de Registro Civil até 30 dias da data da publicação desta lei (artigo 4º, e respectivos parágrafos).

Ou seja, independentemente do consentimento do falecido, não se opondo em vida este em relação à doação *post mortem*, seus órgãos ou tecidos seriam retirados sem que sua família fosse consultada.

Novamente, mesmo com o dispositivo legal a respeito do consentimento presumido na doação *post mortem*, a classe médica mantinha o respeito ao paciente e por seus familiares, sempre consultando esses quando não declarado em vida a vontade de ser doador.

Tal conduta ética mantida pela classe médica fez com que em 2001 uma Medida Provisória fosse publicada pelo então Presidente da República Fernando

Henrique Cardoso, alterando dispositivos da Lei 9434/1997, tendo como destaque o artigo 1º e 2º:

Art. 1º Os dispositivos adiante indicados da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 4º A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas, para transplante ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização de qualquer um de seus parentes maiores, na linha reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, ou do cônjuge, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte

Art. 2º As manifestações de vontade relativas à retirada "*post mortem*" de tecidos, órgãos e partes, constantes da Carteira de Identidade Civil e da Carteira Nacional de Habilitação, perdem sua validade a partir 22 de dezembro de 2000.

Assim, com tal Medida Provisória, aboliu-se o registro em Carteira da declaração negativa de doação, deixando de existir o consentimento presumido.

Outra situação trazida por esta Medida Provisória foi a respeito da vontade do doador em vida, deixando esta de ser válida, uma vez que a retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo do falecido proceder-se-á mediante autorização dos parentes, na linha reta ou colateral, até o segundo grau, inclusive, ou do cônjuge, firmado em documento subscrito por duas testemunhas.

Em 23 de março de 2001, surge a Lei 10211, a qual vigora até a presente data, modificando apenas alguns dispositivos da Lei anterior, mas, mantendo a necessidade da autorização dos familiares para a retirada de órgãos, tecidos e partes do corpo do falecido e a invalidade das declarações constantes nos já mencionados documentos públicos.

Dessa forma, a legislação pátria especial, a respeito de doação de órgãos *post mortem*, conferiu apenas aos familiares do de cujus a legitimidade para tal ato de disposição, invalidando quaisquer declarações de vontade emitidas pelo doador em vida, em documentos públicos e privados.

No próximo subtítulo será abordado a alteração legislativa do novo Código promulgado em 2002, e como este instituto modificou os parâmetros dos direitos inerentes à personalidade, e conseqüentemente os direitos do doador de órgãos, *inter vivos* e *post mortem*.

2.3 O EVENTO MORTE E SUAS GENERALIDADES

2.3.1 O Direito de Morrer

O direito de morrer, como nos ensina Pontes de Miranda, é inerente à pessoa, posto se tratar de um dos direitos personalíssimos, estando ligado diretamente ao direito à vida, previsto e garantido como princípio constitucional e como cláusula geral do Código Civil Brasileiro.

Morrer é o fim da existência da pessoa, merecendo este processo todo o respeito e dignidade por parte do Direito Positivo e de toda a sociedade, principalmente pela classe médica que, quando nele intervém, tem o dever de proceder visando à saúde do ser humano, mesmo que isso signifique acompanhar os últimos instantes de sobrevivência do paciente.

Defender tais direitos, vida e morte, mesmo em pleno exercício de sua capacidade jurídica, é uma tarefa árdua nos dias de hoje, em razão dos tratamentos médicos adotados por uma medicina tecnocientífica e empresarial, protegida pelo manto sagrado da relação médico-paciente paternalista (egoísta).

Não seria absurda a idéia de que seu direito à vida ou à morte está intimamente ligado aos mandos e desmandos da equipe médica que o recepcionou no leito do hospital.

Como bem ensina Leonard M. Martim.(1998, p. 190) em seu texto sobre Eutanásia e Distanásia:

o compromisso com a promoção do bem-estar do doente crônico e terminal permite-nos não somente falar de sua saúde, mas, também, de desenvolver um conceito da arte de bem morrer, que rejeita toda forma de mistanásia sem, no entanto, cair nas ciladas da eutanásia nem da distanásia.

A medicina deve exercer o papel conscientizador para os seus operadores, de forma que estes tratem a “fase terminal da vida” e “inicial da morte” como um processo de promoção da saúde do paciente, mesmo que para isto, o médico mitigue o sofrimento e acompanhe o seu paciente até o fim de sua existência.

Agindo assim, o médico estará agindo de modo humano, estabelecendo uma relação ética com o paciente e seus familiares, tão carentes nesta fase.

Contudo, rápido e fugaz seria a equipe médica decretar o óbito do paciente

por morte encefálica, seguindo os mandamentos da Lei 8434/1997 e da Resolução nº 1246 do Conselho Federal de Medicina, quando os avanços tecnológicos da medicina poderiam determinar outro momento do “instante” morte.

Ora, a junta médica que analisa o quadro clínico do paciente, se constatar que o estado deste é crônico e terminal, dever adotar as medidas éticas previstas no estatuto da profissão, qual seja, a de informar e conscientizar o paciente/familiares do quadro real, cabendo a estes consentirem ou não pelo procedimento a ser adotado. Estariam, assim, equipe médica e família tratando do direito à vida e o direito à morte do paciente com o respeito exigido por tais casos.

Sendo assim, os princípios éticos devem ser seguidos primeiramente para proteger a Dignidade Humana, confrontando sempre com a disposição normativa.

Tal procedimento envolvendo paciente, familiares e equipe médica, encontra-se nos artigos 56 e seguintes do Código de Ética Médica, constante do Anexo I do presente trabalho.

Contudo, o jurista que quiser enfrentar tais questionamentos filosóficos, inerentes dos Direitos da Personalidade, deverá muitas vezes abandonar o dispositivo absoluto do Direito e trabalhar com os princípios que o norteiam a Bioética, que são: pratique o bem; não pratique o mal; respeite a autonomia e aja de modo a se colocar no lugar do outro. Somente assim, poderemos verificar o sentido de justiça e equidade tão almejadas e propagadas pela classe jurídica.

Dessa forma, o processo morte deve também ser encarado com respeito aos princípios da Bioética, que tem como base central o princípio da dignidade humana, de modo que o paciente tenha acesso ao tratamento/acompanhamento e promovida sua terminalidade de forma no mínimo, saudável.

2.3.2 O Término da Existência da Pessoa Natural

2.3.2.1 Morte

Temida por todas às pessoas, a morte é um processo natural que culmina no término biológico da pessoa física.

Personificada na cultura ocidental na figura do Ceifador, uma caveira vestida com uma longa capa preta, encapuzada de forma a mostrar apenas seus olhos, a

morte é uma figura conhecida por todas as civilizações.

A personificação da morte na mitologia grega se dá com Tântatos ou Thanatos, filho de Nix, a noite e Érebo, as trevas e irmão gêmeo de Hipnos, o sono. A função de Thanatos era ajudar o Deus grego das profundezas, dos infernos, chamado Hades. (CIVITA, 1973, p, 126).

O mesmo fascínio que envolve o instante que termina a vida, também envolve o momento que esta se inicia.

Determinar o exato momento que a pessoa natural deixa de existir é uma tarefa complexa, posto que tal instante, no decorrer da história, é representado por circunstâncias caracterizadas pelo avanço tecnológico da medicina.

Primeiramente é mister apresentar as espécies de morte existentes no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que é em razão do ideal normativista que a morte é considerada em um instante.

O Direito Civil brasileiro em seus artigos 6º e 7º define como o fim da existência humana a ocorrência da morte, operando-se esta de maneira real ou presumida.

A morte real da pessoa física é representado pela ausência e estado irreversível das funções encefálicas. Nas ciências médicas e jurídicas a morte encefálica difere-se da cerebral, segundo Pereira (2004, p. 12), leciona:

Na primeira situação existe um comprometimento irreversível das vidas de relação e vegetativa e na segunda situação o comprometimento interessa apenas à vida de relação sem o critério de irreversibilidade assegurado. No primeiro caso não existe vida, não existe pessoa e sim cadáver, o que juridicamente não se observa na segunda situação.

Diante da possibilidade de sucesso dos transplantes de órgãos *post mortem*, o cadáver passa a ser valorizado, a ter importância no mundo dos vivos, haja vista o arsenal de órgãos e tecidos que este contém e capaz de salvar outras vidas.

Já a morte presumida é aquela que ocorre em razão de grande probabilidade de morte, como nos casos de extrema probabilidade de morte em razão de perigo de vida ou desaparecimento em campanha ou feito prisioneiro de guerra após 2 (dois) anos do término desta; outra forma de morte presumida é quando a pessoa física encontra-se ausente, fato que determina a sucessão provisória e definitiva dos seus bens, conforme preconiza o artigo 7º do Código Civil, a saber:

Art. 7º. Pode ser declarada a morte presumida, sem declaração de ausência:

I – se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;

II – se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.

Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.

Para o presente trabalho interessa a morte real, mais precisamente a morte encefálica, posto ser esta o termo inicial da doação de órgãos *post mortem*. Para tanto, no próximo subtítulo será abordado o exato instante da morte e as implicações jurídicas.

2.3.2.2 *Instante da Morte*

A morte, ao longo do tempo, apresentou-se em diferentes instantes, como nos mostra as civilizações antigas (3 a 4 séculos atrás) em que somente era dada após a observação dos fenômenos da putrefação.

Depois disso, a morte passou a ser considerada pela medicina com a constatação da rigidez e resfriamento cadavérico, iniciados com a parada cardiorespiratória.

É assim que nos ensina Victor Pereira e José Adriano Marrey Neto, citados por Chaves, Antônio (1994, p. 50):

Até 3 ou 4 séculos, a morte era rejeitada antes da constatação dos fenômenos da putrefação cadavérica. Passou depois pelo estado de rigidez e resfriamento do cadáver, a cessão da respiração e pela parada cardíaca. Todavia, os progressos da terapêutica médica, como medidas de restabelecimento dos batimentos do coração parado e o emprego de meios mecânicos artificiais para manter a respiração, abalaram a definição clínica habitual da morte.

Atualmente tem-se o instante da morte a verificação, através de exames clínicos-neurológicos avançados, da ausência de atividades encefálicas, e não mais como era feita há algum tempo atrás, com a ausência da atividade cerebral.

A pergunta que se deve fazer é: E amanhã, qual será o instante da morte? Se a ausência de atividades encefálicas não for mais caracterizadora da morte, teriam

os médicos que assim procederam cometido o crime de homicídio, previsto no artigo 121 do Código Penal? Por qual razão há a necessidade da lei em fixar o instante da morte? Segurança jurídica?

Segundo Cohen, Cláudio (1984, p. 45),

o conceito científico de morte encefálica não representa uma verdade absoluta de que realmente a morte ocorreu; ele apenas expressa a valorização de um fato que a ciência o aceitou como verdadeiro.

Para Pierangeli, José Henrique (1995, p. 211), é difícil constatar o instante da morte, uma vez que esta não ocorre em um único momento, *“porquanto a paralização das atividades orgânicas vai se estendendo gradualmente ao organismo”*..

Nas palavras de Jean Rostand, apud Pierangeli (1995, p. 211) *“a morte não se consoma de um só golpe: ela se propaga”*. A morte é evento que acontece de forma crescente e sucessiva.

No Brasil, a dificuldade encontrada pela classe médica de se comprovar o instante da morte é que oportunizou o Conselho Federal de Medicina na criação de uma Resolução capaz de determinar condições técnico-científicas de se comprovar este instante; tal assunto será abordado de forma mais aprofundada no próximo tópico.

Assim, busca-se, com o avanço tecnológico, definir critérios objetivos para fixar o momento morte, sendo que o Conselho Federal de Medicina, em específico a classe médica intensivista, discutem, oportunamente, tais critérios objetivos.

2.3.2.3 Condições Científicas Para a Comprovação da Morte Encefálica

O Conselho Federal de Medicina brasileiro, através da Resolução n.º 1480/1997, publicada no Diário Oficial da União, regulou os aspectos a serem verificados para que a equipe médica ateste o óbito da pessoa em razão da morte encefálica.

Para a publicação da presente Resolução, considerou-se a necessidade de se determinar como a medicina verifica a morte encefálica, uma vez que a Lei n.º 9434/1997 dispõe sobre a doação *post mortem* de órgãos, tecidos e partes do corpo

humano.

A mesma resolução entendeu por estabelecer os critérios científicos para a determinação da parada total e irreversível das funções encefálicas, utilizando-se dos procedimentos já estabelecidos pela comunidade médica-científica mundial.

Vale notar, como outro ponto relevante da Resolução, o aspecto econômico que integra tal situação, em razão do elevado ônus provocado pelo uso de recursos extraordinários para manter as funções vegetativas em pacientes com parada total e irreversível da atividade encefálica.

Outro aspecto motivador da resolução foi a necessidade da medicina estar sempre tendo que recorrer ao Poder Judiciário para cessar o emprego de tais recursos.

Sem contar que o ordenamento jurídico clama pela posituação dos critérios a serem adotados para a constatação da ocorrência da morte.

Por fim, aponta a dificuldade de se aplicar tais critérios às crianças menores de 7 dias e prematuros.

Assim determina a resolução em seus artigos, incisos e alíneas:

Art. 1º. A morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias.

Art. 2º. Os dados clínicos e complementares observados quando da caracterização da morte encefálica deverão ser registrados no "termo de declaração de morte encefálica" anexo a esta Resolução.

Parágrafo único. As instituições hospitalares poderão fazer acréscimos ao presente termo, que deverão ser aprovados pelos Conselhos Regionais de Medicina da sua jurisdição, sendo vedada a supressão de qualquer de seus itens.

Art. 3º. A morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida.

Art. 4º. Os parâmetros clínicos a serem observados para constatação de morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinhal e apnéia.

Art. 5º. Os intervalos mínimos entre as duas avaliações clínicas necessárias para a caracterização da morte encefálica serão definidos por faixa etária, conforme abaixo especificado:

- a) de 7 dias a 2 meses incompletos - 48 horas
- b) de 2 meses a 1 ano incompleto - 24 horas
- c) de 1 ano a 2 anos incompletos - 12 horas
- d) acima de 2 anos - 6 horas

Art. 6º. Os exames complementares a serem observados para constatação de morte encefálica deverão demonstrar de forma inequívoca:

- a) ausência de atividade elétrica cerebral ou,
- b) ausência de atividade metabólica cerebral ou,
- c) ausência de perfusão sangüínea cerebral.

Art. 7º. Os exames complementares serão utilizados por faixa etária,

conforme abaixo especificado:

a) acima de 2 anos - um dos exames citados no Art. 6º, alíneas "a", "b" e "c";

b) de 1 a 2 anos incompletos: um dos exames citados no Art. 6º, alíneas "a", "b" e "c". Quando optar-se por eletroencefalograma, serão necessários 2 exames com intervalo de 12 horas entre um e outro;

c) de 2 meses a 1 ano incompleto - 2 eletroencefalogramas com intervalo de 24 horas entre um e outro;

d) de 7 dias a 2 meses incompletos - 2 eletroencefalogramas com intervalo de 48 horas entre um e outro.

Art. 8º. O Termo de Declaração de Morte Encefálica, devidamente preenchido e assinado, e os exames complementares utilizados para diagnóstico da morte encefálica deverão ser arquivados no próprio prontuário do paciente.

Art. 9º. Constatada e documentada a morte encefálica, deverá o Diretor-Clínico da instituição hospitalar, ou quem for delegado, comunicar tal fato aos responsáveis legais do paciente, se houver, e à Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos a que estiver vinculada a unidade hospitalar onde o mesmo se encontrava internado.

Art. 10. Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação e revoga a Resolução CFM nº 1.346/91.

Com tal Resolução, o Conselho Federal de Medicina demonstra a cautela que a equipe médica deve tomar para decretar o óbito do paciente. A utilização de todos os procedimentos a serem tomados, respeitando a faixa etária de cada paciente, sejam eles exames clínicos ou complementares, refletem a delicadeza do caso.

De acordo com Antônio Chaves (1994), o diagnóstico de morte é o ponto mais melindroso que o médico enfrenta, devendo este se cercar de toda prudência e diligência necessária que o caso exige.

A decretação da morte encefálica pela equipe médica responsável, para que se inicie a remoção dos órgãos e tecidos do paciente, deve seguir todos os procedimentos previstos na Resolução n.º 1480/1997, caso contrário, toda equipe médica poderá ser responsabilizada civil e criminalmente.

Dessa forma, analisando a conduta médica embasada na prudência e na diligência exigida pelo seu ordenamento deontológico, vê-se que a equipe médica não deve se avastar dos princípios que norteiam sua profissão, ao aplicar ao pé da letra a definição morte encefálica.

2.4 ESPÉCIES DE DECLARAÇÃO PARA OCORRÊNCIA DA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS *POST MORTEM*

2.4.1 Doação Presumida e Doação Voluntária

A evolução legislativa que trata da remoção e transplantes de órgãos demonstra que este assunto sofreu e sofre modificações constantes. Estas (modificações) também acompanham a evolução social e os calorosos embates entre a classe médica e a classe jurídica vem tentar dirimir os conflitos que daí for surgindo.

Não obstante o vasto conteúdo legislativo referente à remoção e doação de órgãos no Brasil, entre eles, a gratuidade da doação, a implantação do Sistema Nacional de Transplantes, a doação de órgãos e tecidos entre vivos; o núcleo das discussões da doação *post mortem*, acontece em torno da autorização da mesma. Quem pode fazê-la, o doador em vida? A família deve também autorizá-la? E se as vontades não forem congruentes? Qual deve ser respeitada?

Para se responder os questionamentos levantados entendem-se necessário verificar as modificações legislativas referentes ao consentimento, senão vejamos: a Lei 5479/65 que trata do transplante de órgãos, trouxe no texto legal que a autorização deveria ser feita pelo de cujus de maneira positiva e escrita, e na ausência desta pelo consentimento do cônjuge ou parente até 2º grau ou pelas corporações civis e religiosas.

Para se responder aos questionamentos levantados faz-se necessário verificar as modificações legislativas referentes ao consentimento das partes envolvidas na autorização da doação, quais sejam doador e família.

A lei 5479/68 regulamentou o transplante causa mortis de órgãos e tecidos em geral, tendo em vista a ocorrência dos primeiros transplantes cardíacos no Brasil ocorrido no mesmo ano, apenas embasado no critério de morte encefálica. Mas os insucessos destes decorrentes das escassas técnicas, seleção de pacientes e medicamentos, talvez, traduzem a não observação do texto legal de regulamentação em 60 (sessenta) dias após a publicação da mesma.

Citado diploma legal abordava a autorização para transplantes em seu artigo 3º como “permissão para aproveitamento” e elencava em seus incisos um rol hierárquico dessas permissões, a saber:

Art. 3º A permissão para o aproveitamento, referida no art. 1º, efetivar-se-á mediante a satisfação de uma das seguintes condições:
I - Por manifestação expressa da vontade do disponente;
II - Pela manifestação da vontade, através de instrumento público, quando se tratar de disponentes relativamente incapazes e de analfabetos;

III - Pela autorização escrita do cônjuge, não separado, e sucessivamente, de descendentes, ascendentes e colaterais, ou das corporações religiosas ou civis responsáveis pelo destino dos despojos;

IV - Na falta de responsáveis pelo cadáver a retirada, somente poderá ser feita com a autorização do Diretor da Instituição onde ocorrer o óbito, sendo ainda necessária esta autorização nas condições dos itens anteriores.

Privilegiou a norma, naquela ocasião, a manifestação positiva do doador, mesmo que este fosse considerado incapaz civilmente, ou seja, elegeu-se ao consentimento, à autonomia da vontade do doador um valoração inexorável. Ressalta-se que àquela época era vigente o Código Civil de 1916 que não prescrevia dentre do livro I das pessoas os direitos da personalidade, como quanto o atual em vigência desde 2002 o faz no Capítulo II através dos artigos 11 à 21.

Nesta época, a doação de órgãos e tecidos *post mortem* respeitava o princípio bioético da autonomia da vontade, porque o consentimento informado, a manifestação positiva e expressa do doador era levada em consideração e na ausência desta a doação ainda era possibilitada pela autorização do cônjuge, ascendentes, descendentes e dos parentes colaterais até 2º grau.

Essa legislação perdurou por 25 anos e os avanços nas pesquisas científicas, a criação de drogas imunossupressoras alçou os transplantes a um nível de sucesso e satisfação da classe médica, que continuou aprimoramento suas técnicas.

Diante deste contexto social e tendo em vista a ausência de norma complementar exigente na instrução normativa, surge, a necessidade de implementação da lei que trata da remoção e transplantes no Brasil e depois de muitas discussões entre as classes médicas, jurídicas e a sociedade tem-se a promulgação da Lei 8489 em 18 de novembro de 1992.

Tal dispositivo legal prelecionava em seu texto:

Art. 3º A permissão para o aproveitamento, para os fins determinados no art. 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.

Tem-se então para a doação de órgãos pós-morte, mais uma vez, a necessidade da manifestação positiva expressa do doador em vida, e na falta desta a possibilidade da família, limitada entre o cônjuge, os ascendentes e os

descendentes, se sobreviventes à época da doação.

Apesar de se aproximar dos princípios bioéticos intimamente, no tocante ao respeito à autonomia do paciente, respeito à pessoa e beneficência, a norma deixa lacunas que necessitou ser preenchida urgentemente, a exemplo, a falta à época da definição do critério morte encefálica, a limitação dos parentes capazes de autorizar tal doação, bem como, da doação de pessoas vivas.

No mesmo sentido, a saber Drumond (2000, p. 149) leciona:

Como crítica aos aspectos deficientes daquela legislação, era possível citar a falta de uma clara definição de morte (apesar da existência da Resolução nº 1.346/91, do Conselho Federal de Medicina, que dispunha sobre os critérios para a caracterização da “parada total e irreversível das funções encefálicas em pessoas com mais de dois anos”) e a limitação de doação de pessoa vivas (maiores e capazes civilmente) a avós, netos, filhos, irmãos e sobrinhos até o segundo grau, incluindo cunha e cônjuges.

Quando a necessidade de doação de órgãos e tecidos entre pessoas vivas era superior em grau de parentesco à limitação legal, era comum recorrer-se às vias judiciais para autorização da mesma.

No ordenamento brasileiro até 1997, bem como, a doutrina que lecionava sobre o assunto doação de órgãos e tecidos após a morte tratava a mesma como voluntária, tendo em vista as características da mesma, qual seja, ser autorizada, consentida pelo doador em vida, ou ainda, por ser a manifestação positiva e expressa do doador requisitos indispensáveis para a ocorrência desta.

