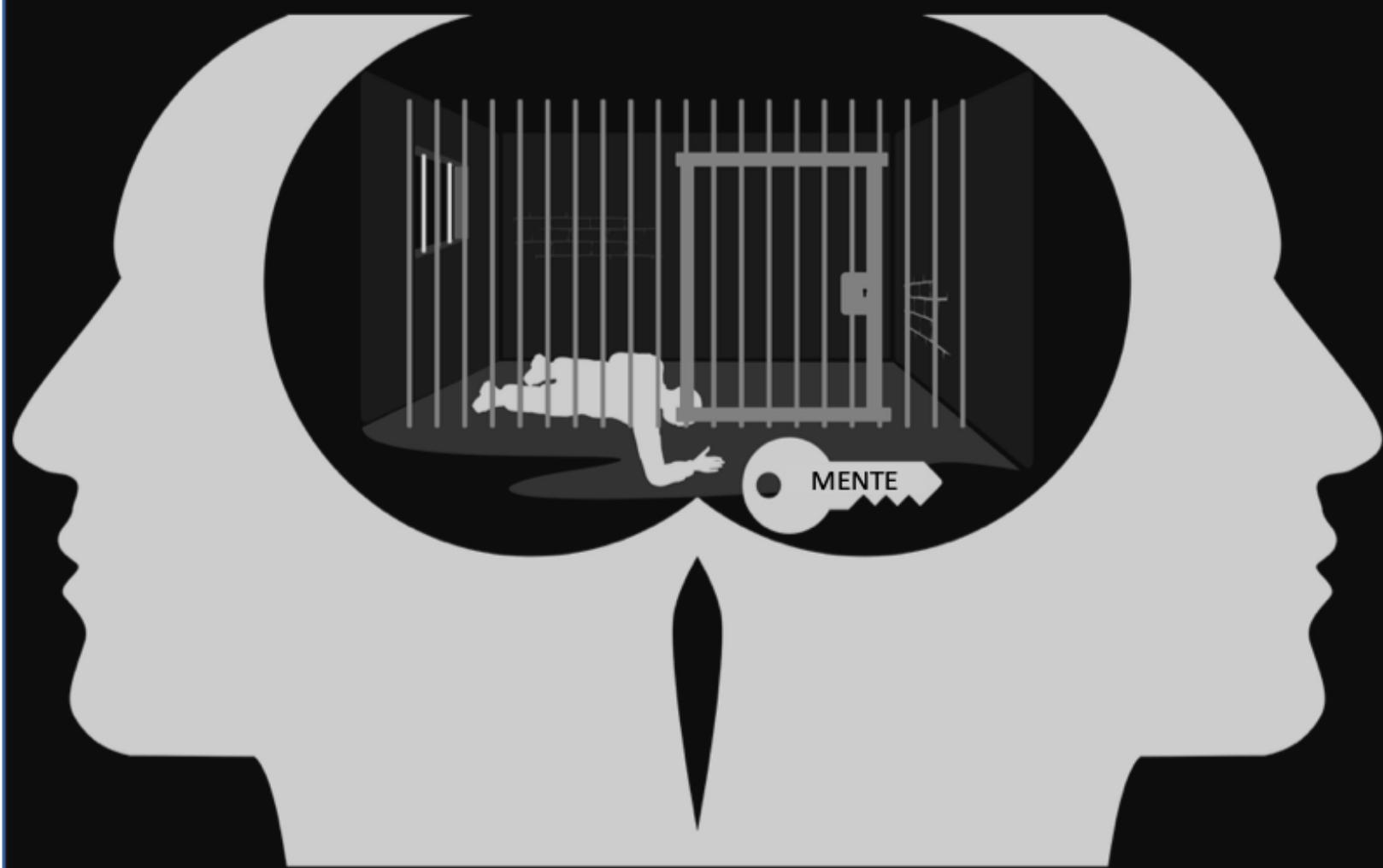


DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA

IDENTIFICAÇÃO DA PESSOA NATURAL



Adriana Maluf

1.Introdução

O presente trabalho apresenta o escopo fundamental de analisar os diferentes aspectos concernentes à pessoa natural, especificamente dentre os elementos ligados à personalidade,nos atos de disposição do próprio corpo, quais sejam , os transplantes, enxertos e doações de órgãos in vivo e post mortem,a cessão temporária de útero,a cirurgia de transgenitalização, bem como analisaremos os aspectos doutrinários relativos aos tratamentos médicos, abordando a responsabilidade civil dos mesmos nos diversos atos em que participa.