Cinco anos a promulgação da lei em questão, em 4 fevereiro de 1997 a mesma fora expressamente revogada, bem como seu Decreto regulamentar, vigorando a partir de então a lei 9434/97, vigente até os dias atuais. Contudo, este diploma legal surgiu alterando significativamente a remoção e doação de órgãos, tecidos e partes do corpo para fins de transplante e tratamento, e enfrentou conflitos que culminaram em sua modificação legislativa como ver-se a diante.

A lei fora publicada em 04 de fevereiro de 1997 e em junho do mesmo ano fora devidamente regulamentada através do Decreto 2268 que criou dentre outras coisas o Sistema Nacional de Transplantes – SNT – órgão inerente ao Ministério da Saúde que tem por responsabilidade captar e distribuir os órgãos a serem transplantados no território brasileiro.

Citado instrumento legislativo surgiu como um grande alento para uma

parcela da população que se encontrava em leitos de hospitais ou em seus lares a espera indefinida da doação de um órgão para dar continuidade às suas vidas.

Observando-se que em agosto do corrente ano com o critério de morte encefálica devidamente regulamentada pelo Conselho Federal de Medicina através da Resolução nº 1480, transmudou a doação de órgãos no ordenamento pátrio o caráter de voluntariedade para o de presunção. Ou seja, transformou a doação voluntária em doação presumida.

Segundo Drumond, (2000, p. 150):

Já a nova lei 9434 trazia em seu bojo, de modo surpreendente, dispositivo que transformava todo e qualquer cidadão, ao morrer, em doador compulsório - a não ser que em vida tivesse manifestado contrariamente a isto, em documentos de identidade civil ou na Carteira Nacional de Habilitação (art. 4º e seus parágrafos).

O instituto da doação presumida já existia na legislação de países mais progressistas nesta questão como Finlândia, Grécia, Itália, Noruega, Espanha, Austrália, Bélgica, França, Suécia entre outros.

Contudo, a entrada em vigor deste instituto legal foi motivo de várias controvérsias, e mesmo com o lapso temporal existente para o tramite legal conhecido no Brasil para a promulgação de uma lei desta natureza, o mesmo provocou uma polêmica generalizada na opinião pública e na classe médica.

Tais controvérsias baseiam-se não só nas diferentes culturas e tradições dos povos que praticam e acreditam na doação presumida para com o Brasil, como a prática da classe médica que a faz fundamentada nos princípios éticos hipocráticos já acima descritos.

Por esta razão, segundo Parizi (1998, p.1589) a comunidade científica médica defende ser a doação de órgãos, tecidos e partes do corpo um ato de solidariedade, altruísmo, e para tanto, precisa ser necessariamente este informativo e consciente da vontade daquele que o pratica, o doador. Considerando-se o grande contingente de analfabetos na população brasileira que sequer tem acesso aos cartórios de registro civil, a presunção da doação torna-se bastante questionável.

Ademais, segundo Drumond (2000, p.150), a nova lei era acusada de violentar as tradições e culturas do povo brasileiro, ao determinar obrigatória a doação que era entendida como uma opção generosa, solidária da pessoa.

Como conseqüência, houve uma repercussão geral e negativa na população,

que rapidamente não tardou a proceder a troca de documentos de identidade, rejeitando a forma compulsória da norma legal. Pesquisas informais da época demonstram que em alguns Estados a rejeição era entorno de 25% dos habitantes. Mas, esta (rejeição) é demonstrada na significativa queda dos índices estatísticos dos potenciais doadores, que podem ser verificados em fontes estatísticas governamentais.

Ainda na fase do projeto de lei o Conselho Federal de Medicina se pronunciou através do Processo-Consulta CFM nº 2.655/95 (PC/CFM/Nº 34/95) salientando na sua ementa: “A doação de órgãos deve ser de caráter manifesto e não presumida, traduzindo em gesto de amor e solidariedade ao próximo”. Discorre ainda no mesmo documento que o aumento no número de transplantes estava intimamente ligado a uma melhor organização das estruturas envolvidas nos transplantes, bem como, da uma mais precoce notificação da morte encefálica.

Diante desta realidade viu-se a classe médica em um dilema ético-legal, se por um lado havia facilidade para obtenção de órgão sem a necessidade da anuência do falecido ou de seus familiares, por outro, esta retirada feria diretamente o código de conduta ética médica (Resolução CFM nº1246/88).

Na dúvida, embora previsto legalmente, a classe médica fora orientada, alinhada à ética profissional e ao respeito aos familiares, no sentido de não deixar de consultar a família do de cujus na doação *post mortem*, na ausência de expressa negativa deste (de cujus) em vida, totalmente diverso do que preceituava o artigo 3º, inciso II da respectiva Lei em questão.

À época a comunidade científica médica se pronunciava de acordo com Parizi (1998, p.157) neste sentido:

A perspectiva que vem se delineando quanto à doação é que dificilmente, sem a anuência da família do paciente os profissionais de saúde procederão à retirada de órgãos e/ou outros tecidos de pessoa que não se manifestou contrária, mesmo porque o Brasil tem cultura preponderantemente cristã, onde o núcleo familiar é extremamente valorizado e em cuja opinião normalmente é baseada a conduta do profissional, principalmente da falta de autonomia do paciente.

O fato é que a alteração legislativa que modificou o ato de doação de voluntário para presumido, não fora suficiente para fomentar os índices quantitativos dos transplantes *post mortem* no país, ao contrário o clamor público que rejeitou a doação presumida fez estes (índices) despencar.

Mesmo que a lei sabiamente estabeleceria a *vacatio legis* em um ano, já prevendo uma melhor estrutura no sistema nacional de transplantes, bem como, a necessidade de campanhas esclarecedoras à população, a realidade é que nenhuma destas situações ocorreu nesse lapso temporal.

Ainda segundo Parizi (1998, p.160) a questão estrutural do sistema de saúde é fator relevante na discussão para fomento do número de transplantes no país. Uma vez que a falta de recursos humanos e materiais para o diagnóstico da morte encefálica, bem como, para a captação, distribuição e realização dos transplantes de órgãos e tecidos devem ser criticamente analisados.

Ademais, mesmo que a população e a classe médica aceitassem de forma pacífica a doação presumida, isso não significaria um incremento no número de doadores e transplantes no Brasil. Os índices oficiais e estatísticos da ABTO (associação Brasileira de Transplante de Órgãos) demonstram claramente que a deficitária rede de serviços de saúde do país é de longe um gravame relevante a se considerar no número de transplantes.

Percebe-se que, se antes do advento do diploma legal já existiam dificuldades em torno da doação de órgãos no Brasil, após, este panorama ficou ainda mais prejudicado, tendo em vista a legislação em questão desprivilegiar um princípio bioético de fundamental importância na prática médica, qual seja, o princípio da autonomia do paciente, do respeito às pessoas, e ainda ser contrário às normas deontológicas de renomada profissão que garantia ao médico expressamente o direito de recusar-se a praticar qualquer ato que fossem contrários aos ditames de sua consciência.

Ainda que alguns juristas, a exemplo do Procurador geral da República à época, segundo Drumond (2000) pronunciaram-se afirmando que a lei tinha caráter autorizador e não obrigatório, o quadro social continuou desfavorável à norma, e então, o governo federal munido de suas prerrogativas resolveu editar a Medida Provisória nº1718-3 de 30 de dezembro de 1998 que acresceu o seguinte parágrafo ao artigo 4º da lei, a saber:

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

Esta nova disposição legal revogou parcialmente a obrigatoriedade que a

doação presumida impunha aos cidadãos de manifestar-se expressamente em vida contrário à doação de órgãos. Caso este (cidadão) em vida não manifestasse sua vida, os familiares descritos na norma poderiam fazê-lo.

Não obstante o complexo procedimento legislativo, bem como, as pouco difundidas políticas públicas no tocante a difusão de informações necessárias para compreensão da doação de órgãos, segundo informações do Ministério da Saúde, houve 90% (noventa por cento) de negativa dos familiares em autorizar a retirada de órgãos de parentes mortos.

Então em 24 de outubro de 2000 o governo federal, mais uma vez, através da Medida Provisória 1959-27 revogou o art. 4º e seus incisos que passou a ter a seguinte redação:

Art.4º A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas, para transplante ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização de qualquer um de seus parentes maiores, na linha reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, ou do cônjuge, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

Com a edição desta Medida Provisória que foi convertida, depois de diversas reedições, na Lei 10211 em 23 de março de 2001, o Presidente da República, à época o Senhor Fernando Henrique Cardoso estabeleceu dentre outras modificações uma nova roupagem a doação de órgãos no Brasil, transmutando-a de presumida em autorizada.

Em três anos, a legislação brasileira aplicada à doação de órgãos e tecidos que se origina elegendo o princípio da doação presumida se modifica para atender aos princípios éticos e bioéticos exercidos pelos profissionais da saúde, bem como, para apaziguar a sociedade civil democrática que refuta imposição de qualquer natureza.

Contudo, o advento do novo Código Civil, em janeiro de 2002, e seu caráter constitucional, conseqüentemente publicista, uma nova realidade é esboçada à lei de doação de órgãos e tecidos *post mortem* no país, pois, seus dispositivos legais que tratam especificamente dos direitos da personalidade sem correspondência com o Códex anterior, inovam no sentido de conceder ao ato de doação a possibilidade de disposição gratuita do *próprio* corpo.

O novo ordenamento civil garante ao cidadão a possibilidade de decidir o destino de seus órgãos, tecidos e partes do corpo para depois da morte, desde que

respeitado os objetivos científicos e altruísticos.

Percebe-se que este novo conceito de doação fora modificado, dada a sua característica de autonomia e liberdade ofertada ao próprio doador de órgãos em vida para depois da morte, e não aos seus familiares como a lei específica do tema abordado em seu artigo 4º acima descrito.

A problemática surge quando há conflito de interesses entre a pessoa individualmente considerada e seu grupo familiar. Qual se deve privilegiar, a pessoa com sua dignidade e possibilidade jurídica de dispor de seus órgãos para depois da morte, de conformidade com a lei civil, ou seus familiares com a autorização a eles concedida pela legislação específica ao tema? Essa será o tema abordado no próximo tópico.

3.4 DOAÇÃO VOLUNTÁRIA DA FAMÍLIA E PELO DOADOR

Se por um lado a comunidade científica médica entende a doação presumida com um atentado violento à autonomia, liberdade do doador, por outro é juridicamente possível entender-se a autorização da mesma forma quando as vontades não são congruentes, ou seja, pode-se apreender esta como uma terceirização de ato próprio, autônomo da pessoa.

Primeiramente, é importante salientar sob a ótica dos direitos fundamentais, especialmente a dignidade da pessoa humana, (já definida nos tópicos anteriores), que a não realização de um ato próprio autorizado pela pessoa legalmente, a exemplo do artigo 14 do Código Civil, a ofenderá diretamente?

A práxis médica de consultar a família do potencial doador já falecido, curvando-se ao princípio bioético de liberdade e autonomia do paciente, no intuito de buscar a autorização da mesma para realização da remoção e posterior doação de órgãos, tecidos e/ou partes do corpo, quando este já o fez em vida, não insultaria os direitos da personalidade?

Então, quando a decisão da família do falecido, autorizadora ou não do ato de remoção dos órgãos e tecidos, forem contrários a declaração da vontade manifestada em vida pelo de cujus, o profissional da saúde deve segui-la (autorização) observando-se os preceitos éticos e bioéticos previstos para sua categoria profissional? E o princípio bioético da liberdade e autonomia da vontade e

o respeito às pessoas não devem ser considerados?

A lei especial 9437/97 que leciona especificamente sobre a temática da remoção e transplantes de órgãos, tecidos e partes do corpo, é conflitante com a lei geral civilista? Está-se instaurado um conflito de normas?

É preciso uma melhor compreensão dos direitos da personalidade a fim de que se chegue a uma conclusão. O próximo tópico o abordará.

2.5 O ADVENTO DO NOVO CÓDIGO CIVIL

A publicação do novo Código Civil em 2002, adequando os direitos da personalidade, especificamente nos artigos 11 a 21, à uma nova realidade social fomenta reflexões e análises sobre a declaração de vontade do doador de órgãos para depois morte, no tocante à autorização familiar e à relação médico-paciente.

Acompanhando a dinâmica legislativa da Lei 9434/97, acima descrita, surge em 1984 o projeto de Lei 634-B, suplementando o projeto do Código Civil, propondo os então em vigor artigos 13 e 14 da Lei 10.406/2002 (Código Civil), a saber:

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

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

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

Parágrafo único – o ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Podemos perceber com este dispositivo que a norma descrevia a necessidade de ordenar a retirada de órgãos e partes do corpo em vida ou *post mortem* dentro da sociedade civil.

No artigo 13 nota-se a expressão “exigência médica”. É a classe médica, ou melhor, o profissional especializado da medicina que, verificando a necessidade do caso, exigirá a diminuição permanente da integridade física, como por exemplo, o caso de determinados pacientes diabéticos que tem parte de membros amputados, em prol de sua saúde como um todo.

Neste diploma legal é possível perceber a relevância que os preceitos éticos e bioéticos da classe médica assumiram ao serem positivados no ordenamento

jurídico brasileiro.

Com a entrada em vigor do Código Civil a doação de órgãos *post mortem* passou a ter novo sentido. O ordenamento jurídico pátrio reconhece a necessidade de ampliar as finalidades da doação descrevendo não só o objetivo científico, mas também o ideal altruístico que alimenta o doador.

Com este dispositivo no artigo 14, a legislação civil pátria demonstra o estágio avançado que se encontra, pois promove em só artigo a união da ciência (objetivo científico) e do amor ao próximo (objetivo altruístico).

Como vimos no primeiro capítulo, o princípio da beneficência é a busca da ação humana no âmbito das relações. Mas hoje, o Direito Civil vai além, preservando o ato jurídico benevolente do doador de órgãos *post mortem*.

Outra novidade deste artigo é a convalidação do ato de disposição emitido pelo doador. Caso este tenha manifestado em vida a vontade de doar seus órgãos, tecidos e partes do corpo, esta se manterá para além de sua vida, mesmo que seus familiares declararem o contrário.

Portanto, de acordo com o preceito legislativo a declaração de vontade não se presume, deve ser anterior, em vida, exigindo-se todos os elementos do ato jurídico.

Dessa forma, surge um aparente conflito de normas entre a legislação específica do tema (lei 9434/97) e a lei geral (Código Civil) no tocante aos direitos personalíssimos, quando a declaração de vontade do indivíduo manifestada em vida e de seus familiares não são idênticas no tocante à doação de órgãos, tecidos e partes do corpo para depois da morte.

Para tanto, no próximo título faz-se indispensável discorrer a respeito da solução apresentada à antinomia de normas pela disciplina da hermenêutica jurídica, bem como, determinar se os citados instrumentos normativos são ou não conflitantes entre si.

CAPITULO 3

O APARENTE CONFLITO DE NORMAS

Diante do impasse travado entre a lei especial, que trata da remoção e transplante de órgãos, tecidos e partes do corpo (lei nº 9434/97), quando aborda em seu artigo 4º sobre a autorização familiar como elemento indispensável para a doação de órgãos *post mortem*, e o Código Civil em seu artigo 14, que reconhece como válida a manifestação de vontade do doador em vida para depois da morte, surge o que a hermenêutica jurídica se encarrega de intitular como antinomia de normas.

Nos respectivos artigos de lei, abaixo transcritos é possível, num primeiro momento, observar-se um conflito de normas, a saber:

Art. 4º A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, **dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive**, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte (redação dada pela Lei 10.211 de 23.03.2001) (*grifo nosso*);

Art. 14. **É válida**, com objetivo científico, ou altruístico, **a disposição gratuita do próprio corpo**, no todo ou em parte, **para depois da morte**.
Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo. (*grifo nosso*).

Percebe-se que as disposições legais sobre a doação de órgão *post mortem*, em relação à declaração de vontade, legitimam pessoas diferentes para tal ato, o quê implica em uma análise mais acurada sobre esta situação.

Antes de discorrer sobre o tema, necessário se faz compreender o conceito de norma jurídica. Tem-se por norma e seu paralelo com a lei, segundo Nader (2008), que as normas disciplinam os fatos ou organizam instituições e são manifestações do Direito Positivo. As regras ou normas, segundo citado autor, são as células de ordem jurídica, mas ressalva que o Direito não se interage somente destas, já que elas implicitamente abrangem o fato ordenado e os valores consagrados.

Para Ferraz Jr. (2007, p. 100), acrescentando ao conceito acima, norma é:

Seu critério fundamental de análise, manifestando-se para ele o fenômeno jurídico como um dever-ser da conduta, um conjunto de proibições, obrigações, permissões, por meio do qual os homens criam entre si

relações de subordinação, coordenação, organizam seu comportamento coletivamente, interpretam suas próprias prescrições, delimitam o exercício do poder, etc.

No entanto, o fato de existir no ordenamento jurídico não confere à norma a característica de validade, para Bobbio (2006) se qualquer norma é posta, nem toda norma é válida.

O direito como objeto pode ser observado por dois pontos de vista, o dogmático e o zetético. Segundo Ferraz Jr (2006) a questão da validade jurídica das normas pode ser encarada tanto como uma questão aberta (zetética), quanto sob o ângulo dogmático (fechado). A questão aberta da validade exige distinção entre validade e existência de normas jurídicas e de outras normas, como as morais.

Entretanto, o conflito de normas explicitado neste trabalho ocorre entre normas de um mesmo ordenamento jurídico, o brasileiro, sendo necessário analisá-lo sob o ângulo dogmático. A doutrina jurídica confere quatro qualidades essenciais à norma jurídica, quais sejam validade, vigência, eficácia e vigor.

O jurista Ferraz Jr (2006, p. 203) resume essas características, sob o ângulo dogmático da seguinte forma:

1. *validade* é uma qualidade da norma que designa sua pertinência ao ordenamento, por terem sido obedecidas as condições formais e materiais de sua produção e conseqüente integração no sistema;
2. *vigência* é uma qualidade da norma que diz respeito ao tempo de validade, ao período que vai do momento em que ela entra em vigor (passa a ter força vinculante) até o momento em que é revogada, ou em que se esgota o prazo prescrito para sua duração;
3. *eficácia* é uma qualidade da norma que se refere à possibilidade de produção concreta de efeitos, porque estão presentes as condições fáticas exigíveis para sua observância, espontânea ou imposta, ou para a satisfação dos objetivos visados (efetividade ou eficácia social), ou porque estão presentes as condições técnico-normativas exigíveis para sua aplicação (eficácia técnica);
4. *vigor* é uma qualidade da norma que diz respeito a sua força vinculante, isto é, à impossibilidade de os sujeitos subtraírem-se a seu império, independentemente da verificação de sua vigência ou eficácia. (grifo ao autor).

Feitas essas considerações iniciais sobre norma e suas qualidades fundamentais, passa-se ao conceito de antinomia para elucidação a respeito sobre o conflito ou aparente conflito existente entre os artigos transcritos no início deste tópico que trata da temática deste trabalho.

Para Bobbio (1999, p. 81) antinomia é: “a situação de normas incompatíveis entre si é uma dificuldade tradicional frente à qual se encontram os juristas de todos os tempos, e teve uma denominação própria característica: antinomia”.

No entanto, como veremos a seguir duas normas conflitantes podem conviver harmoniosamente num mesmo sistema jurídico, e para se afirmar se há a existência ou não de um conflito de normas é necessário entendimento sobre este, bem como, quais são as possíveis soluções determinadas pela hermenêutica jurídica.

3.1 ANÁLISE DO CONCEITO DE ANTINOMIA

Segundo Plácido e Silva (1999, p. 67) antinomia significa:

Palavra de origem grega (antinomos), é aplicada para significar a contradição real ou aparente, evidenciada entre duas leis, o que torna de certo modo difícil sua interpretação. Ocorre também entre cláusulas de um mesmo contrato.

Antinomia de leis. Leis contraditórias.

Para Bobbio (1999, p. 86) existem duas condições necessárias para a ocorrência de antinomias, quais sejam:

1) As duas normas devem pertencer ao mesmo ordenamento. O problema de uma antinomia entre duas normas pertencentes a diferentes ordenamentos nasce quando eles não são independentes entre si, mas se encontram em um relacionamento qualquer que pode ser de coordenação ou subordinação.

2) As duas normas devem ter o mesmo âmbito de validade. Distinguem-se quatro âmbitos de validade de uma norma: temporal, espacial, pessoal e material.

Para Diniz, (1998, p. 85) antinomia é o conflito existente entre duas normas, dois princípios, ou de uma norma e um princípio geral de direito, levando-se em consideração a aplicação prática a um caso particular. É a existência de duas normas contraditórias, sem que se possa saber qual delas deverá ser aplicada ao caso concreto.

Para Bobbio (1999, p. 88) antinomia é “aquela situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade”.

Já Ferraz, Jr. (2007, p. 212) leciona a respeito do conceito de antinomia:

Podemos definir, portanto, antinomia jurídica como a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente) emanadas de autoridade competente num mesmo âmbito normativo, que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros do ordenamento dado.

O mesmo jurista classifica a antinomia jurídica de quatro formas, quais sejam; a) antinomias reais e aparentes; b) antinomias próprias e impróprias; c) classificação quanto ao âmbito e d) classificação quanto à extensão da contradição.

Para que a distinção entre antinomia real e a aparente seja explicitada é imprescindível informar que para tal (distinção) devem-se considerar as regras de solução são parte integrante do ordenamento jurídico, como normas. Do contrário todas as antinomias seriam consideradas como reais e estas são insustentáveis porque não há critérios para a sua solução. Já a antinomia aparente é sustentável, pois possui critérios normativos.

Segundo Diniz (1998, p. 85) para que se caracterize uma antinomia real são imprescindível três elementos, quais sejam, incompatibilidade, indecidibilidade e necessidade de decisão:

(...) Só há antinomia real se, após a interpretação adequada das duas normas, a incompatibilidade entre elas perdurar. Rara que haja antinomia será mister a existência de duas ou mais normas ao mesmo caso, imputando-lhe soluções logicamente incompatíveis.

A antinomia aparente é aquela que, ou possui critérios normativos positivos para sua solução ou entre os critérios existentes não há conflito. Esta possibilidade está intimamente vinculada com a temática da doação de órgãos, tecidos e partes do corpo *post mortem*, quando verificada a necessidade da autorização familiar que trata a lei especial (lei nº 9434/97) e a possibilidade elencada pelo código civil da própria pessoa dispor de seu corpo em vida para depois da morte.

Vale ressaltar que as antinomias reais e aparentes, são tratadas por parte dos doutrinadores também como antinomias insolúveis e solúveis, respectivamente, senão vejamos a definição de (BOBBIO, 2006, p.92):

Chamamos as antinomias solúveis de aparentes; chamamos as insolúveis de reais. Diremos, portanto, que as antinomias reais são aquelas em que o interprete é abandonado a si mesmo ou pela falta de um critério ou por conflito entre os critérios dados.

Já por antinomias próprias entendem-se segundo Ferraz, Jr (2007, p. 213): “aquelas que ocorrem por motivos formais (por exemplo, uma norma *permite* o que a outra *obriga*.” (grifo do autor). E por antinomia imprópria aquela que se refere em razão do conteúdo material das normas, ou seja, entre o comando emanado e a consciência do aplicador.

De acordo com o autor citado (2007), para a classificação quanto ao âmbito tem-se antinomia de direito interno, de direito internacional e de direito interno-internacional. Essa antinomia ocorre entre normas do direito interno (direito civil, constitucional), entre normas do direito internacional ou entre normas do direito interno e direito internacional.

A última das classificações analisa a extensão da contradição, e verifica quando uma das normas pode ou não ser aplicada sem entrar em conflito com outra. Essa antinomia então é classificação de três formas, quais sejam, antinomia total-total, total-parcial e parcial-parcial.

Bobbio (2006, p. 88) distingue a antinomia de normas da mesma forma, a saber:

- 1) Se as duas normas incompatíveis têm igual âmbito de validade, a antinomia pode-se chamar, seguindo a terminologia de Ross (que chamou a atenção sobre esta distinção), *total-total*: em nenhum caso uma das duas normas pode ser aplicada sem entrar em conflito com a outra.(p.p.88.6) grifos do autor
- 2) Se duas normas incompatíveis têm âmbito de validade em parte igual e em parte diferente, a antinomia subsiste somente para a parte comum, e pode chamar-se *parcial-parcial*: cada uma das normas tem um campo de aplicação em conflito com a outra, e um campo de aplicação no qual o conflito não existe. (p.p.89.1) grifos do autor
- 3) Se, de duas normas incompatíveis, uma tem um âmbito de validade igual ao da outra, porém mais restrito, ou, em outras palavras, se o seu âmbito de validade é, na íntegra, igual a uma parte da outra, a antinomia é total por parte da primeira norma com respeito à segunda, e somente parcial por parte da segunda com respeito à primeira, e pode chamar *total-parcial*. A primeira norma não pode ser em nenhum caso aplicada sem entrar em conflito com a segunda; a segunda tem uma esfera de aplicação em que não entra em conflito com a primeira.(p.p.89.3) (grifos do autor).

Diniz, (1998, p.86) ². compartilha das mesmas ideias, mas traz outra classificação quanto as antinomias, quais sejam, primeiramente divide as antinomias em quatro critérios, de solução, de conteúdo, do âmbito e da extensão da contradição. Quanto ao critério de solução este se subdivide em duas antinomias, real e aparente; já quanto ao critério de conteúdo a divisão se dá em antinomia própria e imprópria, subdividindo-se este em mais três antinomias, de princípios, valorativa e teleológica. Quanto ao âmbito e a extensão da contradição, esta autora mantém a mesma divisão dos autores citados anteriormente.

Diante dessas considerações a respeito do conceito de norma jurídica e das classificações de antinomias, é necessário expor, de acordo com a hermenêutica jurídica, e visando a coerência do sistema legal, quais são as possíveis soluções que o intérprete/aplicador do direito deve se utilizar para o enfrentamento do conflito de normas, no caso em tela, quanto ao critério do âmbito, apenas o da antinomia de direito interno.

Admitem-se, pelos doutrinadores clássicos, três regras fundamentais para a solução dos conflitos de normas, o critério hierárquico, o critério cronológico e o critério de especialidade.

O critério hierárquico é definido pela expressão *lex superior derogat legi inferiori*, ou apenas, *lex superior*, que significa, lei superior derroga lei inferior. Este (critério) relaciona-se com a hierarquia existente entre as leis, nas palavras de Bobbio (2006, p.93): “é aquele pelo qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior: *lex superior derogat inferiori*”.

Segundo Diniz, (1998, p.88), a ordem hierárquica das normas é utilizada para

1) ² Ao critério de solução. Hipótese em que se terá:

A) antinomia aparente, se os critérios para a sua solução forem normas integrantes do ordenamento jurídico.

B) antinomia real, quando não houver no ordenamento jurídico qualquer critério normativo para solucioná-la, sendo, então, imprescindível à sua eliminação a edição de uma nova norma.

2) Ao conteúdo, Ter-se-á:

A) antinomia própria, que ocorre quando uma conduta aparece ao mesmo tempo prescrita e não prescrita, proibida e não proibida, prescrita e proibida;

B) antinomia imprópria, a que ocorrer em virtude do conteúdo material das normas, podendo apresentar-se como: a) antinomia de princípios, se houver desarmonia numa ordem jurídica pelo fato dela fazerem parte de diferentes idéias fundamentais, entre as quais se pode estabelecer um conflito; b) antinomia valorativa, no caso de o legislador não ser fiel a uma valoração por ele próprio realizada; c) antinomia teleológica, se se apresentar incompatibilidade entre os fins propostos por certa norma e os meios previstos por outra para a consecução daqueles fins (...).

3) Ao âmbito. Poder-se-á ter:

A) antinomia de direito interno, que ocorre entre normas de um mesmo ramo do direito ou entre aquelas de diferentes ramos jurídicos;

B) antinomia de direito internacional, a que aparece entre convenções internacionais, costumes internacionais, princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas, decisões judiciárias, opiniões dos publicistas mais qualificados como meio auxiliar de determinação de normas de direito (Estatuto da Corte Internacional de Justiça, art. 38 – normas criadas pelas organizações internacionais a tos jurídicos unilaterais (...));

C) a antinomia de direito interno-internacional, que surge entre norma de direito interno e norma de direito internacional, e resume-se no problema das relações entre dois ordenamentos, na prevalência de um sobre outro na sua coordenação.

4) À extensão da contradição. Segundo Alt. Ross ter-se-á:

A) Antinomia total-total, se uma das normas não puder ser aplicada em nenhuma circunstância sem conflitar com outra;

B) Antinomia total-parcial, se uma das normas não puder ser aplicada, em nenhuma hipótese, sem entrar em conflito com a anterior apenas em parte;

C) Antinomia parcial-parcial, quando as duas normas tiverem um campo de aplicação que, em parte, entra em conflito com o da outra e em parte não.

solucionar conflitos das normas de diferentes níveis.

Mas, e quando as normas estão no mesmo nível de hierarquia? O conflito ainda persiste? Tem-se, então, o critério cronológico denominado pela expressão *lex posterior derogat legi priori*, ou simplesmente, *lex posterior*. Este critério leva em consideração o tempo da vigência da lei. Segundo Diniz (1998, p. 89) este critério: “remonta ao tempo em que as normas começaram a ter vigência, restringindo-se somente ao conflito de normas pertencentes ao mesmo escalão”.

Já o terceiro critério de solução para a antinomia de normas é o da especialidade, qual seja, *lex specialis derogat legi generali*, de acordo com o filósofo italiano (Bobbio, 2006, p. 95):

O terceiro critério, dito justamente da *lex specialis*, é aquele pelo qual, de duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial (ou excepcional), prevalece a segunda: *lex specialis derogat generali*. Também aqui a razão do critério não é obscura: lei especial é aquela que anula uma lei mais geral, ou que subtrai de uma norma uma parte da sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente (contrária ou contraditória).

Diante do exposto, suscitam as dúvidas: e se uma lei for hierarquicamente maior, mas com vigência anterior ou vice-versa como solucionar esse conflito? E se uma norma for posterior-geral frente a uma anterior-especial? E se a norma for superior-geral antinômica a uma inferior-especial? Ou ainda, entre estes critérios qual(is) pode(m) ser considerado(s) mais justo(s)?

Para todos estes questionamentos a disciplina hermenêutica jurídica encontrou saída jurídicas capazes de auxiliar os operadores do direito a solução das antinomias, senão vejamos. Primeiramente, iremos resolver os conflitos existentes entre os critérios de solução das antinomias.

Estes critérios de solução não são, conforme leciona Diniz (1998, p.92), consistentes, por isso, a doutrina criou metacritérios, também denominados como regras gerais, capazes de solucionar essas antinomias denominadas de segundo grau, com a ressalva da aplicação destes (metacritérios) ao caso concreto, tendo em vista sua difícil generalização, senão vejamos.

Na hipótese de o conflito ocorrer entre o critério hierárquico e cronológico a metaregra *lex posterior inferiori non derogat priori superiori* soluciona o problema. Pois de acordo com (Bobbio, 2006, p. 107):

O critério hierárquico prevalece sobre o cronológico, o que tem por efeito fazer eliminar a norma inferior, mesmo que posterior (...). O critério cronológico vale como critério de escolha entre duas normas colocadas no mesmo plano. Quando duas normas são colocadas sobre dois planos diferentes, o critério natural de escolha é aquele que nasce da própria diferença de planos.

Já o conflito entre os critérios de especialidade e cronológico, ou seja, antinomia entre norma especial anterior e geral posterior a solução está no metacritério: *lex posterior generalis non derogat priori speciali*. Ou seja, a regra da especialidade prevalece sobre a cronológica. Contudo, Diniz (1998, p. 92) afirma que esta regra geral não tem valor absoluto, pois deve-se levar em consideração algumas circunstâncias presente no caso concreto. Assim, deve haver supremacia ora de um ora de outro critério.

Quando os conflitos ocorrem entre o critério hierárquico e o de especialidade, não é possível estabelecer uma metaregra geral, preterindo-se um critério sobre outro. Pois, como se vê anteriormente, o conflito destes critérios analisados individualmente sobre o cronológico, estes tem prevalência sobre aquele. Então qual critério se deve aplicar? De acordo com (Bobbio, 2006, p.108):

Uma resposta segura é impossível. Não existe uma regra geral consolidada. A solução dependerá também, neste caso, como no da falta dos critérios, do intérprete, o qual aplicará ora um ora outro critério segundo as circunstâncias. A gravidade do conflito deriva do fato de que estão em jogo dois valores fundamentais de todo ordenamento jurídico, o do respeito da ordem, que exige o respeito da hierarquia e, portanto, do critério da superioridade, e o da justiça, que exige a adaptação gradual do Direito às necessidades sociais e, portanto, respeito do critério da especialidade.

Para Diniz (1998, p.89) o critério hierárquico é o mais sólido, mas nem sempre por ser o mais consistente, é o mais justo. Já Bobbio (2006, p.89) quando leciona o que a antinomia e a injustiça tem em comum, ensina que as duas circunstâncias pedem uma correção, mas por razões distintas, já que a primeira tem como resultado a incerteza e a segunda a desigualdade. Contudo, a correção destas circunstâncias tem diferentes valores, quais sejam o da ordem e o da igualdade, respectivamente.

Compartilhando das mesmas impressões Diniz (1998, p.92) ensina que:

Em caso extremo de falta de um critério que possa resolver a antinomia de segundo grau, o critério dos critérios para solucionar o critério normativo seria o do princípio supremo da justiça: entre duas normas incompatíveis dever-se-á escolher a mais justa.

Ademais, num primeiro momento, pode-se concluir que os conflitos entre os critérios de especialidade e cronológico e/ou entre o hierárquico e de especialidade são os que aparecem na temática deste trabalho, já que a lei de remoção e transplante de órgãos, tecidos e parte do corpo é uma lei especial anterior à lei geral posterior, aqui representada pelo Código Civil, no tocante a autorização/consentimento para a doação dos órgãos, tecidos e partes do corpo em vida para depois da morte. Mas, como se verá adiante as antinomias entre citadas legislações são apenas aparente.

Para tanto, observar-se-á no próximo tópico a abordagem aos direitos da personalidade tutelados pelo ordenamento civilista e, capazes de auxiliar na conclusão de que a antinomia existente entre os diplomas legais citados é apenas aparente.

3.2 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE TUTELADOS PELO CÓDIGO CIVIL.

3.2.1 O Embrião dos Direitos da Personalidade.

A vigência da lei 10406 em 10 de janeiro de 2002 alterou a tutela da pessoa e dos direitos inerente a essa no âmbito civil. Antes de o citado ordenamento vigorar, a legislação funcionava no sentido de proteger a pessoa, não entendendo os direitos inerentes deste como ofendidos.

A esse respeito leciona o civilista Miranda (ano, p. 29) no sentido de que: “a técnica legislativa satisfaz com a simples alusão à “pessoa” ou à “ofensa a pessoa”, para as regras jurídicas concernentes aos efeitos da entrada do suporte fático, em que há ser humano, no mundo jurídico”. Alega ainda o mesmo autor que a referência era dada ao fato e não aos direitos que dele emanavam; entendidos, portanto, como efeitos do fato jurídico da personalidade.

Os direitos decorrentes da personalidade são direitos de tamanha grandiosidade e ao mesmo tempo tão modernos que houve resistência, ainda neste século, da própria comunidade científica jurídica em tratar os aludidos direitos, tais como, a integridade psíquica, a honra, e até a liberdade de pensamento como direitos (Miranda, ano, p. 29).

A ideia de proteção aos direitos da personalidade tem seu embrião no

reconhecimento dos direitos individuais e conseqüentemente nas constituições que tutelam tais direitos, no mesmo sentido Velloso (2003, p. 115) afirma que:

A preocupação com o ser humano, a necessidade de protegê-lo contra o poder estatal, é contemporâneo da idéia da constituição que surge na segunda metade do século XVIII. A Declaração de Virgínia, de 1776, foi a primeira que reconheceu direitos individuais.

Fiúza apud Velloso (2003, p.115) afirma que este reconhecimento (dos direitos individuais) tem origem no cristianismo, no jusnaturalismo e no iluminismo, respectivamente à dignidade do homem, aos direitos inatos e a valorização do indivíduo perante o Estado. O mesmo autor (2003, p117) prossegue afirmando:

(...) com a evolução do capitalismo industrial, a concentração, a massificação, os horrores da segunda Guerra Mundial, com o desenvolvimento da tecnologia, principalmente da biotecnologia etc., a perspectiva muda. O paradigma do Estado Liberal é substituído pelo Estado Social intervencionista, protetor do mais fraco. Os direitos da personalidade passam a integrar a esfera privada, protegendo o indivíduo, na dignidade, contra a ganância e o poderio dos mais fortes.

Então, os direitos da personalidade nascem com a responsabilidade de garantir às pessoas direitos individuais inerentes a essa no âmbito privado. No ordenamento jurídico brasileiro as regras concernentes à esfera privada são as da ordem civil, ou seja, as relacionadas no Código Civil. Já na esfera pública têm-se na Constituição Federal as normas capazes de tutelar os direitos oriundos da pessoa.

Ademais, vale ressaltar que a tutela aos direitos inerentes à pessoa surgiu do âmbito internacional com as promulgações das Constituição sociais, a exemplo das constituições historicamente conhecidas por sociais do México em 1917 e da República de Weimar em 1919, ocorridas após o advento da primeira Guerra Mundial.

Hoje na esfera pública internacional a nomenclatura para os direitos da personalidade são os seguintes, a saber, liberdades públicas, direitos humanos e até direitos fundamentais ou direitos do homem. Embora haja discordância doutrinária no tocante a nomenclatura a esses direitos, conforme descrito no capítulo 1 do presente trabalho, o ideal protetivo é o mesmo, sempre.

Velloso (2003, p. 117) quando discorre sobre o tema leciona:

Na esfera privada temos, então, os direitos da personalidade, terminologia que registra Cézar Fiúza, foi cunhada por Otto Gierke, e, na esfera pública, direitos humanos, direitos fundamentais, liberdades públicas.

Pode-se então afirmar que a natureza jurídica dos direitos da personalidade do ordenamento brasileiro, inclusive as do diploma legal civilista, são as garantias e os direitos individuais tutelados pela Constituição-Cidadã promulgada em 1988, em especial os agrupados no artigo 5º.

3.2.2 Os Direitos da Personalidade no Mundo Jurídico

Como se vê, diante do penoso quadro social que restou da segunda Guerra Mundial, surge a necessidade de inserir os direitos da personalidade no rol dos direitos e garantias positivados.

A tutela não é mais referente a pessoa em si, mas sim dos direitos que desta emanam. Segundo Miranda (ano, p. 29) a entrada do ser humano no ordenamento jurídico resulta do reconhecimento dos direitos da personalidade.

Este reconhecimento, contudo, marca o início de uma nova era, não só para o mundo jurídico, mas também, para os cidadãos que vivem sob a tutela destas normas. Mas, como todo começo houve dificuldade de encarar a nova perspectiva dos direitos da personalidade.

De acordo com Miranda (ano, p.30):

Com a teoria dos direitos da personalidade, começou, para o mundo, nova manhã do direito. Alcança-se um dos cimos da dimensão jurídica. (...) a princípio, obscura, esgarçando-se em direitos sem nitidez.

Sendo assim, para se chegar à sedimentação dos direitos da personalidade normatizados hoje no diploma legal civilista, um longo caminho foi percorrido, haja vista a visão romanista (patrimonial e contratualista) que muito influenciou no Código Civil de 1916.

Segundo a doutrina e a legislação o fato jurídico é a mola propulsora da ordem civil brasileira, já que este se origina de um fato da vida que sofre a incidência de uma hipótese normativa. Para Rosenvald (2008, p. 411) o que caracteriza o fato jurídico (lato sensu) é a produção de efeitos jurídicos, sendo esta sua principal qualificadora e também a principal distinção do fato material.

Corroborado do mesmo entendimento Monteiro (2007, p.201) que preleciona: “esses acontecimentos, de que decorrem o nascimento, a subsistência e a perda dos direitos, contemplados em lei, denominam-se fatos jurídicos (*lato sensu*)”.

Insta salientar que os fatos jurídicos *lato sensu* são divididos pela doutrina civilista da seguinte forma: fatos lícitos e ilícitos. Os fatos lícitos são subdivididos em fatos humanos, também conhecidos por atos jurídicos *lato sensu* e fatos naturais que são fatos jurídicos *stricto sensu*. À parte temos os atos-fatos jurídicos que decorrem diretamente do gênero fatos jurídicos *lato sensu*.

Os fatos humanos (atos jurídicos *lato sensu*) subdividem-se em atos jurídicos *stricto sensu* e negócio jurídico. O diploma legal civil inicia o livro III dos fatos jurídicos diretamente disciplinando o negócio jurídico, tendo em vista o poder desta espécie de fato jurídico de criar efeitos jurídicos. Mais ainda, segundo Rosenvald (2007, p. 414-415): “o negócio jurídico também fruto da subdivisão dos atos jurídicos em sentido amplo, tipificando categoria na qual a vontade humana escolhe os efeitos que decorrerão”.

Conclui-se, portanto, que pela própria natureza o negócio jurídico é espécie do gênero fato jurídico que tem maior relevância para o mundo jurídico, tendo em vista, o seu elemento principal, qual seja, o acordo de vontade das partes praticantes do negócio.

Os direitos da personalidade é o sustentáculo elementar dos fatos humanos, sejam eles, ato jurídico *stricto sensu* ou negócio jurídico, já que estes (direitos) emanam da pessoa. De acordo com Miranda (2000, p.31) “os direitos da personalidade não são impostos por ordem sobrenatural, ou natural, aos sistemas jurídicos; são efeitos de fatos jurídicos, que se produziram nos sistemas jurídicos.”

Contudo, como já definido no capítulo anterior, os efeitos dos fatos jurídicos do direito da personalidade exposto neste trabalho, qual seja, a manifestação de vontade expressa em vida para doação de órgãos, tecidos e partes do corpo para fins altruísticos ou científicos para depois da morte, é ato jurídico em sentido estrito, pois a caracterização da vontade humana decorre dos efeitos previstos na norma jurídica, *in casu*, no artigo 14 do Código Civil.

Realizada a conceituação e a qualificação dos fatos jurídicos, bem como, o enquadramento dos direitos da personalidade nestas, é relevante apresentar as características destes direitos para se obter ferramentas capazes de solucionar o aparente conflito de normas tratado no presente trabalho, como se verá no tópico

seguinte.

3.2.3 Características Essenciais dos Direitos da Personalidade: Intransmissibilidade e Irrenunciabilidade

Conforme já dito anteriormente os direitos da personalidade se originam no cristianismo, no tocante a dignidade do homem, no jusnaturalismo e no iluminismo quanto aborda os direitos inatos e a valorização do indivíduo perante o Estado, respectivamente (VELLOSO, 2003, p. 115).

Estes direitos sofreram, sofrem e sofrerão influências da época histórica que vigoram, tendo em vista, a própria essência de ser norma jurídica, que acompanha a dinâmica social, e que não pode/deve retroceder sob pena de não se cumprir os maiores objetivos do direito, a justiça e a equidade.

O mesmo entendimento se extrai de Bitar et al apud Monteiro (2007, p. 96) que leciona: “são direitos da personalidade os reconhecidos ao homem, tomado em si mesmo e em suas projeções na sociedade, visando a defesa de valores inatos, como a vida, a intimidade, a honra e a higidez física”.

Os direitos tutelados da personalidade tem íntima ligação com características próprias do ser humano, ou seja, a condição de ser humano já enseja tutela desses direitos. Monteiro (2007, p.97) informa que estes direitos são oriundos do direito natural, pois antecedem a ordem jurídica, nascem com a pessoa, precedem e transcendem o ordenamento positivo, existem pelo simples fato da condição humana.

Diante desse dado, torna-se difícil caracterizá-los frente aos diplomas legais que o tutelam. Os direitos da personalidade estão além destes (diplomas legais), pois a condição de ser humano é que confere validade ao mesmo. Monteiro (2007, p. 96) no mesmo sentido afirma que os direitos da personalidade:

(...) são características inerentes ao indivíduo, que se intuem facilmente, que até dispensariam menção, dada sua inarredabilidade da condição humana, e que configuram pressuposto da própria existência da pessoa, mas que nem sempre são fáceis de explicar. Ou traduzir em palavras.

Mas, duas características são fundamentais aos direitos da personalidade e, portanto, podem/devem ser tutelados pelo ordenamento positivo, ou ao menos,

levados em consideração na aplicação ao caso concreto que envolva com estes direitos. São elas: a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade.

A intransmissibilidade tem relação com a própria essência do que o regramento jurídico tutela, ou seja, a personalidade, aquilo que é intrínseco à cada pessoa, à condição de ser humano. De acordo com o jurista Miranda (2000, p. 31): “a intransmissibilidade deles é resultante da infungibilidade mesma da pessoa e da irradiação de efeitos próprios.”

Se os direitos da personalidade estão, conforme descritos em epígrafe, acima da ordem jurídica, a característica da intransmissibilidade se enquadra perfeitamente nos moldes dos direitos da personalidade, já que cada pessoa é única, e a norma deve assim tratá-la. Miranda (2000, p.31) atesta que os direitos da personalidade nascendo com a pessoa ou adquirindo posteriormente são intransmissíveis. Se assim não o fosse, os direitos personalíssimos seriam perpetuados através do tempo, com a sucessão dos mesmos.