O tema direitos da personalidade de essência fascinante introduzido agora no atual Código Civil merecerá também especial atenção, pois através de seus preceitos permite a apresentação do homem tal qual ele se sente no seio da sua existência social, conferindo ao ser humano proteção legal à sua liberdade de existir.

Importante é a meu ver agrupar os diversos aspectos dos direitos da personalidade de acordo com suas características particulares. Esses aspectos são basicamente três : o físico , o intelectual e o moral.

2.OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Ao conjunto de poderes conferidos ao homem para figurar nas relações jurídicas dá-se o nome de personalidade.O Código Civil de 2002 dedicou um capítulo exclusivo para os assim chamados direitos da personalidade, tendo por objetivo precípuo a preservação do respeito à dignidade da pessoa humana e os direitos protegidos constitucionalmente , como **o direito à vida, à integridade física e psíquica , à honra e à liberdade pessoal.**

A Constituição de 1988 consagrou em seu texto o reconhecimento de que a pessoa é detentora de direitos inerentes à sua personalidade , entendida segundo ilustra Washington de Barros Monteiro¹ “ como as características que distinguem o ser humano, ao mesmo tempo em que integra a sociedade e o gênero humano . São características que configuram pressupostos da própria existência da pessoa” .

De acordo com a definição de Washington de Barros Monteiro “ **o primeiro elemento que aparece na relação jurídica é o sujeito ou a pessoa, sem o qual ou sem a qual não pode existir o direito**”.Oriunda do latim persona exprime a atuação que cada

1.Washington de Barros Monteiro – Curso de direito civil, vol 1 , Saraiva , 39º ed , atualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto , 2003 , p. 96 e 97

indivíduo desempenha no cenário jurídico, completa por fim o professor que num senso evolutivo do termo “passou a palavra a expressar o próprio indivíduo”.²

Na acepção jurídica, ainda para Washington de Barros Monteiro, “pessoa é o ente físico ou moral , suscetível de direitos e obrigações”,sinônimo de sujeito de direito ou sujeito de relação jurídica.

Aponta Ruggiero – Maroi que o direito é constituído hominum causa, não existindo senão entre homens, estando os animais excluídos dessa relação apesar dos dispositivos legais existentes para sua proteção.³

No mesmo sentido aduz José Enrique Bustos Pueche que “é bem conhecida a lição de Hermogeniano : omne jus causa hominum constitutum est”; a finalidade do direito é servir a pessoa.**O fim institucional do direito civil considerou sempre a proteção da pessoa , do indivíduo.**O que ocorria que em muitas vezes a preocupação com a proteção patrimonial desse indivíduo suplantava-se à sua própria proteção individual,firmando-se assim a proteção em face dos bens externos da pessoa.Via-se a pessoa mais como elemento de uma relação complexa, do que em si mesma.⁴

A noção de personalidade em si , apesar de não possuir sistematização , remonta ao direito romano,reconhecendo-se esta inicialmente aos indivíduos que reuniam três qualidades essenciais: O status libertatis, o status civitatis e o status familiae. Às pessoas dotadas de status libertatis era conferida , em Roma , a cidadania, e com ela a capacidade jurídica plena, a aptidão para ter e exercer direitos.Assim sendo , somente os cidadãos , possuíam integrais direitos da personalidade.⁵