Neste diapasão Miranda (2000, p. 32) leciona:

Toda transmissão supõe que uma pessoa se ponha no lugar de outra; se a transmissão se puder dar o direito não seria *de personalidade*. Não há, portanto, qualquer sub-rogação pessoal; nem poderes contidos em cada direito de personalidade, ou seu exercício, são suscetíveis de ser transmitidos ou por outra maneira outorgados (grifo do autor).

A segunda característica e não menos importante oriunda dos direitos da personalidade é a irrenunciabilidade. Não só os direitos da personalidade são irrenunciáveis, existem outros direitos que não se podem renunciar, a exemplo, direitos de família. De acordo com Miranda (2000, p. 32) não importa qual seja, se é o direito de personalidade é irrenunciável, e assim como a intransmissibilidade, esta característica também está intimamente ligada com a condição humana e dela irradiam seus efeitos.

Levando-se em consideração as características intrínsecas dos direitos da personalidade, de intransmissibilidade e irrenunciabilidade, pode-se concluir que se estes não perspassam a pessoa individualmente considerada, também não podem/devem ser objeto capaz de se extrair apreciação econômica, muito menos ser transacionado. No mesmo sentido Monteiro, (2007, p.98) informa:

(...) realmente, não podem ser objeto de transação, **nem se transmitem a**

qualquer título aos sucessores de seu detentor, que também a eles não pode renunciar, nem estabelecer limites voluntários. Se houver limitações, somente por lei poderão ser fixadas. Assim nem mesmo o titular está autorizado a estabelecer autolimitação a seu exercício. (grifo nosso)

Contudo, Jabur apud Venosa (2008, p.168) acrescenta aos direitos da personalidade, em razão da própria natureza especializada, devem ser interpretados diante da sua carente taxação exauriente também como infalíveis. E complementa: “São todos indispensáveis ao desenrolar saudável e pleno das virtudes psicofísicas que ornamentam a pessoa.”

Incorporando estas características a temática em questão, qual seja, o cumprimento da declaração deixada em vida pelo próprio doador autorizadora da remoção e transplante de órgãos, tecidos e partes do corpo, para depois da morte (conforme ordenamento civilista) ou o cumprimento da autorização familiar de acordo com o que preleciona o art. 4º da lei 9434/97 que aborda o assunto.

Ademais, o doutrinador civilista Monteiro (2007, p.102-103) elenca quais os requisitos necessários para que ocorra a doação de órgãos, tecidos e partes do corpo para depois da morte, a saber: “a) deve ser feita a remoção depois da morte; b) o objetivo deve ser científico ou altruístico; c) **deve fazer autorização do doador ou de sua família.**” (grifo nosso)

Insta salientar que o diploma legal civil fora promulgado após a lei especial, em 10/01/2002 e 04/02/1997, respectivamente, e os direitos da personalidade não tinham previsão legal no Código Civil antecedente (1916), talvez seja esta a dificuldade em compreender que as normas jurídicas em questão não são conflitantes. Não se verifica antinomia entre citados dispositivos legais (artigo 14 do CC e art. 4º da lei 9434/98), tendo em vista que os mesmos podem ser suplementares/complementares.

No mesmo diapasão Venosa (2008, p. 179) discorre sobre o tema, senão vejamos:

(...) tendo em vista o teor do artigo 14 mencionado, temos que concluir, mesmo perante o sistema atual, que, enquanto não regulamentada diferentemente a disposição, **será idônea qualquer manifestação de vontade escrita do doador a respeito da disposição de seus órgãos e tecidos após sua morte, devendo a parentes ou o cônjuge autorizar somente perante a omissão da pessoa falecida.** Tratando-se de disposição não patrimonial, a doação de órgãos após a morte tanto poderá ser inserida pelo doador em testamento como em outro documento idôneo. (grifo nosso).

No caso em tela, as leis que tratam da doação de órgãos, tecidos e partes do corpo para depois da morte, mesmo pertencentes a níveis hierárquicos diferentes, geral (código civil) e especial (lei nº 9434/97), devem ser consideradas instrumentos normativos autônomos, mas, no tocante a autorização para realização de remoção e transplantes da pessoa falecida as mesmas podem/devem ser interpretadas de forma complementar.

Para tanto, no próximo tópico será abordado os possíveis instrumentos a ser utilizados para solucionar a presente antinomia abordada neste trabalho.

3.3. POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA O APARENTE CONFLITO DE NORMAS

Para a solução do aparente conflito de normas, do tema em questão, é possível se utilizar de vários instrumentos possibilitadores, quais sejam, os princípios da bioética, as regras da hermenêutica jurídica, as regras contidas na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, ou ainda os direitos da personalidade e suas características propriamente ditas.

Tais instrumentos podem ser utilizados de forma individual ou conjugados entre si para que se obtenha a solução para o aparente conflito de normas como se vê a seguir.

3.3.1 Princípios Bioéticos

Os princípios bioéticos individualmente considerados são capazes de solucionar tal antinomia. Dentre eles (princípios) o da autonomia do paciente, ou do respeito à pessoa, juntamente com o da beneficência e o da não-maleficência podem ser interpretado de modo a garantir a remoção e o transplantes de órgãos, tecidos e partes do corpo para depois da morte.

O princípio da autonomia do paciente, como já descrito no capítulo 1 deste trabalho, é possível de acordo com as “Diretrizes Éticas Internacionais para pesquisas biomédicas envolvendo seres humanos” (Conselho para Organização Internacional de Ciências Médicas (CIOMS) e OMS (Genebra-1993), extrair-se que neste duas considerações éticas são fundamentais, quais sejam, a proteção da a

capacidade do paciente em deliberar autonomamente deve ser consideradas, assim como, a tutela daqueles que possuem capacidade diminuída ou alterada devam ser protegidas de abusos ou danos que possam ser cometidas contra estes.

Este princípio deve ser utilizado com base no conceito de autonomia, ou seja, com base na capacidade do paciente de manifestar positivamente ou negativamente para a realização de tratamentos, cirurgias ou ainda remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo em vida ou em após a morte.

Informa ainda citado princípio bioético que a manifestação do paciente deve ser atendida, considerando ser este princípio o limitador para interpretação de outros princípios bioéticos, quais sejam, o da beneficência, fazer o bem, e o da não-maleficência, não fazer o mal. O cumprimento da manifestação expressada pelo paciente tem íntima ligação a garantia fundamental legal da dignidade da pessoa humana.

Com base no mesmo princípio, autonomia do paciente, é que Mario Covas, então Governador do Estado de São Paulo, sancionou a Lei 10.241/99 que dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado e dá outras providências, com base em um projeto de lei de autoria do Deputado Roberto Gouveia que preleciona em muitos direitos, no artigo 2º:

Artigo 2º. São direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo:
(...)XXIII - recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida.

O diploma legal ficou comumente conhecido como Lei Mário Covas, já que o governador em questão, como é notoriamente conhecido, fazia o tratamento de um câncer na bexiga sem perspectivas terapêuticas de cura, e se encontrou frente a um impasse, qual seja, diante de uma piora no quadro da saúde já bastante deteriorada, ir para a UTI (Unidade de Terapia Intensiva) do hospital que se encontrava internado ou ficar no quarto com a presença dos familiares e então morrer dignamente como o fez em 06 de março de 2001.

No estado de São Paulo, diante da lei em questão, tem o paciente por respeito a sua dignidade e portanto sua autonomia, a possibilidade dentre outros elencados no rol do artigo 2º da lei, de não ser submetidos a tratamentos dolorosos ou extraordinários para prolongar a vida.

É óbvio que a aplicação deste dispositivo legal deve ser aplicado *in casu*, sob pena de se cometer injustiças, mas, não resta dúvidas de que o princípio bioético foi privilegiado na legislação em questão.

Tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro é baseado no sistema de leis positivadas, é necessário apontar um dispositivo legal que seja pertinente a assunto abordado neste trabalho, qual seja, o reconhecimento da idoneidade da manifestação positiva deixada em vida para realização de remoção e transplantes de órgãos, tecidos e partes do corpo e o cumprimento desta (manifestação) *post mortem*, sem a necessidade de se obter a autorização familiar para tal ato.

Para tanto, tem-se o artigo 14 do ordenamento civilista que faz previsão expressa no sentido de conceder validade a manifestação deixada em vida pelo doador para disposição de seus órgãos, tecidos e partes de seu corpo para depois da morte, desde que cumpra a finalidade científica ou altruística. Prevê ainda em seu parágrafo único que esta ato de disposição pode ser revogado a qualquer tempo, ou seja, de acordo com a vontade, capacidade da pessoa de decidir o que é bom ou não para si.

Há de ressaltar que a possibilidade ofertada a pessoa de decidir autonomamente e positivamente e de lhe ser oportunizado a revogação a qualquer tempo, dá preferência também aos princípios bioéticos da beneficência, ou seja, faz o bem, decidir o que é bom para si, e da não-maleficência, decidir o que não é bom para si.

3.3.2 Regras da Hermenêutica Jurídica

Para a utilização das regras da hermenêutica na solução do aparente conflito nas normas jurídicas em questão, deve-se observar os critérios utilizados pelos doutrinadores para se solucionar tais antinomias que surgem nos dispositivos legais. Tendo em vista, o tópico anterior que já conceituou antinomia, classificou os critérios (especialidade, hierárquico e cronológico) destas, bem como, apresentou dos metacritérios capazes de solucionar os conflitos de segundo grau.

Os diplomas legais aqui retratados, quais sejam, a lei especial que dispõe sobre a remoção e transplante de órgãos, tecidos e partes do corpo (lei nº 9434/97) e o código civil vigente na lei 10406/2002, apresenta conflitos de segundo grau, ou seja, conflito entre os critérios de especialidade e hierárquico.

Segundo os ensinamentos desta disciplina (hermenêutica jurídica), os critérios de especialidade e hierárquico se sobrepõem ao critério cronológico. Já para o conflito entre os critérios de especialidade e hierárquico não existe um metacritério, uma regra capaz de solucioná-lo, já que de acordo com a doutrina Diniz (ano, p. 92):

No conflito entre o critério hierárquico e o de especialidade, havendo uma norma superior-geral e outra inferior-especial, não será possível estabelecer uma meta-regra geral dando prevalência ao critério hierárquico, ou vice-versa, sem contrariar a adaptabilidade do direito. Poder-se-á, então, preferir qualquer um dos critérios, não existindo, portanto, qualquer predominância de um contra o outro.

Bobbio (2006, p. 108) aduz que o conflito cronológico é considerado fraco em relação ao de especialidade e hierárquico, e o conflito entre esses e aqueles é sempre fácil de solucionar, já que esses são considerados fortes, há a predominância sobre àquele. Informa ainda que, o problema surge quando o conflito acontece entre os dois critérios fortes, de especialidade e hierárquico, diante da dúvida entre qual critério se deve utilizar o mesmo autor leciona:

Uma resposta segura é impossível. Não existe uma regra geral consolidada. A solução dependerá também, neste caso, como no da falta dos critérios, do intérprete, o qual aplicará ora um ora outro critério segundo as circunstâncias. A gravidade do conflito deriva do fato de que estão em jogo dos valores fundamentais de todo ordenamento jurídico, o do respeito da ordem, que exige o respeito da hierarquia e, portanto, do critério da superioridade, e o da justiça, que exige a adaptação gradual do Direito às necessidades sociais e, portanto, respeito do critério da especialidade.

Diante de tal impasse a doutrina encontrou caminhos próprios a fim de conciliar os conflitos aparentemente contraditórios. Para Maximiliano apud Nader (2008, p. 48): “é dever do aplicador comparar e procurar conciliar as disposições várias sobre o mesmo objeto, e do conjunto, assim harmonizado, deduzir o sentido e alcance de cada uma”.

Segundo o jurista acima citado, a casuística é que deve definir qual dos critérios se utilizar, tendo em vista que uma das buscas do aplicador do direito é necessariamente trazer equidade para a relação jurídica. Afirma ainda que em caso de dúvida, o intérprete cuidar para compatibilizar as disposições legais.

Para tanto, necessário se faz trazer à baila a Lei de Introdução às normas do

Direito Brasileiro, antes conhecida por Lei de Introdução ao Código Civil que faz previsão no seu artigo 2º, parágrafo 2º, de como se deve interpretar a vigência, a modificação e a revogação das leis no ordenamento jurídico, a saber:

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência. (grifo nosso)

À primeira vista, esta disposição legal parece ser a que embasa juridicamente a interpretação e a aplicação da lei especial que trata da remoção e transplante de órgãos, tecidos e partes do corpo e o novo Código Civil vigente desde, respectivamente, 2001 e 2003, quando prelecionam sobre a autorização familiar e a manifestação em vida do doador para a realização deste.

Ademais, vale lembrar que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro comporta o princípio clássico de que *lex generalis non derogat legi priori speciali.*, onde se vislumbra a predominância do critério de especialidade sobre o cronológico.

Entretanto, há que se ressaltar, de conformidade com a já citada doutrinadora Diniz nas páginas anteriores, que este princípio hermenêutico não pode/deve ser aplicado de forma absoluta.

No mesmo sentido entende Nader (2008, p. 48) quando retrata que a aplicação deste princípio deve ser de forma cuidadosa, uma vez que a vocação da norma nova pode levar a revogação da anterior. Vejamos: “Tal princípio, todavia, deve ser entendido com cautela, pois o sentido da lei nova pode ser o de revogação da disposição especial.”

Dessa forma, aplicando-se o citado preceito clássico à temática do presente trabalho, tem-se que tanto os dispositivos do artigo 14 do Código Civil, quanto o do artigo 4º da Lei 9434/1997 estão em vigor e a interpretação e aplicação destes deve ocorrer de forma compatível, equânime para as partes.

Baseando-se em nossos estudos até aqui, a complementação das legislações torna-se completa, refletindo no ideal de ético, justo e a aplicação por completo do

respeito à dignidade humana da pessoa.

Na casuística em questão, que traz à baila um conflito aparente de normas, qual seja, a prevalência da manifestação feita em vida pelo doador ou da autorização familiar deste doador para a realização da remoção e transplantes de órgãos, tecidos e partes do corpo para depois da morte, alcançando a finalidade altruística ou científica, tem na aplicação conjunta dos princípios éticos/bioéticos, regras da hermenêutica jurídica, na lei de introdução às normas do direito brasileiro e nos direitos da personalidade já anteriormente elencados, sua solução mais equilibrada.

Antes de prosseguir, vale frisar que o conflito dos citados diplomas legais é apenas aparente, após a análise/interpretação mais concreta, profunda destas (legislações) feita no presente trabalho, é possível apreender que o conflito em questão inexistente na ordem jurídica, já que estes enunciados normativos podem ser aplicados de forma subsidiária, prevalecendo a declaração manifestada em vida feita pelo doador em relação à declaração da família, sendo que esta produzirá efeitos jurídicos somente na ausência de declaração do doador.

Neste contexto a IV Jornada de Direito Civil organizada pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr reúne em dois volumes a palestra proferida, as proposições e os 124 enunciados aprovados, de números 272 a 396, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários – CEJ – do Conselho da Justiça Federal – CJF, no ano de 2006 e que acertadamente preleciona:

277 – Art.14. O art. 14 do Código Civil, ao afirmar a validade da disposição gratuita do próprio corpo, com objetivo científico ou altruístico, para depois da morte, determinou que a manifestação expressa do doador de órgãos em vida prevalece sobre a vontade dos familiares, portanto, a aplicação do art. 4º da Lei n. 9.434/97 ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador.

Os enunciados das jornadas civis tem condão doutrinário de esclarecer alcance e conteúdo do código civil. Tais enunciados são proferidos através das Jornadas Civis que acontecem desde 2002, sob a égide do Centro de Estudos Judiciários (CEJ) órgão do Conselho da Justiça Federal (CJF).

Estas jornadas acontecem bianualmente e interessam a toda comunidade científica jurídica, já que são colocados em discussão os temas controvertidos, para

posterior publicação dos enunciados, com o intuito de orientar os estudos e os aplicadores do Direito.

Tanto que as propostas de discussão são sugeridas por juristas das mais diversas áreas, de conformidade com a apresentação abaixo transcrita das publicações prolatadas nas I, III e IV Jornadas de Direito Civil, a saber:

O Conselho da Justiça Federal, por meio do seu Centro de Estudos Judiciários, dentre os muitos serviços que presta ao aperfeiçoamento da Justiça Federal, decidiu promover as Jornadas de Direito Civil e incluí-las na sua programação bienal. O objetivo é reunir em Brasília magistrados, professores, representantes das diversas carreiras jurídicas e estudiosos do Direito Civil para o debate, em mesa redonda, de temas sugeridos pelo novo Código Civil e aprovar enunciados que representem o pensamento da maioria dos integrantes de cada uma das diversas comissões (Parte Geral, Direito das Obrigações, Direito das Coisas, Direito de Empresa, Direito de Família e Direito das Sucessões). (AGUIAR JR, 2007)

Tal enunciado publicado tem validade normativa e pode/deve ser utilizado pelo aplicador do Direito, já que aos mesmos são aplicadas as regras de interpretação que o presente trabalho expos.

Ademais tendo em vista o sistema legislativo no Brasil vigente ser o de leis escritas, este enunciado reflete a tão importante validade normativa na aplicação/interpretação dos diplomas legais em questão que dispõem sobre validade da manifestação autorizadora da remoção e transplantes de órgãos, tecidos e partes do corpo *post mortem*.

Assim, a declaração de vontade manifestada em vida pelo doador de órgãos *post mortem* é por excelência um direito inerente da pessoa humana, prescrito no Código Civil Brasileiro vigente, comportando o preceito constitucional da Dignidade Humana e em consonância com os instrumentos internacionais, servindo a declaração da família como manifestação supressora na ausência daquela.

CONCLUSÃO

O presente trabalho tratou sobre a análise da doação de órgão pós morte no ordenamento jurídico brasileiro, sob o enfoque da Bioética e dos Direitos Humanos e buscou apresentar a antinomia de normas que a envolve, qual seja, a lei geral representada pelo Código Civil, em especial os direitos da personalidade e a lei especial que dispõe sobre a remoção e transplante de órgãos, tecidos e partes do corpo.

Juntamente com outros objetivos, a abordagem da temática em seu contexto geral, cuidou de apresentar a antinomia que a legislações em questão pudessem conter, principalmente em relação a autorização para se realizar o transplante *post mortem*.

Claro ficou que o Código Civil, vigente desde 2002, no seu artigo 14 torna válida a manifestação de vontade emanada em vida pelo doador com intuito de dispor de órgãos, tecidos e partes do corpo para depois da morte. Contudo, também a Lei Especial (9434/97) preleciona a autorização familiar como indispensável para a realização deste, valendo-se da vontade do de cujus, apenas se as famílias assim também o consentirem.

Ocorre que no decorrer da pesquisa verificou-se que esta antinomia é apenas aparente, já que as legislações pertinentes ao tema, quais sejam, Código Civil e legislação especial não são contraditórias, mas apenas complementares.

Contudo, para a análise do presente estudo, destacou-se o princípio da dignidade humana como elemento não só basilar da construção do Estado Democrático, mas também como elemento primeiro nas relações éticas, se estendendo para a formação dos estudos da Bioética e dos Direitos Humanos.

Um dos embasamentos teóricos que justificaram a temática foi a Bioética e para melhor compreendê-la, o presente trabalho considerou a necessidade do seu resgate histórico, buscando nos preceitos éticos clássicos e atuais e público e privado, confrontando-os com a temática de aparente contradição entre as legislações que tratam sobre a remoção e transplantes de órgãos, tecidos e partes do corpo, no tocante à autorização, levantando-se alguns questionamentos, a saber: Mas seria a família considerada um *loci* público? Estaria o público (Estado) criando uma celeuma no âmbito familiar? Dentro da família (privado) alguma declaração tem que prevalecer? A disposição do próprio para fins de doação de órgãos *post*

mortem, hoje na legislação pátria encontra-se, aparentemente, neste conflito: público X privado ou indivíduo X família? Mas se privilegiarmos a vontade do indivíduo em detrimento da vontade da família, teríamos a aplicação de uma ética contra a do consenso, a individualista? E se a contrariedade familiar for para a autorização da doação sem consentimento do indivíduo em vida, teríamos a adequação do conceito ético do consenso? Ou o desprivilegio da ética individualista?

A resposta para tais questionamentos pode ser concentrada na visão holística da pessoa, enquanto ser de relação, em que o espaço íntimo, privado, público se correlacionam na promoção do ser humano, em especial quando se trata da doação de órgãos *post mortem*, não podendo ser destacado qualquer dos *locis*, posto que os mesmos agem em prol do respeito à dignidade humana.

Dignidade diz respeito à vida da pessoa propriamente dita, bem como, ao conjunto de atos, pensamentos, valores, cultura do ser humano. É a interação do ser humano de forma individual, bem como, no seu contexto social. Ou seja, dignidade é qualidade humana que diz respeito à pessoa e não fere o bem comum.

Nos países democráticos, esta (dignidade) é/deve ser validada através de proteção estatal, no Brasil é nossa lei maior (Constituição Federal) que cumpre esta função, elencando-a como alicerce dos direitos fundamentais.

Tem-se, então, doutrinariamente, que a dignidade da pessoa humana positivada no âmbito estatal, foi determinada juridicamente como direito fundamental.

Quando os direitos fundamentais, que tem como alicerce a dignidade da pessoa humana, atingem o patamar internacional, estes são chamados de Direitos Humanos, como leciona Piovesan (2012)

Este contexto histórico, Pós Segunda Guerra Mundial, influenciou a vida dos cidadãos envolvidos no processo como um todo, e no âmbito científico não poderia ser diferente.

A Ciência começou a interrogar-se sobre os avanços tecnológicos e o distanciamento das relações que envolvem os seres humanos e a área biológica (inclusive o Meio Ambiente). Na tentativa de aproximar estas relações, surge o embrião da Bioética.

Vale ressaltar que a terminologia Bioética se modificou ao longo dos anos, tendo como eixos norteadores 4 princípios basilares.

A Bioética entendida como ciência vem complementar a ética prática no

intuito de nortear o trabalho dos profissionais da área da saúde. Por isso, surge a necessidade de se pautar a Bioética em pilares para seu desenvolvimento, esses pilares são conhecidos como princípios.

A Bioética com sua faceta inter-multi-transdisciplinar, ocupada em seus questionamentos com o ser humano, pautou sua ciência a partir do Relatório Belmont, publicada em 1978 e da obra “Principles of Biomedical Ethics” de Beauchamp and Childress, publicada em 1979.

O Relatório Belmont, escrito por onze profissionais da área da saúde, assim como a obra citada, elenca quatro princípios basilares, quais sejam, o princípio da beneficência, o princípio da não maleficência, o princípio do respeito às pessoas (princípio do respeito à autonomia) e o princípio da Justiça.

Hordienamente, tais princípios bioéticos ainda são utilizados pelos profissionais da saúde, que pautam sempre suas condutas buscando a autonomia do paciente (princípio do respeito às pessoas), juntamente com fazer o melhor bem para o mesmo (paciente) utilizando-se de todos os recursos tecnológicos e científicos disponíveis (princípio da beneficência), com o menor prejuízo para o paciente (princípio da não maleficência).

O princípio da Justiça no contexto da Bioética se tornou sinônimo de equidade, de justo, tem ligação direta e íntima com a moral, é de longe o princípio de mais difícil alcance.

Os cientistas, estudiosos da Bioética, o chamam de justiça distributiva, de tratamento comparativo entre os indivíduos/paciente. Ou seja, este princípio estuda as diferentes possibilidades/oportunidade que possuem os pacientes de acordo com o seu poder aquisitivo.

Este princípio é interpretado por dois âmbitos, o público e o privado. O âmbito privado é aquele entre o indivíduo e o médico, onde este (médico) deve se utilizar de todas as possibilidades para evitar que as condições sócio-econômicas, culturais e religiosas influenciem n tratamento do paciente.

Já no âmbito publico, este princípio é aplicado no sentido de melhorar os recursos financeiros na área da saúde para que possa atingir um número maior de pessoas, com maior eficácia. É sabido que no Brasil os melhores tratamentos estão disponíveis apenas em hospitais particulares e que apenas uma pequena parcela da população tem acesso a eles.

Para tanto, vê-se claramente a íntima ligação entre a Bioética o os Direitos

Humanos, haja vista que, os direitos humanos são os direitos fundamentais positivados no âmbito internacional, e a bioética encontrou seu fundamento legal internacional dentro da Declaração Universal da Bioética e dos Direitos Humanos.

Citada declaração fora apresentada pela primeira vez em outubro de 2005, na Conferência geral da Unesco que a recepcionou, e conferiu-lhe o caráter transnacional, bem como, a ligação existente entre ética e Direitos Humanos.

Para tanto, nenhuma dificuldade há em, ao abordar a temática da doação de órgão pós morte, enquadrando-a como máxima da dignidade humana, uma vez que a autonomia da vontade é o liame do direito personalíssimo, da garantia fundamental, da Bioética e dos Direitos Humanos que se forma, contudo, a doação de órgãos no ordenamento civil precisa ser focada de outra forma que não a de um negócio jurídico.

Para identificar um negócio jurídico foi necessário verificar a manifestação de vontade expressada por agente capaz através de um objeto lícito, e seguindo-se a forma prescrita em lei.

A doação é o negócio jurídico específico ao tema deste trabalho. Contudo, o legislador não conceituou a doação em si, mas, considerou no artigo 538 do Código Civil, o que deve ser entendido como doação: “*Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra*”.

Ademais, as características necessárias do negócio jurídico em questão são: a) a natureza contratual; b) o ânimo de fazer uma liberalidade, c) a translação de algum direito do patrimônio do doador para o do donatário e d) a aceitação deste.

Dentre as espécies de contrato, a doação tem uma particularidade, a filantropia. O contrato de doação possui um ideal altruístico, onde o indivíduo tomado pelo espírito da fraternidade, transfere por meio dele (contrato) seus bens para outrem. O indivíduo pratica um ato de benemerência.

Para o diploma legal pátrio, a doação é ato, necessariamente, *inter vivos*. O testamento é ato que possui como consequência a *causa mortis*.

As características: liberalidade e revogabilidade existentes no contrato de doação é que justificam a característica ato *inter vivos*.

Contudo, ao presente trabalho interessou especificamente a doação de órgãos e tecidos *post mortem*. A doutrina e a legislação pátria aborda de forma detalhada o instituto da doação, conferindo a este natureza jurídica contratual,

explicitando suas características, seus elementos e seus efeitos.

Entretanto, entre a doação acima delineada de natureza jurídica patrimonial e a doação de órgãos e tecidos *post mortem* que deve ser entendida como um contrato fora do comércio, ou seja, a de natureza jurídica extrapatrimonial, existe um campo conflituoso.

Dentre os elementos característicos do contrato de doação temos o subjetivo e o objetivo. O elemento subjetivo diz respeito a ato própria da pessoa, para o sujeito ativo é o *animus donandi*. E cabe ao doador, o verdadeiro proprietário do objeto da doação, a possibilidade de praticar esta liberalidade, ou seja, de dispor gratuitamente de seu patrimônio em benefício de outrem.

Trazendo à baila a legislação especial pertinente à doação de órgãos, tecidos e partes do corpo, qual seja, Lei 9434/97, bem como, a legislação civilista no tocante ao tema (art. 14) tem-se, pelos motivos acima elencados, que este ato (de disposição, remoção e transplante de órgãos, tecidos e partes do corpo *post mortem*) não pode ser considerado doação.

Haja vista que o mesmo (ato) não preenche os requisitos legais para tal, pois o ato de liberalidade não é do doador, de conformidade com o artigo 4º da Lei 9434/97, depende da autorização familiar. Ademais, o objeto da doação para preencher os requisitos legais deve necessariamente ser considerado fora do comércio, ou seja, nenhum valor econômico pode ser atribuído a ele.

Sendo assim, a disposição de órgãos *post mortem* não se enquadra nos requisitos do contrato de doação do código civil, não podendo assim ser puramente considerada, a menos que seja exceção à regra.

Todavia, pode-se vislumbrar a possibilidade de enquadrar citada disposição não como doação, mas, como ato unilateral de vontade, seguindo o dispositivo do artigo 14 do Código Civil.

Como se viu anteriormente, a legislação sobre doação de órgãos *post mortem*, ao longo dos tempos, sofreu alterações que tiveram como objetivo central acompanhar o desenvolvimento tecnológico na área da saúde, bem como estimular e coordenar a doação de órgãos pela sociedade.

Contudo, a classe médica em respeito aos preceitos éticos e aos princípios bioéticos habitualmente consultava a família do doador para a remoção dos órgãos, tecidos e partes do corpo, quando este nada havia declarado em vida.

Ocorre que, a população, por receio ou desconhecimento ao tema, haja vista

as escassas políticas públicas de informação e divulgação, logo alteraram seus documentos pessoais, no intuito de declarar-se em vida.

Em 2001, houve alteração do instrumento vigente através da Lei 10211, especialmente no tocante a manifestação da vontade do doador. O novo diploma legal, levando em consideração a atitude da classe médica, desconsiderou o consentimento presumido do texto anterior, determinando que a autorização para a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo após a morte pertence à família, na ordem descrita pela lei, os mais próximos afastam os mais remotos.

Desta forma, qualquer declaração de vontade positiva manifestada em vida pelo doador deixou de ser válida, saindo da esfera pessoal do doador e passando para o âmbito familiar. Atualmente, esta legislação ainda é vigente no país.

Contudo, a autorização ou a não da família após a morte do ente querido para a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo para fins de transplantes, com certeza não é sozinha a causadora dos baixos números de transplante no país.

A necessidade de se comprovar o instante da morte encefálica é tão ou mais responsável por estes números insatisfatórios quanto à autorização familiar.

Esta dificuldade encontrada pela classe médica resultou na elaboração da Resolução n.º 1480/1997 pelo Conselho Federal de Medicina que descreveu as condições técnico-científicas capazes de se identificar o instante morte encefálica.

Segundo a classe médica o diagnóstico da morte encefálica é o ponto mais melindroso que os médicos enfrentam, devendo este se acautelar de toda diligência e prudência que o processo exige.

O instante da morte precede a remoção e o transplante de órgãos, tecidos e partes do corpo, e o sucesso deste é intimamente ligado ao daquele. O tempo é seu maior inimigo!

No entanto, para a realização da remoção e do transplante de órgãos, tecidos e parte do corpo, passado esse tão importante momento (de comprovação da morte encefálica), tem-se a necessidade de obter, segundo os preceitos legais, a autorização familiar para a realização deste ato.

A celeuma se dá entre a entre as duas formas de autorização da citada doação: a voluntária e a presumida. Na vigência da lei (lei 5479/68que vigorou até 1992) o privilégio era da doação voluntária, ou seja, o que certificava a retirada dos órgãos, tecidos e partes do corpo era a manifestação em vida positiva do doador, e na ausência desta a autorização da família.

Estaria citada lei desautorizando a vontade do doador? E se a família decidisse de forma diferente da vontade do doador? Os princípios éticos e bioéticos modeladores dos profissionais da saúde estariam sendo seguidos?

Não obstante estes questionamentos, a lei 10406 de 10 de janeiro de 2002 que entrou em vigência um ano após, o Código Civil, elencou de maneira original os direitos da personalidade em seus artigos 11 a 21. O artigo 14, em especial, trata da temática em questão, e preleciona que a disposição gratuita do corpo para depois da morte, desde que objetive os fins científicos ou altruísticos, é válida. Dispõe ainda no parágrafo único do citado artigo que este ato pode ser revogado a qualquer tempo.

Haveria este diploma legal (Código Civil) revogado a lei especial que trata deste mesmo assunto (lei 9434/97)? Estaria a classe jurídica diante de uma antinomia de normas, tão conhecida da hermenêutica jurídica?

É sabido que para a solução da antinomia de normas existem critérios a serem observados pelos doutrinadores da hermenêutica jurídica, quais sejam, o critério hierárquico, o critério cronológico e o critério da especialidade.

Insta salientar que estes critérios foram detalhados no presente trabalho, e que existem antinomias secundárias existentes entre os critérios aqui citados.

Na temática do presente trabalho também foi possível identificar uma antinomia entre os critérios de especialidade e o cronológico, já que a lei que trata da remoção e transplante de órgãos é especial em detrimento ao Código Civil, que é lei geral, no tocante a critério da especialidade. Contudo, esta lei (Código Civil) é mais nova em relação à lei especial o que privilegiaria o critério cronológico.

Assim, no decorrer da pesquisa restou evidente que de acordo com as possíveis soluções do conflito, quais sejam, os princípios bioéticos e as regras da hermenêutica jurídica a antinomia é apenas aparente, haja vista que as normas em questão devem ser entendidas como subsidiárias.

A manifestação da vontade do doador é válida para a remoção e transplante de órgãos, tecidos e partes do corpo para depois da morte, desde que observado a gratuidade, os fins altruísticos e científicos, conforme prescreve o artigo 14 do Código Civil. O silêncio do doador, contudo, traz em seu bojo a necessidade de se obter a manifestação familiar autorizadora de tal ato nos termos do art. 4º da Lei 9434/97.

Ademais, as jornadas de Direito Civil que tem condão doutrinário, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários – CEJ – do Conselho da Justiça Federal – CJF,

na sua quarta edição que acontecera no ano de 2006, no ítem 277, acertadamente se manifestou de forma a consagrar a declaração de vontade do doador em vida, restando aos familiares o direito de se declararem apenas no seu silêncio.

Pessini (2006) quando abordou citado assunto sabiamente lecionou que não poderíamos tratar a vida como uma propriedade e regula-la por um decreto, mas cumprir a sua transcendência de modo a partilha-la na liberdade e na solidariedade.

Quiçá fosse este (a aparente antinomia de normas) o grande entrave para o aumento no número de transplantes no Brasil, apesar de ser um dos empecilhos, pode-se afirmar com segurança que não é o maior deles. O protocolo técnico a ser seguido para a constatação da morte encefálica, juntamente com as escassas estruturas hospitalares brasileiras, bem como a falta de uma equipe capacitada e habilitada para tal procedimento corrobora e muito com o baixo índice estatístico do número de transplantes no país.

No Estado de Goiás, um dos Estados brasileiros com os menores números de transplante do país não é diferente, conforme demonstram os números oficiais presentes no Anexo II do presente trabalho.

No intuito de engrossar a estatística dos transplantes no país, urge, portanto, a necessidade de divulgação entre a classe médica e a sociedade civil da declaração em vida para a autorização da doação de órgãos, tecidos e partes do corpo, como um direito personalíssimo do doador, conforme apresentado no presente trabalho, bem como a necessidade de se fomentar as escassas políticas públicas, implantando as CTOT (COMISSÃO DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS) dentro dos hospitais, conforme leciona a Portaria nº 1752/GM de 23 de setembro de 2005 do Ministério da Saúde, habilitados os profissionais da saúde e tornando as estruturas físicas adequadas.

Sendo assim, o Estado Democrático de Direito atuaria na realização deste belo ato altruístico, de amor e solidariedade ao próximo, como forma de promoção da dignidade humana.

Dessa forma, em respeito 'a dignidade humana, com base nos estudos da Bioética e nos Direitos Humanos é que se clareia o aparente conflito de normas quando se trata da Doação de Órgãos *Post mortem*, prevalecendo, para o Ordenamento Jurídico brasileiro, a declaração do doador devidamente manifestada em vida, nos moldes do artigo 14 do Código Civil, sobre a dos familiares, os quais serão consultados pela equipe médico quando a mesma não foi realizada em vida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVIM, Arruda et ali. **Aspectos controvertidos do novo civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003.

ANDRADE, Christiano José de. **A hermenêutica jurídica no Brasil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

ARENDT, Hannah. **A condição humana – tradução: Roberto Raposo, revisão técnica: Adriano Correia – 11 ed.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

_____. **Origens do Totalitarismo**. tradução: Roberto Raposo – 7 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARISTÓTELES, “**A Ética**”. Supervisão editorial Jair Lot Vieira; tradução Paulo Cássio M. Fonseca. 1ª edição, Editora EDIPRO, Bauru, SP, 1996.

ARISTÓTELES, “**Ética a Nicômaco – Texto Integral**”. Coleção A Obra-Prima de Cada Autor; tradução Pietro Nasseti. Editora Martin Claret, São Paulo, SP, 2004.

ASSAD, José Eberienos. **Desafios éticos**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1993

BEAUCHAMP TL, Childress JF. *Principles of Bioemdcial Ethics*. 4ed. New York: Oxford, 1994.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade: de acordo com o novo código civil.** São Paulo: Atlas, 2005

BENGALLI, Paulo Antonio, **Curso de Direito Contratual no Novo Código Civil; 1º ed.** Leme, SP: LED, 2003.

BITTAR, Eduardo C.B. **Curso de ética jurídica – ética geral e profissional**. 4ª Ed. São Paulo:Saraiva, 2007.

BLANCO, Tarrega, Maria Cristina Vidotte. **Autonomia privada e princípios contratuais no código civil**. São Paulo: RCS Editora, 2007.

BOBBIO, Norberto. “**A era dos direitos**”. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004

BRASIL. Ministério da Saúde. **Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos**. Departamento de Ciência e Tecnologia. Capacitação para Comitês de Ética em Pesquisa – CEPs/Ministério da Saúde/Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Ciência e Tecnologia.

– Brasília : Ministério da Saúde, 2006. Disponível em http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/capacitacao_comites_etica_pesquisa_v1.pdf, Acessado em outubro de 2011.

CHAVES, Antônio, “Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes”. 2ª edição. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994.

CHAUI, Marilena. **Público, privado, despotismo**. In *Ética – Coletâneas*; São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

CIVITA, Victor. **Dicionário de mitologia greco-romana, editado pela Ed. Abril SA industrial**, 1973, São Paulo, p, 126

COHEN, Cláudio. **Alguns aspectos éticos do Fim da Vida, Carisma, v. XIV, ns 1-2**, 1984.

CONSTANTINO, C., HIRSCHHEIMER, M.. **Dilemas éticos no tratamento do paciente pediátrico terminal**. Revista Bioética, Brasília, v.13, n.2, sep. 2009. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/110/120. Acesso em: 23 Aug. 2011.

COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira e outros. “**Iniciação à Bioética**”. Conselho Federal de Medicina, Brasília, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Bioética e Direitos Humanos**. in *Iniciação à bioética – Brasília: Conselho Federal de Medicina*, 1998.

Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>. Acessado em fev. de 2012.

DINIZ, M. H. *Conflito de Normas*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

DRUMOND, José Geraldo de Freitas, “**Bioética e Direito Médico – O princípio da beneficência na responsabilidade civil do médico**”. Conferência proferida no I Simpósio Iberoamericano de Direito Médico, realizado em Montevidéu (Uruguai), de 28 a 30 de setembro de 2000. In *Revista Cidadania e Justiça*, publicada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, ano 5/nº 12; 2º semestre de 2002.

_____. **Transplantes de órgãos: a nova legislação e o restabelecimento da autonomia**. In *Bioética*. Vol. 8, n. 1. Conselho Federal de Medicina, 2000.

FERRAZ Junior, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação**. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. “**Novo dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**”. 2ª edição. Editora Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1998.

_____, Código de ética Médica – **Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo**, 1988.

FILHO, Roberto Lyra. O que é Direito. **Coleção Primeiros Passos**. 1. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1982

FRANÇA, Genival Veloso de, “**Comentários ao Código de Ética Médica**”. 3ª ed., Editora Guanabara Koogan S.A.; Rio de Janeiro, RJ, 2000.

FRANÇA, Genival Veloso de, “**Direito Médico**”. Vol. 1; 2ª ed., São Paulo: Fundo Editorial BYK, 1975.

FRANKENA WK. **Ética**. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

GAGLIANO, Pablo Stolze; **FILHO PAMPLONA, Rodolfo**. Novo Curso de Direito Civil, volume IV: contratos, tomo 1. 1ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2009

GARRAFA, Volnei. **Da bioética de princípios a uma bioética interventiva**. In Bioética. Vol. 13, n. 1. Conselho Federal de Medicina, 2006.

GOLDIM, José Roberto. **A evolução da definição de bioética na visão de Van Rensselaer Potter – 1970 a 1988**. Disponível em:
<http://www.ufrgs.br/bioetica/bioet70.htm>. Acessado em Nov. 2010

GOMES, Orlando. **Parte Geral. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o código civil de 2002, por Edvaldo Brito**. 26º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 2007.

GUSMÃO, Paulo Dourado de, “**Filosofia do Direito**”. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1985.

HABERMANS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: a caminho da eugenia liberal?; tradução Karina Jannini**; São Paulo: Martins Fontes, 2004.

J. J. Gomes Canotilho. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

KANT E. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Rio de Janeiro: Ediouro, sd:70-1,1979.

KIPPER, Délio José e CLOTET, Joaquim. “**Princípios da Beneficência e Não Maleficência. In Iniciação à Bioética – Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. Leonard M. Martin. Eutanásia e Distanásia**”. in Iniciação à bioética – Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

LEPARGNEUR, Hubert. **Força e Fraqueza dos Princípios da Bioética**. In Bioética. Vol. 4, n. 2. Conselho Federal de Medicina, 1996.

LORAUX, Nicole. **A tragédia grega e o humano**. In *Ética – Coletâneas*; São Paulo: Companhia das Letras, 2007

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho, “**A ciência do direito: conceito, objeto e método**”. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1982.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MELLO, Celso Antonio. **Criação de secretaria municipais**. Revista de Direito Publico, n.15, p.450 e 451, jan/mar/1971

MIRANDA, Pontes de, “**Tratado de Direito Privado**”. Vol. 53, 5ª ed., Editora Borsori, Rio de Janeiro, 1982.

_____, **Tratado de Direito Privado, Parte Geral, Tomo II**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 2º ed. Campinas, SP: Bookseller, 2000.

_____, **Tratado de Direito Privado, Parte Geral, Tomo VII**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 2º ed. Campinas, SP: Bookseller, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil, v.6: direito das sucessões**. 35ª ed. rev. e atual. Por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Curso de direito civil, v.1: parte geral**. 41ª ed. rev. e atual. Por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral, comentários aos arts. 1 ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil**. 9. ed., São Paulo: Atlas, 2011

MOSCA, Juan José et al. **Direitos Humanos: pautas para uma educação libertadora**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1990.

MUNOZ, Daniel Romero e al. **O Princípio da Autonomia e o Consentimento Livre e Esclarecido**. in *Iniciação à bioética – Brasília: Conselho Federal de Medicina*, 1998.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, parte geral, vol.1**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NOVAES, Adauto. **Cenários**. In *Ética – Coletâneas*; São Paulo: Companhia das Letras, 2007

PARIZI, Regina Ribeiro et al. **Transplantes**. in *Iniciação à bioética – Brasília: Conselho Federal de Medicina*, 1998.

PEREIRA, Walter Antonio. **Manual de Transplantes de Órgãos e Tecidos**. 3. ed.,

Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S.A., 2004.

PESSINI, Léo. **Bioética**: um grito por dignidade de viver. São Paulo: Paulinas, 2006.

PIERANGELI, José Henrique, “**O consentimento do ofendido (na Teoria do Delito)**”. 2ª edição. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995.

Piovesan, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 13 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012

POTTER VAN Rensselaer. ‘*Bioethics, the science of survival*’. Perspectives in Biology and Medicine. v. 14, n. 1, p. 127 – 153, 1970.

_____. *Bioethics: bridge to the future*. New Jersey: Prentice Hall, 1971. 205p

_____. ‘*Humility with responsibility - a bioethics for oncologists: presidential address*’. Cancer Research. v. 35, n. 9, p. 2297 – 2306, 1975.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 3. ed; Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2008.

RIZZATTO, Nunes. **Manual de introdução ao estudo de direito**. 6. ed. rev., atual. e ampl.; São Paulo: Saraiva, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2002.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009

SGRECCIA, Elio. “**Manual de Bioética I – Fundamentos e ética biomédica**”. Tradução: Orlando Soares Moreira. Edições Loyola, São Paulo, Brasil, 1996.

SILVA, De Plácido e, “**Vocabulário Jurídico**”. 15ª ed. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1998.

SINGER, Peter. **Ética Prática**, São Paulo: Martins Fontes, 1994

_____. **Ética prática**. 3ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

VELLOSO, Carlos Mário. **Os direitos da personalidade no código civil português e no código civil brasileiro**. In Aspectos controvertidos do novo civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**, parte geral. 8º ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Direito Civil, contratos em espécie**. 9º ed. São Paulo: Atlas, 2009.

IV Jornada de Direito Civil. **Organização:** Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. 2 v. Brasília: Conselho de Justiça Federal JF. In <http://www.jf.jus.br/cjf>, acessado em mar. de 2012.

ANEXOS

ANEXO 1

RESOLUÇÃO CFM nº 1.480/97

O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958 e, CONSIDERANDO que a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a retirada de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, determina em seu artigo 3º que compete ao Conselho Federal de Medicina definir os critérios para diagnóstico de morte encefálica; CONSIDERANDO que a parada total e irreversível das funções encefálicas equivale à morte, conforme critérios já bem estabelecidos pela comunidade científica mundial; CONSIDERANDO o ônus psicológico e material causado pelo prolongamento do uso de recursos extraordinários para o suporte de funções vegetativas em pacientes com parada total e irreversível da atividade encefálica; CONSIDERANDO a necessidade de judiciosa indicação para interrupção do emprego desses recursos; CONSIDERANDO a necessidade da adoção de critérios para constatar, de modo indiscutível, a ocorrência de morte; CONSIDERANDO que ainda não há consenso sobre a aplicabilidade desses critérios em crianças menores de 7 dias e prematuros,

RESOLVE:

Art. 1º. A morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias.