Na lição de Capelo de Souza à partir da época romana clássica no período do Alto Império de 27aC a 284 dC, passou o escravo a ser também considerado persona e portanto não despido de personalidade embora tivesse sua liberdade pessoal limitada e mesmo permanecesse segundo o ius civilis como objeto de direitos.Assim sendo reconheceu o direito romano a percepção da personalidade como decorrência ,acima de tudo, e antes da lei, da condição e da natureza humana, mesmo seu detentor sendo escravo , e nestas condições pleno de limitações.⁶

Observa Castan Tobeñas a presença de um componente de dignidade inherente ao homem , servindo como fio condutor para a elaboração de uma teoria dos direitos da personalidade.⁷

² Washington de Barros Monteiro – Curso de Direito Civil, vol 1 , Saraiva, 39ºed, atualizada por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto , 2003 , p.61

³ Ruggiero-Maroi – Istituzioni di Diritto Privato, vol 1 , p.14

⁴ José Enrique Bustos Pueche – Manual sobre bienes y derechos de la personalidad,Dykinson,1997,p.17 e 18

⁵ Rabindranath V.A.Capello de Souza – O direito geral da personalidade , Coimbra editora,1995,p.28 e Cláudio Luiz Bueno de Godoy – A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade,Atlas,2001,p15

⁶Cláudio Luiz Bueno de Godoy – A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade,Atlas,2001,p.17

⁷ Castan Tobeñas – Derecho Civil Español,común y foral. Madrid ,1955,t.1 v.2 p.735 e 736

Sabe-se contudo que na realidade remonta à Antiguidade Grega o estudo da gênese dos direitos da personalidade bem como da sua tutela, pois trouxe ainda o pensamento filosófico condições para se conhecer e analisar as dimensões da natureza humana, valendo-se a lei para proteger a intimidade do próprio homem.

Amparadas pela hybris grega e pela actio injuriarum, que podem ser consideradas verdadeiramente como a origem remota da teoria dos direitos da personalidade, posteriormente com o humanismo, surgiram idéias mais concretas da hegemonia e da supremacia do homem individual, atribuindo a este um valor extra-corpóreo, imaterial que funcionou como a base da concepção dos direitos da personalidade e de um valor espiritual que traduzir-se-ia pela presença da sua dignidade, na lição de São Tomás de Aquino.

Na lição de Capelo de Souza, o homem passou a ser reconhecido como o centro do ordenamento jurídico sendo seu valor íntimo, suas necessidades, seu desenvolvimento agentes favorecedores do desenvolvimento da sistematização dos direitos da personalidade, bem como de um direito geral da personalidade, que veio apresentando no decorrer da história da humanidade um fortalecimento e uma positivação que passaram a ser tutelados por norma expressa.

Ensina Fábio De Mattia que “localiza-se a elaboração da teoria dos direitos da personalidade na reação surgida contra o domínio absorvente da tirania estatal sobre o indivíduo”.⁸

Ampara também o autor o entendimento que “a escola Jusnaturalista e a Revolução Francesa consagraram os direitos fundamentais e essenciais do indivíduo”, estes oriundos da sua íntima condição de indivíduo, que somado à proteção estatal gerava a categoria dos direitos inatos.

Ressalta Fábio Maria De Mattia, amparado por Arturo Valencia Zea que “Há autores que afirmam que os direitos humanos são em princípio os mesmos da personalidade; mas, quando fala-se de direitos humanos referimo-nos aos direitos essenciais do indivíduo em relação ao direito público, quando desejamos protegê-los das arbitrariedades dos Estados. Quando nos deparamos com os direitos da personalidade, nos encontramos diante dos mesmos direitos, porém sob o ângulo do direito privado, devendo defendê-los frente aos atentados perpetrados por outras pessoas”.

Desta sorte, podemos salientar que na medida em que foram se desenvolvendo as idéias de valorização do ser humano, sua compreensão como centro e fundamento, foi-se desenvolvendo a teoria dos direitos da personalidade bem como suas formas de tutela.⁹

É válido ressaltar que para a intima conceituação dos direitos da personalidade, não se deve confundi-los com a noção intrínseca da personalidade, pois à luz dos ensinamentos de

⁸ Fábio Maria De mattia – Direitos da Personalidade :Aspectos Gerais in :Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial ano 2 jan/mar 1978 p.35

⁹ Luiz Cláudio Bueno de Godoy – A liberdade de Imprensa e os direitos da personalidade, ed Atlas, 2001

Caio Mário da Silva Pereira “é preciso ter em conta que a personalidade não é ela própria um direito”¹⁰.