Art. 2º. Os dados clínicos e complementares observados quando da caracterização da morte encefálica deverão ser registrados no "termo de declaração de morte encefálica" anexo a esta Resolução.

Parágrafo único. As instituições hospitalares poderão fazer acréscimos ao presente termo, que deverão ser aprovados pelos Conselhos Regionais de Medicina da sua jurisdição, sendo vedada a supressão de qualquer de seus itens.

Art. 3º. A morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida.

Art. 4º. Os parâmetros clínicos a serem observados para constatação de morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia.

Art. 5º. Os intervalos mínimos entre as duas avaliações clínicas necessárias para a caracterização da morte encefálica serão definidos por faixa etária, conforme abaixo especificado:

- | | | | | | | | | | | |
|----|-------|---|-------|---|---|-------|-------------|---|----|-------|
| a) | de | 7 | dias | a | 2 | meses | incompletos | - | 48 | horas |
| b) | de | 2 | meses | a | 1 | ano | incompleto | - | 24 | horas |
| c) | de | 1 | ano | a | 2 | anos | incompletos | - | 12 | horas |
| d) | acima | | de | | 2 | anos | | - | 6 | horas |

Art. 6º. Os exames complementares a serem observados para constatação de morte encefálica deverão demonstrar de forma inequívoca:

- | | | | | | | |
|----|----------|----|-----------|------------|----------|-----|
| a) | ausência | de | atividade | elétrica | cerebral | ou, |
| b) | ausência | de | atividade | metabólica | cerebral | ou, |

c) ausência de perfusão sangüínea cerebral.
Art. 7º. Os exames complementares serão utilizados por faixa etária, conforme especificado abaixo

- a) acima de 2 anos - um dos exames citados no Art. 6º, alíneas "a", "b" e "c";
- b) de 1 a 2 anos incompletos: um dos exames citados no Art. 6º, alíneas "a", "b" e "c". Quando optar-se por eletroencefalograma, serão necessários 2 exames com intervalo de 12 horas entre um e outro;
- c) de 2 meses a 1 ano incompleto - 2 eletroencefalogramas com intervalo de 24 horas entre um e outro;
- d) de 7 dias a 2 meses incompletos - 2 eletroencefalogramas com intervalo de 48 horas entre um e outro.

Art. 8º. O Termo de Declaração de Morte Encefálica, devidamente preenchido e assinado, e os exames complementares utilizados para diagnóstico da morte encefálica deverão ser arquivados no próprio prontuário do paciente.

Art. 9º. Constatada e documentada a morte encefálica, deverá o Diretor-Clínico da instituição hospitalar, ou quem for delegado, comunicar tal fato aos responsáveis legais do paciente, se houver, e à Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos a que estiver vinculada a unidade hospitalar onde o mesmo se encontrava internado.

Art. 10. Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação e revoga a Resolução CFM nº 1.346/91.

Brasília-DF, 08 de agosto de 1997.

WALDIR
Presidente

PAIVA

MESQUITA

ANTÔNIO
Secretário-Geral

HENRIQUE

PEDROSA

NETO

Publicada no D.O.U. de 21.08.97 Página 18.227

IDENTIFICAÇÃO DO HOSPITAL

TERMO DE DECLARAÇÃO DE MORTE ENCEFÁLICA
(Res. CFM nº 1.480 de 08/08/97)

NOME: _____

PAI: _____

MÃE: _____

IDADE: _____ ANOS _____ MESES _____ DIAS DATA DE
NASCIMENTO ____/____/____

SEXO: M F RAÇA: A B N Registro Hospitalar: _____

A. CAUSA DO COMA
A.1 - Causa do Coma:

- A.2. Causas do coma que devem ser excluídas durante o exame
- a) Hipotermia () SIM () NÃO
- b) Uso de drogas depressoras do sistema nervoso central () SIM () NÃO
- Se a resposta for sim a qualquer um dos itens, interrompe-se o protocolo

B. EXAME NEUROLÓGICO - Atenção: verificar o intervalo mínimo exigível entre as avaliações clínicas, constantes da tabela abaixo:

IDADE						INTERVALO	
7	dias	a	2	meses	incompletos	48	horas
2	meses	a	1	ano	incompleto	24	horas
1	ano	a	2	anos	incompletos	12	horas
Acima	de		2	anos		6	horas

(Ao efetuar o exame, assinalar uma das duas opções SIM/NÃO. obrigatoriamente, para todos os itens abaixo)

Elementos do exame	1º exame		2º exame		Resultados	
Coma aperceptivo	()	SIM	()	NÃO	()	SIM
	()	NÃO	()	SIM	()	NÃO
Pupilas fixas e arreativas	()	SIM	()	NÃO	()	SIM
	()	NÃO	()	SIM	()	NÃO
Ausência de reflexo córneo-palpebral	()	SIM	()	NÃO	()	SIM
	()	NÃO	()	SIM	()	NÃO
Ausência de reflexos oculocefálicos	()	SIM	()	NÃO	()	SIM
	()	NÃO	()	SIM	()	NÃO
Ausência de respostas às provas calóricas	()	SIM	()	NÃO	()	SIM
	()	NÃO	()	SIM	()	NÃO
Ausência de reflexo de tosse	()	SIM	()	NÃO	()	SIM
	()	NÃO	()	SIM	()	NÃO
Apnéia	()	SIM	()	NÃO	()	SIM
	()	NÃO	()	SIM	()	NÃO

C. ASSINATURAS DOS EXAMES CLÍNICOS - (Os exames devem ser realizados por profissionais diferentes, que não poderão ser integrantes da equipe de remoção e transplante.

1 - PRIMEIRO EXAME	2 - SEGUNDO EXAME
DATA: ___/___/___ HORA: ___:___	DATA: ___/___/___ HORA: ___:___
NOME DO MÉDICO: _____	NOME DO MÉDICO: _____
MÉDICO: _____	MÉDICO: _____
CRM: _____ FONE: _____	CRM: _____ FONE: _____
CRM: _____ FONE: _____	CRM: _____ FONE: _____
END.: _____	END.: _____
END.: _____	END.: _____
ASSINATURA: _____	ASSINATURA: _____

D. EXAME COMPLEMENTAR - Indicar o exame realizado e anexar laudo com identificação do médico responsável.

1. Angiografia Cerebral
2. Cintilografia Radioisotópica
3. Doppler Transcraniano
4. Monitorização da pressão intra-craniana
5. Tomografia computadorizada com xenônio
6. Tomografia por emissão de foton único
7. EEG
8. Tomografia por emissão de

positróns 9. Extração Cerebral de oxigênio 10. outros (citar)

E. OBSERVAÇÕES

1 - Interessa, para o diagnóstico de morte encefálica, exclusivamente a arreatividade supraespinal. Consequentemente, não afasta este diagnóstico a presença de sinais de reatividade infraespinal (atividade reflexa medular) tais como: reflexos osteotendinosos ("reflexos profundos"), cutâneo-abdominais, cutâneo-plantar em flexão ou extensão, cremastérico superficial ou profundo, ereção peniana reflexa, arrepio, reflexos flexores de retirada dos membros inferiores ou superiores, reflexo

2 - Prova calórica

2.1 - Certificar-se de que não há obstrução do canal auditivo por cerumem ou qualquer outra condição que dificulte ou impeça a correta realização do exame.

2.2 - Usar 50 ml de líquido (soro fisiológico, água, etc) próximo de 0 grau Celsius em cada ouvido.

2.3 - Manter a cabeça elevada em 30 (trinta) graus durante a prova.

2.4 - Constatar a ausência de movimentos oculares.

3 - Teste da apnéia

No doente em coma, o nível sensorial de estímulo para desencadear a respiração é alto, necessitando-se da pCO₂ de até 55 mmHg, fenômeno que pode determinar um tempo de vários minutos entre a desconexão do respirador e o aparecimento dos movimentos respiratórios, caso a região ponto-bulbar ainda esteja íntegra. A prova da apnéia é realizada de acordo com o seguinte protocolo:

3.1 - Ventilar o paciente com O₂ de 100% por 10 minutos.

3.2 - Desconectar o ventilador.

3.3 - Instalar catéter traqueal de oxigênio com fluxo de 6 litros por minuto.

3.4 - Observar se aparecem movimentos respiratórios por 10 minutos ou até quando o pCO₂ atingir 55 mmHg.

4 - Exame complementar. Este exame clínico deve estar acompanhado de um exame complementar que demonstre inequivocadamente a ausência de circulação sanguínea intracraniana ou atividade elétrica cerebral, ou atividade metabólica cerebral. Observar o disposto abaixo (itens 5 e 6) com relação ao tipo de exame e faixa etária.

5 - Em pacientes com dois anos ou mais - 1 exame complementar entre os abaixo mencionados:

5.1 - Atividade circulatória cerebral: angiografia, cintilografia radioisotópica, doppler transcraniano, monitorização da pressão intracraniana, tomografia computadorizada com xenônio, SPECT.

5.2 - Atividade elétrica: eletroencefalograma.

5.3 - Atividade metabólica: PET, extração cerebral de oxigênio.

6 - Para pacientes abaixo de 02 anos:

6.1 - De 1 ano a 2 anos incompletos: o tipo de exame é facultativo. No caso de eletroencefalograma são necessários 2 registros com intervalo mínimo de 12 horas.

6.2 - De 2 meses a 1 ano incompleto: dois eletroencefalogramas com intervalo de 24 horas.

6.3 - De 7 dias a 2 meses de idade (incompletos): dois eletroencefalogramas com intervalo de 48 h.

7 - Uma vez constatada a morte encefálica, cópia deste termo de declaração deve obrigatoriamente ser enviada ao órgão controlador estadual (Lei 9.434/97, Art. 13).

http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm

RESOLUÇÃO CFM nº 1.246/88

Revogada pela Resolução CFM nº 1.931/2009

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições que lhe confere a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e

CONSIDERANDO as propostas formuladas ao longo dos anos de 1986 e 1987 pelos Conselhos Regionais de Medicina, pelos médicos e por instituições científicas e universitárias para a elaboração de um novo Código de Ética Médica.

CONSIDERANDO as decisões da I Conferência Nacional de Ética Médica que elaborou, com participação de Delegados Médicos de todo o Brasil, um novo Código de Ética Médica.

CONSIDERANDO o decidido na sessão plenária de 08 de janeiro de 1988;

RESOLVE:

Art. 1º - Aprovar o Código de Ética Médica, anexo a esta Resolução.

Art. 2º - O Conselho Federal de Medicina, sempre que necessário, expedirá Resoluções que complementem este Código de Ética Médica e facilitem sua aplicação.

Art. 3º - O presente Código entra em vigor na data de sua publicação e revoga o Código de Ética Médica (DOU-11.01.65) o Código Brasileiro de Deontologia Médica (RESOLUÇÃO CFM Nº 1.154, de 13.04.84) e demais disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 08 de janeiro de 1988.

FRANCISCO ÁLVARO BARBOSA COSTA

Presidente

ANA MARIA CANTALICE LIPKE

Secretária-Geral

CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA

PREÂMBULO

I - O presente Código contém as normas éticas que devem ser seguidas pelos médicos no exercício da profissão, independentemente da função ou cargo que ocupem.

II - As organizações de prestação de serviços médicos estão sujeitas às normas deste Código.

III - Para o exercício da Medicina, impõe-se a inscrição no Conselho Regional do respectivo Estado, Território ou Distrito Federal.

IV - A fim de garantir o acatamento e cabal execução deste Código, cabe ao médico comunicar do Conselho Regional de Medicina, com descrição e fundamento, fatos de que tenha conhecimento e que caracterizem possível infringência do presente Código e das Normas que regulam o exercício da Medicina.

V - A fiscalização do cumprimento das normas estabelecidas neste Código é atribuição dos Conselhos de Medicina, das Comissões de Ética, das autoridades da

área de saúde e dos médicos em geral.

VI - Os infratores do presente Código sujeitar-se-ão às penas disciplinares previstas em lei.

CAPÍTULO I - PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Art. 1º - A Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e deve ser exercida sem discriminação de qualquer natureza.

Art. 2º - O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.

Art. 3º - A fim de que possa exercer a Medicina com honra e dignidade, o médico deve ter boas condições de trabalho e ser remunerado de forma justa.

Art. 4º - Ao médico cabe zelar e trabalhar pelo perfeito desempenho ético da Medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão.

Art. 5º - O médico deve aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente.

Art. 6º - O médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente. Jamais utilizará seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.

Art. 7º - O médico deve exercer a profissão com ampla autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços profissionais a quem ele não deseje salvo na ausência de outro médico, em casos de urgência, ou quando sua negativa possa trazer danos irreversíveis ao paciente.

Art. 8º - O médico não pode, em qualquer circunstância ou sob qualquer pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, devendo evitar que quaisquer restrições ou imposições possam prejudicar a eficácia e correção de seu trabalho.

Art. 9º - A Medicina não pode, em qualquer circunstância ou de qualquer forma, ser exercida como comércio.

Art. 10 - O trabalho médico não pode ser explorado por terceiros com objetivos de lucro, finalidade política ou religiosa.

Art. 11 - O médico deve manter sigilo quanto às informações confidenciais de que tiver conhecimento no desempenho de suas funções. O mesmo se aplica ao trabalho em empresas, exceto nos casos em que seu silêncio prejudique ou ponha em risco a saúde do trabalhador ou da comunidade.

Art. 12 - O médico deve buscar a melhor adequação do trabalho ao ser humano e a eliminação ou controle dos riscos inerentes ao trabalho.

Art. 13 - O médico deve denunciar às autoridades competentes quaisquer formas de poluição ou deterioração do meio ambiente, prejudiciais à saúde e à vida.

Art. 14 - O médico deve empenhar-se para melhorar as condições de saúde e os padrões dos serviços médicos e assumir sua parcela de responsabilidade em relação à saúde pública, à educação sanitária e à legislação referente à saúde.

Art. 15 - Deve o médico ser solidário com os movimentos de defesa da dignidade profissional, seja por remuneração condigna, seja por condições de trabalho compatíveis com o exercício ético profissional da Medicina e seu aprimoramento técnico.

Art. 16 - Nenhuma disposição estatutária ou regimental de hospital ou instituição pública ou privada poderá limitar a escolha, por parte do médico, dos meios a serem postos em prática para o estabelecimento do diagnóstico e para a execução do tratamento, salvo quando em benefício do paciente.

Art. 17 - O médico investido em função de direção tem o dever de assegurar as

condições mínimas para o desempenho ético profissional da Medicina.

Art. 18 - As relações do médico com os demais profissionais em exercício na área de saúde devem basear-se no respeito mútuo, na liberdade e independência profissional de cada um, buscando sempre o interesse e o bem-estar do paciente.

Art. 19 - O médico deve ter, para com os seus colegas, respeito, consideração e solidariedade, sem, todavia, eximir-se de denunciar atos que contrariem os postulados éticos à Comissão de ética da instituição em que exerce seu trabalho profissional e, se necessário, ao Conselho Regional de Medicina.

CAPÍTULO II - DIREITOS DO MÉDICO

É direito do médico:

Art. 20 - exercer a Medicina sem ser discriminado por questões de religião, raça, sexo, nacionalidade, cor, opção sexual, idade, condição social, opinião política ou de qualquer outra natureza.

Art. 21 - Indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas reconhecidamente aceitas e respeitando as normas legais vigentes no País.

Art. 22 - Apontar falhas nos regulamentos e normas das instituições em que trabalhe, quando as julgar indignas do exercício da profissão ou prejudiciais ao paciente, devendo dirigir-se, nesses casos, aos Órgãos competentes e, obrigatoriamente, à Comissão de Ética e ao Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição.

Art. 23 - Recusar-se a exercer sua profissão em instituição pública ou privada onde as condições de trabalho não sejam dignas ou possam prejudicar o paciente.

Art. 24 - Suspender suas atividades, individual ou coletivamente, quando a instituição pública ou privada para a qual trabalhe não oferecer condições mínimas para o exercício profissional ou não a remunerar condignamente, ressalvadas as situações de urgência e emergência, devendo comunicar imediatamente sua decisão ao Conselho Regional de Medicina.

Art. 25 - Internar e assistir seus pacientes em hospitais privados com ou sem caráter filantrópico, ainda que não faça parte do seu corpo clínico, respeitadas as normas técnicas da instituição.

Art. 26 - Requerer desagravo público ao Conselho Regional de Medicina quando atingido no exercício de sua profissão.

Art. 27 - Dedicar ao paciente, quando trabalhar com relação de emprego, o tempo que sua experiência e capacidade profissional recomendarem para o desempenho de sua atividade, evitando que o acúmulo de encargos ou de consultas prejudique o paciente.

Art. 28 - Recusar a realização de atos médicos que embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência.

CAPÍTULO III - RESPONSABILIDADE PROFISSIONAL

É vedado ao médico:

Art. 29 - Praticar atos profissionais danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência.

Art. 30 - Delegar a outros profissionais atos ou atribuições exclusivos da profissão médica.

Art. 31 - Deixar de assumir responsabilidade sobre procedimento médico que indicou ou do qual participou, mesmo quando vários médicos tenham assistido o paciente.

Art. 32 - Isentar-se de responsabilidade de qualquer ato profissional que tenha praticado ou indicado, ainda que este tenha sido solicitado ou consentido pelo paciente ou seu responsável legal.

Art. 33 - Assumir a responsabilidade por ato médico que não praticou ou do qual não participou efetivamente.

Art. 34 - Atribuir seus insucessos a terceiros e a circunstâncias ocasionais, exceto nos casos em que isso possam ser devidamente comprovado.

Art. 35 - Deixar de atender em setores de urgência e emergência, quando for de sua obrigação fazê-lo, colocando em risco a vida de pacientes, mesmo respaldado por decisão majoritária da categoria.

Art. 36 - Afastar-se de suas atividades profissionais, mesmo temporariamente, sem deixar outro médico encarregado do atendimento de seus pacientes em estado grave.

Art. 37 - Deixar de comparecer a plantão em horário pré-estabelecido ou abandoná-lo sem a presença de substituto, salvo por motivo de força maior.

Art. 38 - Acumpliciar-se com os que exercem ilegalmente a Medicina, ou com profissionais ou instituições médicas que pratiquem atos ilícitos.

Art. 39 - Receitar ou atestar de forma secreta ou ilegível, assim como assinar em branco folhas de receituários, laudos, atestados ou quaisquer outros documentos médicos.

Art. 40 - Deixar de esclarecer o trabalhador sobre as condições de trabalho que ponham em risco sua saúde, devendo comunicar o fato aos responsáveis, às autoridades e ao Conselho Regional de Medicina.

Art. 41 - Deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença.

Art. 42 - Praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação do País.

Art. 43 - Descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou tecidos, esterilização, fecundação artificial e abortamento.

Art. 44 - Deixar de colaborar com as autoridades sanitárias ou infringir a legislação vigente.

Art. 45 - Deixar de cumprir, sem justificativa, as normas emanadas do Conselho Federal e Regionais de Medicina e de atender às suas requisições administrativas, intimações ou notificações, no prazo determinado.

CAPÍTULO IV - DIREITOS HUMANOS

É vedado ao médico:

Art. 46 - Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo em iminente perigo de vida.

Art. 47 - Discriminar o ser humano de qualquer forma ou sob qualquer pretexto.

Art. 48 - Exercer sua autoridade de maneira a limitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a sua pessoa ou seu bem-estar.

Art. 49 - Participar da prática de tortura ou outras formas de procedimento degradantes, desumanas ou cruéis, ser conivente com tais práticas ou não as denunciar quando delas tiver conhecimento.

Art. 50 - Fornecer meios, instrumentos, substâncias ou conhecimentos que facilitem a prática de tortura ou outras formas de procedimentos degradantes, desumanas ou cruéis, em relação à pessoa.

Art. 51 - Alimentar compulsoriamente qualquer pessoa em greve de fome que for considerada capaz, física e mentalmente, de fazer juízo perfeito das possíveis conseqüências de sua atitude. Em tais casos, deve o médico fazê-la ciente das prováveis complicações do jejum prolongado e, na hipótese de perigo de vida iminente, tratá-la.

Art. 52 - Usar qualquer processo que possa alterar a personalidade ou a consciência da pessoa, com a finalidade de diminuir sua resistência física ou mental em investigação policial ou de qualquer outra natureza.

Art. 53 - Desrespeitar o interesse e a integridade de paciente, ao exercer a profissão em qualquer instituição na qual o mesmo esteja recolhido independentemente da própria vontade.

Parágrafo único - Ocorrendo quaisquer atos lesivos à personalidade e à saúde física ou psíquica dos pacientes a ele confiados, o médico está obrigado a denunciar o fato à autoridade competente e ao Conselho Regional de Medicina.

Art. 54 - Fornecer meio, instrumento, substância, conhecimentos, ou participar, de qualquer maneira, na execução de pena de morte.

Art. 55 - Usar da profissão para corromper os costumes, cometer ou favorecer crime.

CAPÍTULO V - RELAÇÃO COM PACIENTES E FAMILIARES

É vedado ao médico:

Art. 56 - Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida.

Art. 57 - Deixar de utilizar todos os meios disponíveis de diagnósticos e tratamento a seu alcance em favor do paciente.

Art. 58 - Deixar de atender paciente que procure seus cuidados profissionais em caso de urgência, quando não haja outro médico ou serviço médico em condições de fazê-lo.

Art. 59 - deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta ao mesmo possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, a comunicação ser feita ao seu responsável legal.

Art. 60 - Exagerar a gravidade do diagnóstico ou prognóstico, complicar a terapêutica, ou exceder-se no número de visitas, consultas ou quaisquer outros procedimentos médicos.

Art. 61 - Abandonar paciente sob seus cuidados.

Parágrafo 1º - Ocorrendo fatos que, a seu critério, prejudiquem o bom relacionamento com o paciente ou o pleno desempenho profissional, o médico tem o direito de renunciar ao atendimento, desde que comunique previamente ao paciente ou seu responsável legal, assegurando-se da continuidade dos cuidados e fornecendo todas as informações necessárias ao médico que lhe suceder.

Parágrafo 2º - Salvo por justa causa, comunicada ao paciente ou a seus familiares, o médico não pode abandonar o paciente por ser este portador de moléstia crônica ou incurável, mas deve continuar a assisti-lo ainda que apenas para mitigar o sofrimento físico ou psíquico.

Art. 62 - Prescrever tratamento ou outros procedimentos sem exame direto do paciente, salvo em casos de urgência e impossibilidade comprovada de realizá-lo, devendo, nesse caso, fazê-lo imediatamente cessado o impedimento.

Art. 63 - Desrespeitar o pudor de qualquer pessoa sob seus cuidados profissionais.

Art. 64 - Opor-se à realização de conferência médica solicitada pelo paciente ou seu responsável legal.

Art. 65 - Aproveitar-se de situações decorrentes da relação médico-paciente para obter vantagem física, emocional, financeira ou política.

Art. 66 - Utilizar, em qualquer caso, meios destinados a abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu responsável legal.

Art. 67 - Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre método contraceptivo, devendo o médico sempre esclarecer sobre a indicação, a segurança,

a reversibilidade e o risco de cada método.

Art. 68 - Praticar fecundação artificial sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o procedimento.

Art. 69 - Deixar de elaborar prontuário médico para cada paciente.

Art. 70 - Negar ao paciente acesso a seu prontuário médico, ficha clínica ou similar, bem como deixar de dar explicações necessárias à sua compreensão, salvo quando ocasionar riscos para o paciente ou para terceiros.

Art. 71 - Deixar de fornecer laudo médico ao paciente, quando do encaminhamento ou transferência para fins de continuidade do tratamento, ou na alta, se solicitado.

CAPÍTULO VI - DOAÇÃO E TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS

É vedado ao médico:

Art. 72 - Participar do processo de diagnóstico da morte ou da decisão de suspensão dos meios artificiais de prolongamento da vida de possível doador, quando pertencente à equipe de transplante.

Art. 73 - Deixar, em caso de transplante, de explicar ao doador ou seu responsável legal, e ao receptor, ou seu responsável legal, em termos compreensíveis, os riscos de exames, cirurgias ou outros procedimentos.

Art. 74 - Retirar órgão de doador vivo quando interdito ou incapaz, mesmo com autorização de seu responsável legal.

Art. 75 - Participar direta ou indiretamente da comercialização de órgãos ou tecidos humanos.

CAPÍTULO VII - RELAÇÕES ENTRE MÉDICOS

É vedado ao médico:

Art. 76 - Servir-se de sua posição hierárquica para impedir, por motivo econômico, político, ideológico ou qualquer outro, que médico utilize as instalações e demais recursos da instituição sob sua direção, particularmente quando se trate da única existente na localidade.

Art. 77 - Assumir emprego, cargo ou função, sucedendo a médico demitido ou afastado em represália a atitude de defesa de movimentos legítimos da categoria ou da aplicação deste Código.

Art. 78 - Posicionar-se contrariamente a movimentos legítimos da categoria médica, com a finalidade de obter vantagens.

Art. 79 - Acobertar erro ou conduta antiética de médico.

Art. 80 - Praticar concorrência desleal com outro médico.

Art. 81 - Alterar a prescrição ou tratamento de paciente, determinado por outro médico, mesmo quando investido em função de chefia ou de auditoria, salvo em situação de indiscutível conveniência para o paciente, devendo comunicar imediatamente o fato ao médico responsável.

Art. 82 - Deixar de encaminhar de volta ao médico assistente, o paciente que lhe foi enviado para procedimento especializado, devendo, na ocasião, fornecer-lhe as devidas informações sobre o ocorrido no período em que se responsabilizou pelo paciente.

Art. 83 - Deixar de fornecer a outro médico informações sobre o quadro clínico de paciente, desde que autorizado por este ou seu responsável legal.

Art. 84 - Deixar de informar ao substituto o quadro clínico dos pacientes sob sua responsabilidade, ao ser substituído no final do turno de trabalho.

Art. 85 - Utilizar-se de sua posição hierárquica para impedir que seus subordinados atuem dentro dos princípios éticos.

CAPÍTULO VIII - REMUNERAÇÃO PROFISSIONAL

É vedado ao médico:

Art. 86 - Receber remuneração pela prestação de serviços profissionais a preços vis ou extorsivos, inclusive através de convênios.

Art. 87 - Remunerar ou receber comissão ou vantagens por paciente encaminhado ou recebido, ou por serviços não efetivamente prestados.

Art. 88 - Permitir a inclusão de nomes de profissionais que não participaram do ato médico, para efeito de cobrança de honorários.

Art. 89 - Deixar de se conduzir com moderação na fixação de seus honorários, devendo considerar as limitações econômicas do paciente, as circunstâncias do atendimento e a prática local.

Art. 90 - Deixar de ajustar previamente com o paciente o custo provável dos procedimentos propostos, quando solicitado.

Art. 91 - Firmar qualquer contrato de assistência médica que subordine os honorários ao resultado do tratamento ou à cura do paciente.

Art. 92 - Explorar o trabalho médico como proprietário, sócio ou dirigente de empresas ou instituições prestadoras de serviços médicos, vem como auferir lucro sobre o trabalho de outro médico, isoladamente ou em equipe.

Art. 93 - Agenciar, aliciar ou desviar, por qualquer meio, para clínica particular ou instituições de qualquer natureza, paciente que tenha atendido em virtude de sua função em instituições públicas.

Art. 94 - Utilizar-se de instituições públicas para execução de procedimentos médicos em pacientes de sua clínica privada, como forma de obter vantagens pessoais.

Art. 95 - Cobrar honorários de paciente assistido em instituição que se destina à prestação de serviços públicos; ou receber remuneração de paciente como complemento de salário ou de honorários.

Art. 96 - Reduzir, quando em função de direção ou chefia, a remuneração devida ao médico, utilizando-se de descontos a título de taxa de administração ou quaisquer outros artifícios.

Art. 97 - Reter, a qualquer pretexto, remuneração de médicos e outros profissionais.

Art. 98 - Exercer a profissão com interação ou dependência de farmácia, laboratório farmacêutico, ótica ou qualquer organização destinada à fabricação, manipulação ou comercialização de produtos de prescrição médica de qualquer natureza, exceto quando se tratar de exercício da Medicina do Trabalho.

Art. 99 - Exercer simultaneamente a Medicina e a Farmácia, bem como obter vantagem pela comercialização de medicamentos, órteses ou próteses, cuja compra decorra de influência direta em virtude da sua atividade profissional.

Art. 100 - Deixar de apresentar, separadamente, seus honorários quando no atendimento ao paciente participarem outros profissionais.

Art. 101 - Oferecer seus serviços profissionais como prêmio em concurso de qualquer natureza.

CAPÍTULO IX - SEGREDO MÉDICO

É vedado ao médico:

Art. 102 - Revelar o fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por justa causa, dever legal ou autorização expressa do paciente.

Parágrafo único - Permanece essa proibição:

- a) Mesmo que o fato seja de conhecimento público ou que o paciente tenha falecido.
- b) Quando do depoimento como testemunha. Nesta hipótese o médico comparecerá

perante a autoridade e declarará seu impedimento.

Art. 103 - Revelar segredo profissional referente a paciente menor de idade, inclusive a seus pais ou responsáveis legais, desde que o menor tenha capacidade de avaliar seu problema e de conduzir-se por seus próprios meios para solucioná-lo, salvo quando a não revelação possa acarretar danos ao paciente.

Art. 104 - Fazer referência a casos clínicos identificáveis, exhibir pacientes ou seus retratos em anúncios profissionais ou na divulgação de assuntos médicos em programas de rádio, televisão ou cinema, e em artigos, entrevistas ou reportagens em jornais, revistas ou outras publicações legais.

Art. 105 - Revelar informações confidenciais obtidas quando do exame médico de trabalhadores inclusive por exigência dos dirigentes de empresas ou instituições, salvo se o silêncio puser em risco a saúde dos empregados ou da comunidade.

Art. 106 - Prestar a empresas seguradoras qualquer informação sobre as circunstâncias da morte de paciente seu, além daquelas contidas no próprio atestado de óbito, salvo por expressa autorização do responsável legal ou sucessor.

Art. 107 - Deixar de orientar seus auxiliares e de zelar para que respeitem o segredo profissional a que estão obrigados por lei.

Art. 108 - Facilitar manuseio e conhecimento dos prontuários, papeletas e demais folhas de observações médicas sujeitas ao segredo profissional, por pessoas não obrigadas ao mesmo compromisso.

Art. 109 - Deixar de guardar o segredo profissional na cobrança de honorários por meio judicial ou extrajudicial.

CAPÍTULO X - ATESTADO E BOLETIM MÉDICO

É vedado ao médico:

Art. 110 - Fornecer atestado sem ter praticado o ato profissional que o justifique, ou que não corresponda a verdade.

Art. 111 - Utilizar-se do ato de atestar como forma de angariar clientela.

Art. 112 - Deixar de atestar atos executados no exercício profissional, quando solicitado pelo paciente ou seu responsável legal.

Parágrafo único - O atestado médico é parte integrante do ato ou tratamento médico, sendo o seu fornecimento direito inquestionável do paciente, não importando em qualquer majoração dos honorários.

Art. 113 - Utilizar-se de formulários de instituições públicas para atestar fatos verificados em clínica privada.

Art. 114 - Atestar óbito quando não o tenha verificado pessoalmente, ou quando não tenha prestado assistência ao paciente, salvo, no último caso, se o fizer como plantonista, médico substituto, ou em caso de necropsia e verificação médico-legal.

Art. 115 - Deixar de atestar óbito de paciente ao qual vinha prestando assistência, exceto quando houver indícios de morte violenta.

Art. 116 - Expedir boletim médico falso ou tendencioso.

Art. 117 - Elaborar ou divulgar boletim médico que revele o diagnóstico, prognóstico ou terapêutica, sem a expressa autorização do paciente ou de seu responsável legal.

CAPÍTULO XI - PERÍCIA MÉDICA

É vedado ao médico:

Art. 118 - Deixar de atuar com absoluta isenção quando designado para servir como perito ou auditor, assim como ultrapassar os limites das suas atribuições e competência.

Art. 119 - Assinar laudos periciais ou de verificação médico-legal, quando não o

tenha realizado, ou participado pessoalmente do exame.

Art. 120 - Ser perito de paciente seu, de pessoa de sua família ou de qualquer pessoa com a qual tenha relações capazes de influir em seu trabalho.

Art. 121 - Intervir, quando em função de auditor ou perito, nos atos profissionais de outro médico, ou fazer qualquer apreciação em presença do examinado, reservando suas observações para o relatório.

CAPÍTULO XII - PESQUISA MÉDICA

É vedado ao médico:

Art. 122 - Participar de qualquer tipo de experiência no ser humano com fins bélicos, políticos, raciais ou eugênicos.

Art. 123 - Realizar pesquisa em ser humano, sem que este tenha dado consentimento por escrito, após devidamente esclarecido sobre a natureza e consequência da pesquisa.

Parágrafo único - Caso o paciente não tenha condições de dar seu livre consentimento, a pesquisa somente poderá ser realizada, em seu próprio benefício, após expressa autorização de seu responsável legal.

Art. 124 - Usar experimentalmente qualquer tipo de terapêutica ainda não liberada para uso no País, sem a devida autorização dos órgãos competentes e sem consentimento do paciente ou de seu responsável legal, devidamente informados da situação e das possíveis consequências.

Art. 125 - Promover pesquisa médica na comunidade sem o conhecimento dessa coletividade e sem que o objetivo seja a proteção da saúde pública, respeitadas as características locais.

Art. 126 - Obter vantagens pessoais, ter qualquer interesse comercial ou renunciar à sua independência profissional em relação a financiadores de pesquisa médica da qual participe.

Art. 127 - Realizar pesquisa médica em ser humano sem submeter o protocolo a aprovação e acompanhamento de comissão isenta de qualquer dependência em relação ao pesquisador.

Art. 128 - Realizar pesquisa médica em voluntários, sadios ou não, que tenham direta ou indiretamente dependência ou subordinação relativamente ao pesquisador.

Art. 129 - Executar ou participar de pesquisa médica em que haja necessidade de suspender ou deixar de usar terapêutica consagrada e, com isso, prejudicar o paciente.

Art. 130 - Realizar experiências com novos tratamentos clínicos ou cirúrgicos em paciente com afecção incurável ou terminal sem que haja esperança razoável de utilidade para o mesmo, não lhe impondo sofrimentos adicionais.

CAPÍTULO XIII - PUBLICIDADE E TRABALHOS CIENTÍFICOS

É vedado ao médico:

Art. 131 - Permitir que sua participação na divulgação de assuntos médicos, em qualquer veículo de comunicação de massa, deixe de ter caráter exclusivamente de esclarecimento e educação da coletividade.

Art. 132 - Divulgar informação sobre assunto médico de forma sensacionalista, promocional, ou de conteúdo inverídico.

Art. 133 - Divulgar, fora do meio científico, processo de tratamento ou descoberta cujo valor ainda não esteja expressamente reconhecido por órgão competente.

Art. 134 - Dar consulta, diagnóstico ou prescrição por intermédio de qualquer veículo de comunicação de massa.

Art. 135 - Anunciar títulos científicos que não possa comprovar ou especialidade

para a qual não esteja qualificado.

Art. 136 - Participar de anúncios de empresas comerciais de qualquer natureza, valendo-se de sua profissão.

Art. 137 - Publicar em seu nome trabalho científico do qual não tenha participado; atribuir-se autoria exclusiva de trabalho realizado por seus subordinados ou outros profissionais, mesmo quando executados sob sua orientação.

Art. 138 - Utilizar-se, sem referência ao autor ou sem a sua autorização expressa, de dados, informações, ou opiniões ainda não publicados.

Art. 139 - Apresentar como originais quaisquer idéias, descobertas ou ilustrações que na realidade não o sejam.

Art. 140 - Falsear dados estatísticos ou deturpar sua interpretação científica.

CAPÍTULO XIV - DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 141 - O médico portador de doença incapacitante para o exercício da Medicina, apurada pelo Conselho Regional de Medicina em procedimento administrativo com perícia médica, terá seu registro suspenso enquanto perdurar sua incapacidade.

Art. 142 - O médico está obrigado a acatar e respeitar os Acórdãos e Resoluções dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina.

Art. 143 - O Conselho Federal de Medicina, ouvidos os Conselhos Regionais de Medicina e a categoria médica, promoverá a revisão e a atualização do presente Código, quando necessárias.

Art. 144 - As omissões deste Código serão sanadas pelo Conselho Federal de Medicina.

Art. 145 - O presente Código entra em vigor na data de sua publicação e revoga o Código de Ética Médica (DOU 11/01/65), o Código Brasileiro de Deontologia Médica (RESOLUÇÃO CFM Nº 1.154 de 13.04.84) e demais disposições em contrário.

RESOLUÇÃO CFM Nº 1931/2009

(Publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2009, Seção I, p. 90)

(Retificação publicada no D.O.U. de 13 de outubro de 2009, Seção I, p.173)

Aprova o Código de Ética Médica.

O **CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA**, no uso das atribuições conferidas pela Lei n.º 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto n.º 44.045, de 19 de julho de 1958, modificado pelo Decreto n.º 6.821, de 14 de abril de 2009 e pela Lei n.º 11.000, de 15 de dezembro de 2004, e, consubstanciado nas Leis n.º 6.828, de 29 de outubro de 1980 e Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999; e

CONSIDERANDO que os Conselhos de Medicina são ao mesmo tempo julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar, por todos os meios

ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da Medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente;

CONSIDERANDO que as normas do Código de Ética Médica devem submeter-se aos dispositivos constitucionais vigentes;

CONSIDERANDO a busca de melhor relacionamento com o paciente e a garantia de maior autonomia à sua vontade;

CONSIDERANDO as propostas formuladas ao longo dos anos de 2008 e 2009 e pelos Conselhos Regionais de Medicina, pelas Entidades Médicas, pelos médicos e por instituições científicas e universitárias para a revisão do atual Código de Ética Médica;

CONSIDERANDO as decisões da IV Conferência Nacional de Ética Médica que elaborou, com participação de Delegados Médicos de todo o Brasil, um novo Código de Ética Médica revisado.

CONSIDERANDO o decidido pelo Conselho Pleno Nacional reunido em 29 de agosto de 2009;

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido em sessão plenária de 17 de setembro de 2009.

RESOLVE:

Art. 1º Aprovar o Código de Ética Médica, anexo a esta Resolução, após sua revisão e atualização.

Art. 2º O Conselho Federal de Medicina, sempre que necessário, expedirá Resoluções que complementem este Código de Ética Médica e facilitem sua aplicação.

Art. 3º O Código anexo a esta Resolução entra em vigor cento e oitenta dias após a data de sua publicação e, a partir daí, revoga-se o Código de Ética Médica aprovado pela Resolução CFM n.º 1.246, publicada no Diário Oficial da União, no dia 26 de janeiro de 1988, Seção I, páginas 1574-1579, bem como as demais disposições em contrário.

BRASÍLIA, 17 DE SETEMBRO DE 2009

EDSON DE OLIVEIRA ANDRADE
Presidente

LÍVIA BARROS GARÇÃO
Secretária-Geral

CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA

PREÂMBULO

I – O presente Código de Ética Médica contém as normas que devem ser seguidas pelos médicos no exercício de sua profissão, inclusive no exercício de atividades relativas ao ensino, à pesquisa e à administração de serviços de saúde, bem como no exercício de quaisquer outras atividades em que se utilize o conhecimento advindo do estudo da Medicina.

II - As organizações de prestação de serviços médicos estão sujeitas às normas deste Código.

III - Para o exercício da Medicina impõe-se a inscrição no Conselho Regional do respectivo Estado, Território ou Distrito Federal.

IV - A fim de garantir o acatamento e a cabal execução deste Código, o médico comunicará ao Conselho Regional de Medicina, com discrição e fundamento, fatos de que tenha conhecimento e que caracterizem possível infração do presente Código e das demais normas que regulam o exercício da Medicina.

V - A fiscalização do cumprimento das normas estabelecidas neste Código é atribuição dos Conselhos de Medicina, das comissões de ética e dos médicos em geral.

VI - Este Código de Ética Médica é composto de 25 princípios fundamentais do exercício da Medicina, 10 normas diceológicas, 118 normas deontológicas e quatro disposições gerais. A transgressão das normas deontológicas sujeitará os infratores às penas disciplinares previstas em lei.

Capítulo I PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

I - A Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e será exercida sem discriminação de nenhuma natureza.

II - O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.

III - Para exercer a Medicina com honra e dignidade, o médico necessita ter boas condições de trabalho e ser remunerado de forma justa.

IV - Ao médico cabe zelar e trabalhar pelo perfeito desempenho ético da Medicina,

bem como pelo prestígio e bom conceito da profissão.

V - Compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente.

VI - O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.

VII - O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente.

VIII - O médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho.

IX - A Medicina não pode, em nenhuma circunstância ou forma, ser exercida como comércio.

X - O trabalho do médico não pode ser explorado por terceiros com objetivos de lucro, finalidade política ou religiosa.

XI - O médico guardará sigilo a respeito das informações de que detenha conhecimento no desempenho de suas funções, com exceção dos casos previstos em lei.

XII - O médico empenhar-se-á pela melhor adequação do trabalho ao ser humano, pela eliminação e pelo controle dos riscos à saúde inerentes às atividades laborais.

XIII - O médico comunicará às autoridades competentes quaisquer formas de deterioração do ecossistema, prejudiciais à saúde e à vida.

XIV - O médico empenhar-se-á em melhorar os padrões dos serviços médicos e em assumir sua responsabilidade em relação à saúde pública, à educação sanitária e à legislação referente à saúde.

XV - O médico será solidário com os movimentos de defesa da dignidade profissional, seja por remuneração digna e justa, seja por condições de trabalho compatíveis com o exercício ético-profissional da Medicina e seu aprimoramento técnico-científico.

XVI - Nenhuma disposição estatutária ou regimental de hospital ou de instituição, pública ou privada, limitará a escolha, pelo médico, dos meios cientificamente reconhecidos a serem praticados para o estabelecimento do diagnóstico e da execução do tratamento, salvo quando em benefício do paciente.

XVII - As relações do médico com os demais profissionais devem basear-se no

respeito mútuo, na liberdade e na independência de cada um, buscando sempre o interesse e o bem-estar do paciente.

XVIII - O médico terá, para com os colegas, respeito, consideração e solidariedade, sem se eximir de denunciar atos que contrariem os postulados éticos.

XIX - O médico se responsabilizará, em caráter pessoal e nunca presumido, pelos seus atos profissionais, resultantes de relação particular de confiança e executados com diligência, competência e prudência.

XX - A natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo.

XXI - No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas.

XXII - Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados.

XXIII - Quando envolvido na produção de conhecimento científico, o médico agirá com isenção e independência, visando ao maior benefício para os pacientes e a sociedade.

XXIV - Sempre que participar de pesquisas envolvendo seres humanos ou qualquer animal, o médico respeitará as normas éticas nacionais, bem como protegerá a vulnerabilidade dos sujeitos da pesquisa.

XXV - Na aplicação dos conhecimentos criados pelas novas tecnologias, considerando-se suas repercussões tanto nas gerações presentes quanto nas futuras, o médico zelará para que as pessoas não sejam discriminadas por nenhuma razão vinculada a herança genética, protegendo-as em sua dignidade, identidade e integridade.

Capítulo II DIREITOS DOS MÉDICOS

É direito do médico:

I - Exercer a Medicina sem ser discriminado por questões de religião, etnia, sexo, nacionalidade, cor, orientação sexual, idade, condição social, opinião política ou de qualquer outra natureza.

II - Indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitada a legislação vigente.

III - Apontar falhas em normas, contratos e práticas internas das instituições em que trabalhe quando as julgar indignas do exercício da profissão ou prejudiciais a si mesmo, ao paciente ou a terceiros, devendo dirigir-se, nesses casos, aos órgãos competentes e, obrigatoriamente, à comissão de ética e ao Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição.

IV - Recusar-se a exercer sua profissão em instituição pública ou privada onde as condições de trabalho não sejam dignas ou possam prejudicar a própria saúde ou a do paciente, bem como a dos demais profissionais. Nesse caso, comunicará imediatamente sua decisão à comissão de ética e ao Conselho Regional de Medicina.

V - Suspender suas atividades, individualmente ou coletivamente, quando a instituição pública ou privada para a qual trabalhe não oferecer condições adequadas para o exercício profissional ou não o remunerar digna e justamente, ressalvadas as situações de urgência e emergência, devendo comunicar imediatamente sua decisão ao Conselho Regional de Medicina.

VI - Internar e assistir seus pacientes em hospitais privados e públicos com caráter filantrópico ou não, ainda que não faça parte do seu corpo clínico, respeitadas as normas técnicas aprovadas pelo Conselho Regional de Medicina da pertinente jurisdição.

VII - Requerer desagravo público ao Conselho Regional de Medicina quando atingido no exercício de sua profissão.

VIII - Decidir, em qualquer circunstância, levando em consideração sua experiência e capacidade profissional, o tempo a ser dedicado ao paciente, evitando que o acúmulo de encargos ou de consultas venha a prejudicá-lo.

IX - Recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência.

X- Estabelecer seus honorários de forma justa e digna.

Capítulo III **RESPONSABILIDADE PROFISSIONAL**

É vedado ao médico:

Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.

Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.

Art. 2º Delegar a outros profissionais atos ou atribuições exclusivos da profissão médica.

Art. 3º Deixar de assumir responsabilidade sobre procedimento médico que indicou ou do qual participou, mesmo quando vários médicos tenham assistido o paciente.

Art. 4º Deixar de assumir a responsabilidade de qualquer ato profissional que tenha praticado ou indicado, ainda que solicitado ou consentido pelo paciente ou por seu representante legal.

Art. 5º Assumir responsabilidade por ato médico que não praticou ou do qual não participou.

Art. 6º Atribuir seus insucessos a terceiros e a circunstâncias ocasionais, exceto nos casos em que isso possa ser devidamente comprovado.

Art. 7º Deixar de atender em setores de urgência e emergência, quando for de sua obrigação fazê-lo, expondo a risco a vida de pacientes, mesmo respaldado por decisão majoritária da categoria.

Art. 8º Afastar-se de suas atividades profissionais, mesmo temporariamente, sem deixar outro médico encarregado do atendimento de seus pacientes internados ou em estado grave.

Art. 9º Deixar de comparecer a plantão em horário preestabelecido ou abandoná-lo sem a presença de substituto, salvo por justo impedimento.

Parágrafo único. Na ausência de médico plantonista substituto, a direção técnica do estabelecimento de saúde deve providenciar a substituição.

Art. 10. Acumpliciar-se com os que exercem ilegalmente a Medicina ou com profissionais ou instituições médicas nas quais se pratiquem atos ilícitos.

Art. 11. Receitar, atestar ou emitir laudos de forma secreta ou ilegível, sem a devida identificação de seu número de registro no Conselho Regional de Medicina da sua jurisdição, bem como assinar em branco folhas de receituários, atestados, laudos ou quaisquer outros documentos médicos.

Art. 12. Deixar de esclarecer o trabalhador sobre as condições de trabalho que ponham em risco sua saúde, devendo comunicar o fato aos empregadores responsáveis.

Parágrafo único. Se o fato persistir, é dever do médico comunicar o ocorrido às autoridades competentes e ao Conselho Regional de Medicina.

Art. 13. Deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença.

Art. 14. Praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação vigente no País.

Art. 15. Descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou de tecidos, esterilização, fecundação artificial, abortamento, manipulação ou terapia genética.

§ 1º No caso de procriação medicamente assistida, a fertilização não deve conduzir sistematicamente à ocorrência de embriões supranumerários.

§ 2º O médico não deve realizar a procriação medicamente assistida com nenhum dos seguintes objetivos:

I – criar seres humanos geneticamente modificados;

II – criar embriões para investigação;

III – criar embriões com finalidades de escolha de sexo, eugenia ou para originar híbridos ou quimeras.

§ 3º Praticar procedimento de procriação medicamente assistida sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo.

Art. 16. Intervir sobre o genoma humano com vista à sua modificação, exceto na terapia gênica, excluindo-se qualquer ação em células germinativas que resulte na modificação genética da descendência.

Art. 17. Deixar de cumprir, salvo por motivo justo, as normas emanadas dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina e de atender às suas requisições administrativas, intimações ou notificações no prazo determinado

Art. 18. Desobedecer aos acórdãos e às resoluções dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina ou desrespeitá-los.

Art. 19. Deixar de assegurar, quando investido em cargo ou função de direção, os direitos dos médicos e as demais condições adequadas para o desempenho ético-profissional da Medicina.

Art. 20. Permitir que interesses pecuniários, políticos, religiosos ou de quaisquer outras ordens, do seu empregador ou superior hierárquico ou do financiador público ou privado da assistência à saúde interfiram na escolha dos melhores meios de prevenção, diagnóstico ou tratamento disponíveis e cientificamente reconhecidos no interesse da saúde do paciente ou da sociedade.

Art. 21. Deixar de colaborar com as autoridades sanitárias ou infringir a legislação pertinente.

Capítulo IV DIREITOS HUMANOS

É vedado ao médico:

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

Art. 23. Tratar o ser humano sem civilidade ou consideração, desrespeitar sua dignidade ou discriminá-lo de qualquer forma ou sob qualquer pretexto.

Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

Art. 25. Deixar de denunciar prática de tortura ou de procedimentos degradantes, desumanos ou cruéis, praticá-las, bem como ser conivente com quem as realize ou fornecer meios, instrumentos, substâncias ou conhecimentos que as facilitem.

Art. 26. Deixar de respeitar a vontade de qualquer pessoa, considerada capaz física e mentalmente, em greve de fome, ou alimentá-la compulsoriamente, devendo cientificá-la das prováveis complicações do jejum prolongado e, na hipótese de risco iminente de morte, tratá-la.

Art. 27. Desrespeitar a integridade física e mental do paciente ou utilizar-se de meio que possa alterar sua personalidade ou sua consciência em investigação policial ou de qualquer outra natureza.

Art. 28. Desrespeitar o interesse e a integridade do paciente em qualquer instituição na qual esteja recolhido, independentemente da própria vontade.

Parágrafo único. Caso ocorram quaisquer atos lesivos à personalidade e à saúde física ou mental dos pacientes confiados ao médico, este estará obrigado a denunciar o fato à autoridade competente e ao Conselho Regional de Medicina.

Art. 29. Participar, direta ou indiretamente, da execução de pena de morte.

Art. 30. Usar da profissão para corromper costumes, cometer ou favorecer crime.

Capítulo V RELAÇÃO COM PACIENTES E FAMILIARES

É vedado ao médico:

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

Art. 32. Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente.

Art. 33. Deixar de atender paciente que procure seus cuidados profissionais em casos de urgência ou emergência, quando não haja outro médico ou serviço médico em condições de fazê-lo.

Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.

Art. 35. Exagerar a gravidade do diagnóstico ou do prognóstico, complicar a terapêutica ou exceder-se no número de visitas, consultas ou quaisquer outros procedimentos médicos.

Art. 36. Abandonar paciente sob seus cuidados.

§ 1º Ocorrendo fatos que, a seu critério, prejudiquem o bom relacionamento com o paciente ou o pleno desempenho profissional, o médico tem o direito de renunciar ao atendimento, desde que comunique previamente ao paciente ou a seu representante legal, assegurando-se da continuidade dos cuidados e fornecendo todas as informações necessárias ao médico que lhe suceder.

§ 2º Salvo por motivo justo, comunicado ao paciente ou aos seus familiares, o médico não abandonará o paciente por ser este portador de moléstia crônica ou incurável e continuará a assisti-lo ainda que para cuidados paliativos.

Art. 37. Prescrever tratamento ou outros procedimentos sem exame direto do paciente, salvo em casos de urgência ou emergência e impossibilidade comprovada de realizá-lo, devendo, nesse caso, fazê-lo imediatamente após cessar o impedimento.

Parágrafo único. O atendimento médico a distância, nos moldes da telemedicina ou de outro método, dar-se-á sob regulamentação do Conselho Federal de Medicina.

Art. 38. Desrespeitar o pudor de qualquer pessoa sob seus cuidados profissionais.

Art. 39 Opor-se à realização de junta médica ou segunda opinião solicitada pelo paciente ou por seu representante legal.

Art. 40. Aproveitar-se de situações decorrentes da relação médico-paciente para obter vantagem física, emocional, financeira ou de qualquer outra natureza.

Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

Art. 42. Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre método contraceptivo, devendo sempre esclarecê-lo sobre indicação, segurança, reversibilidade e risco de cada método.

Capítulo VI

DOAÇÃO E TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS

É vedado ao médico:

Art. 43. Participar do processo de diagnóstico da morte ou da decisão de suspender meios artificiais para prolongar a vida do possível doador, quando pertencente à equipe de transplante.

Art. 44. Deixar de esclarecer o doador, o receptor ou seus representantes legais sobre os riscos decorrentes de exames, intervenções cirúrgicas e outros procedimentos nos casos de transplantes de órgãos.

Art. 45. Retirar órgão de doador vivo quando este for juridicamente incapaz, mesmo se houver autorização de seu representante legal, exceto nos casos permitidos e regulamentados em lei.

Art. 46. Participar direta ou indiretamente da comercialização de órgãos ou de tecidos humanos.

Capítulo VII

RELAÇÃO ENTRE MÉDICOS

É vedado ao médico:

Art. 47. Usar de sua posição hierárquica para impedir, por motivo de crença religiosa, convicção filosófica, política, interesse econômico ou qualquer outro, que não técnico-científico ou ético, que as instalações e os demais recursos da instituição sob sua direção, sejam utilizados por outros médicos no exercício da profissão, particularmente se forem os únicos existentes no local.

Art. 48. Assumir emprego, cargo ou função para suceder médico demitido ou afastado em represália à atitude de defesa de movimentos legítimos da categoria ou da aplicação deste Código.

Art. 49. Assumir condutas contrárias a movimentos legítimos da categoria médica com a finalidade de obter vantagens.

Art. 50. Acobertar erro ou conduta antiética de médico.

Art. 51. Praticar concorrência desleal com outro médico.

Art. 52. Desrespeitar a prescrição ou o tratamento de paciente, determinados por outro médico, mesmo quando em função de chefia ou de auditoria, salvo em situação de indiscutível benefício para o paciente, devendo comunicar imediatamente o fato ao médico responsável.

Art. 53. Deixar de encaminhar o paciente que lhe foi enviado para procedimento especializado de volta ao médico assistente e, na ocasião, fornecer-lhe as devidas informações sobre o ocorrido no período em que por ele se responsabilizou.

Art. 54. Deixar de fornecer a outro médico informações sobre o quadro clínico de paciente, desde que autorizado por este ou por seu representante legal.

Art. 55. Deixar de informar ao substituto o quadro clínico dos pacientes sob sua responsabilidade ao ser substituído ao fim do seu turno de trabalho.

Art. 56. Utilizar-se de sua posição hierárquica para impedir que seus subordinados atuem dentro dos princípios éticos.

Art. 57. Deixar de denunciar atos que contrariem os postulados éticos à comissão de ética da instituição em que exerce seu trabalho profissional e, se necessário, ao Conselho Regional de Medicina.

CAPÍTULO VIII REMUNERAÇÃO PROFISSIONAL

É vedado ao médico:

Art. 58. O exercício mercantilista da Medicina.

Art. 59. Oferecer ou aceitar remuneração ou vantagens por paciente encaminhado ou recebido, bem como por atendimentos não prestados.

Art. 60. Permitir a inclusão de nomes de profissionais que não participaram do ato médico para efeito de cobrança de honorários.

Art. 61. Deixar de ajustar previamente com o paciente o custo estimado dos procedimentos.

Art. 62. Subordinar os honorários ao resultado do tratamento ou à cura do paciente.

Art. 63. Explorar o trabalho de outro médico, isoladamente ou em equipe, na condição de proprietário, sócio, dirigente ou gestor de empresas ou instituições prestadoras de serviços médicos.

Art. 64. Agenciar, aliciar ou desviar, por qualquer meio, para clínica particular ou instituições de qualquer natureza, paciente atendido pelo sistema público de saúde ou dele utilizar-se para a execução de procedimentos médicos em sua clínica privada, como forma de obter vantagens pessoais.

Art. 65. Cobrar honorários de paciente assistido em instituição que se destina à prestação de serviços públicos, ou receber remuneração de paciente como complemento de salário ou de honorários.

Art. 66. Praticar dupla cobrança por ato médico realizado.

Parágrafo único. A complementação de honorários em serviço privado pode ser cobrada quando prevista em contrato.

Art. 67. Deixar de manter a integralidade do pagamento e permitir descontos ou retenção de honorários, salvo os previstos em lei, quando em função de direção ou de chefia.

Art. 68. Exercer a profissão com interação ou dependência de farmácia, indústria farmacêutica, óptica ou qualquer organização destinada à fabricação, manipulação, promoção ou comercialização de produtos de prescrição médica, qualquer que seja sua natureza.

Art. 69. Exercer simultaneamente a Medicina e a Farmácia ou obter vantagem pelo encaminhamento de procedimentos, pela comercialização de medicamentos, órteses, próteses ou implantes de qualquer natureza, cuja compra decorra de influência direta em virtude de sua atividade profissional.

Art. 70. Deixar de apresentar separadamente seus honorários quando outros profissionais participarem do atendimento ao paciente.

Art. 71. Oferecer seus serviços profissionais como prêmio, qualquer que seja sua natureza.

Art. 72. Estabelecer vínculo de qualquer natureza com empresas que anunciam ou comercializam planos de financiamento, cartões de descontos ou consórcios para procedimentos médicos.

Capítulo IX

SIGILO PROFISSIONAL

É vedado ao médico:

Art. 73. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente.

Parágrafo único. Permanece essa proibição: a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido; b) quando de seu depoimento como testemunha. Nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento; c) na investigação de suspeita de crime, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal.

Art. 74. Revelar sigilo profissional relacionado a paciente menor de idade, inclusive a seus pais ou representantes legais, desde que o menor tenha capacidade de discernimento, salvo quando a não revelação possa acarretar dano ao paciente.

Art. 75. Fazer referência a casos clínicos identificáveis, exibir pacientes ou seus retratos em anúncios profissionais ou na divulgação de assuntos médicos, em meios de comunicação em geral, mesmo com autorização do paciente.

Art. 76. Revelar informações confidenciais obtidas quando do exame médico de trabalhadores, inclusive por exigência dos dirigentes de empresas ou de instituições, salvo se o silêncio puser em risco a saúde dos empregados ou da comunidade.

Art. 77. Prestar informações a empresas seguradoras sobre as circunstâncias da morte do paciente sob seus cuidados, além das contidas na declaração de óbito, salvo por expresse consentimento do seu representante legal.

Art. 78. Deixar de orientar seus auxiliares e alunos a respeitar o sigilo profissional e zelar para que seja por eles mantido.

Art. 79. Deixar de guardar o sigilo profissional na cobrança de honorários por meio judicial ou extrajudicial.

Capítulo X DOCUMENTOS MÉDICOS

É vedado ao médico:

Art. 80. Expedir documento médico sem ter praticado ato profissional que o justifique, que seja tendencioso ou que não corresponda à verdade.

Art. 81. Atestar como forma de obter vantagens.

Art. 82. Usar formulários de instituições públicas para prescrever ou atestar fatos verificados na clínica privada.

Art. 83. Atestar óbito quando não o tenha verificado pessoalmente, ou quando não tenha prestado assistência ao paciente, salvo, no último caso, se o fizer como plantonista, médico substituto ou em caso de necropsia e verificação médico-legal.

Art. 84. Deixar de atestar óbito de paciente ao qual vinha prestando assistência, exceto quando houver indícios de morte violenta.

Art. 85. Permitir o manuseio e o conhecimento dos prontuários por pessoas não obrigadas ao sigilo profissional quando sob sua responsabilidade.

Art. 86. Deixar de fornecer laudo médico ao paciente ou a seu representante legal quando aquele for encaminhado ou transferido para continuação do tratamento ou em caso de solicitação de alta.

Art. 87. Deixar de elaborar prontuário legível para cada paciente.

§ 1º O prontuário deve conter os dados clínicos necessários para a boa condução do caso, sendo preenchido, em cada avaliação, em ordem cronológica com data, hora, assinatura e número de registro do médico no Conselho Regional de Medicina.

§ 2º O prontuário estará sob a guarda do médico ou da instituição que assiste o paciente.

Art. 88. Negar, ao paciente, acesso a seu prontuário, deixar de lhe fornecer cópia quando solicitada, bem como deixar de lhe dar explicações necessárias à sua compreensão, salvo quando ocasionarem riscos ao próprio paciente ou a terceiros.

Art. 89. Liberar cópias do prontuário sob sua guarda, salvo quando autorizado, por escrito, pelo paciente, para atender ordem judicial ou para a sua própria defesa.

§ 1º Quando requisitado judicialmente o prontuário será disponibilizado ao perito médico nomeado pelo juiz.

§ 2º Quando o prontuário for apresentado em sua própria defesa, o médico deverá solicitar que seja observado o sigilo profissional.

Art. 90. Deixar de fornecer cópia do prontuário médico de seu paciente quando de sua requisição pelos Conselhos Regionais de Medicina.

Art. 91. Deixar de atestar atos executados no exercício profissional, quando solicitado pelo paciente ou por seu representante legal.

Capítulo XI AUDITORIA E PERÍCIA MÉDICA

É vedado ao médico:

Art. 92. Assinar laudos periciais, auditoriais ou de verificação médico-legal quando não tenha realizado pessoalmente o exame.

Art. 93. Ser perito ou auditor do próprio paciente, de pessoa de sua família ou de qualquer outra com a qual tenha relações capazes de influir em seu trabalho ou de empresa em que atue ou tenha atuado.

Art. 94. Intervir, quando em função de auditor, assistente técnico ou perito, nos atos profissionais de outro médico, ou fazer qualquer apreciação em presença do examinado, reservando suas observações para o relatório.

Art. 95. Realizar exames médico-periciais de corpo de delito em seres humanos no interior de prédios ou de dependências de delegacias de polícia, unidades militares, casas de detenção e presídios.

Art. 96. Receber remuneração ou gratificação por valores vinculados à glosa ou ao sucesso da causa, quando na função de perito ou de auditor.

Art. 97. Autorizar, vetar, bem como modificar, quando na função de auditor ou de perito, procedimentos propedêuticos ou terapêuticos instituídos, salvo, no último caso, em situações de urgência, emergência ou iminente perigo de morte do paciente, comunicando, por escrito, o fato ao médico assistente.

Art. 98. Deixar de atuar com absoluta isenção quando designado para servir como

perito ou como auditor, bem como ultrapassar os limites de suas atribuições e de sua competência.

Parágrafo único. O médico tem direito a justa remuneração pela realização do exame pericial.

Capítulo XII ENSINO E PESQUISA MÉDICA

É vedado ao médico:

Art. 99. Participar de qualquer tipo de experiência envolvendo seres humanos com fins bélicos, políticos, étnicos, eugênicos ou outros que atentem contra a dignidade humana.

Art. 100. Deixar de obter aprovação de protocolo para a realização de pesquisa em seres humanos, de acordo com a legislação vigente.

Art. 101. Deixar de obter do paciente ou de seu representante legal o termo de consentimento livre e esclarecido para a realização de pesquisa envolvendo seres humanos, após as devidas explicações sobre a natureza e as consequências da pesquisa.

Parágrafo único. No caso do sujeito de pesquisa ser menor de idade, além do consentimento de seu representante legal, é necessário seu assentimento livre e esclarecido na medida de sua compreensão.

Art. 102. Deixar de utilizar a terapêutica correta, quando seu uso estiver liberado no País.

Parágrafo único. A utilização de terapêutica experimental é permitida quando aceita pelos órgãos competentes e com o consentimento do paciente ou de seu representante legal, adequadamente esclarecidos da situação e das possíveis consequências.

Art. 103. Realizar pesquisa em uma comunidade sem antes informá-la e esclarecê-la sobre a natureza da investigação e deixar de atender ao objetivo de proteção à saúde pública, respeitadas as características locais e a legislação pertinente.

Art. 104. Deixar de manter independência profissional e científica em relação a financiadores de pesquisa médica, satisfazendo interesse comercial ou obtendo vantagens pessoais.

Art. 105. Realizar pesquisa médica em sujeitos que sejam direta ou indiretamente dependentes ou subordinados ao pesquisador.

Art. 106. Manter vínculo de qualquer natureza com pesquisas médicas, envolvendo seres humanos, que usem placebo em seus experimentos, quando houver tratamento eficaz e efetivo para a doença pesquisada.

Art. 107. Publicar em seu nome trabalho científico do qual não tenha participado; atribuir-se autoria exclusiva de trabalho realizado por seus subordinados ou outros profissionais, mesmo quando executados sob sua orientação, bem como omitir do artigo científico o nome de quem dele tenha participado.

Art. 108. Utilizar dados, informações ou opiniões ainda não publicados, sem referência ao seu autor ou sem sua autorização por escrito.

Art. 109. Deixar de zelar, quando docente ou autor de publicações científicas, pela veracidade, clareza e imparcialidade das informações apresentadas, bem como deixar de declarar relações com a indústria de medicamentos, órteses, próteses, equipamentos, implantes de qualquer natureza e outras que possam configurar conflitos de interesses, ainda que em potencial.

Art. 110. Praticar a Medicina, no exercício da docência, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, sem zelar por sua dignidade e privacidade ou discriminando aqueles que negarem o consentimento solicitado.

Capítulo XIII PUBLICIDADE MÉDICA

É vedado ao médico:

Art. 111. Permitir que sua participação na divulgação de assuntos médicos, em qualquer meio de comunicação de massa, deixe de ter caráter exclusivamente de esclarecimento e educação da sociedade.

Art. 112. Divulgar informação sobre assunto médico de forma sensacionalista, promocional ou de conteúdo inverídico.

Art. 113. Divulgar, fora do meio científico, processo de tratamento ou descoberta cujo valor ainda não esteja expressamente reconhecido cientificamente por órgão competente.

Art. 114. Consultar, diagnosticar ou prescrever por qualquer meio de comunicação de massa.

Art. 115. Anunciar títulos científicos que não possa comprovar e especialidade ou área de atuação para a qual não esteja qualificado e registrado no Conselho Regional de Medicina.

Art. 116. Participar de anúncios de empresas comerciais qualquer que seja sua natureza, valendo-se de sua profissão.

Art. 117. Apresentar como originais quaisquer idéias, descobertas ou ilustrações que

na realidade não o sejam.

Art. 118. Deixar de incluir, em anúncios profissionais de qualquer ordem, o seu número de inscrição no Conselho Regional de Medicina.

Parágrafo único. Nos anúncios de estabelecimentos de saúde devem constar o nome e o número de registro, no Conselho Regional de Medicina, do diretor técnico.

Capítulo XIV **DISPOSIÇÕES GERAIS**

I - O médico portador de doença incapacitante para o exercício profissional, apurada pelo Conselho Regional de Medicina em procedimento administrativo com perícia médica, terá seu registro suspenso enquanto perdurar sua incapacidade.

II - Os médicos que cometerem faltas graves previstas neste Código e cuja continuidade do exercício profissional constitua risco de danos irreparáveis ao paciente ou à sociedade poderão ter o exercício profissional suspenso mediante procedimento administrativo específico.

III - O Conselho Federal de Medicina, ouvidos os Conselhos Regionais de Medicina e a categoria médica, promoverá a revisão e atualização do presente Código quando necessárias.

IV - As omissões deste Código serão sanadas pelo Conselho Federal de Medicina.