Ensina Daisy Gogliano¹¹ que os direitos da personalidade são direitos subjetivos inerentes à pessoa humana , são prerrogativas concedidas a uma pessoa pelo sistema jurídico para abranger todas as formas de expressão do direito, assegurada pelos meios de direito para fruir como senhor dos atributos da sua própria personalidade.Demonstram-se estes ainda , como aspectos individualíssimos da pessoa humana,suas emanacões e desdobramentos decorrem da necessidade da preservação e resguardo da integridade do ser humano no seu desenvolvimento psico-social.

À luz dos ensinamentos da professora , na história o primeiro texto que se tem notícia invocando os direitos da personalidade data de 4 de fevereiro de 1625, constituindo-se de uma carta de Casimiro de Osten invocando à Santíssima trindade o direito divino de mudar de sexo, de doar partes do corpo, o direito à alma psíquica do ser humano, o direito a honra, à boa reputação.

Aponta ainda os juristas Donelles, pai do direito subjetivo,Hugo Doneau, Samuel Strick e Valério de Campo Grande como os precursores dos estudos sobre os direitos da personalidade , nos meados dos anos 1600.

Pertenceu a D’Amezcua o primeiro tratado sobre os direitos da personalidade , enfocando sua amplitude em face da honra, da infâmia cometida contra os direitos da personalidade do cidadão.

Para Von Ihering a injúria constitui toda lesão a um direito.

Segundo aponta Daisy Gogliano o direito subjetivo nasceu do jus naturalismo sendo que a idéia dos direitos subjetivos desenvolveu-se com a Igreja, que tinha a pessoa humana no centro das suas intenções e que esta era dotada de uma personalidade.

Na Alemanha os direitos da pessoa humana nasceram dos ensinamentos de Puchta, e para os autores alemães todos os direitos da personalidade são direitos gerais da personalidade. Assemelham-se aos direitos reais por não poder ser estimado , valorado em espécie. Em geral , acompanha Walter Moraes , “ atribui-se a elaboração dos direitos da personalidade a juristas do fim do século XIX, dentre os quais destacam-se Gierke e köhler”.

Gierke, descortina o autor, concebeu os direitos da personalidade “como direitos subjetivos que garantem ao sujeito a disposição ou senhoria de uma parte da esfera da própria personalidade.Situou-os como direito fundamental pelo qual se garante a cada um a pretensão de ser reconhecido como pessoa”.

¹⁰ Caio Mário da Silva Pereira – Instituições de Direito Civil – 18ºed,Rj,Forense,1999,vol 1 , p.154

¹¹Daisy Gogliano – Direitos Privados da Personalidade,São Paulo , 1982 – Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da USP em 1982

Para Köhler ,dominado pela linha jusfilosófica Kantiana do direito natural, “ o direito à própria pessoa tem de ser o ponto de partida de toda ordem jurídica”.

Na Itália as obras de Ravá e de Adriano de Cupis abordam com magnitude os direitos da personalidade,a eclosão dos estudos sobre os direitos da personalidade ocorreram contemporaneamente aos estudos alemães, podendo também citar Campogrande, Carlo Fadda e Paollo Emilio Bensa como grandes autores do tema.Ravá , Gangi e De cupis falam “ em Direitos Essenciais ou Fundamentos da Pessoa”;Pugliatti e Rotondi em “ Direitos Personalíssimos”¹²

Na Espanha a obra de Gómez D’Amezcua , que apesar de perdida no tempo, melhor retratou esses direitos,apresentando também Carlos S. Niño.

Na França encontram-se as obras de François Genny, Perreau,Carbonnier,Marti Rennaux,Andrés Lecquoc,Pierre Kaiser,Raymond Lindon.A doutrina Francesa surgiu um pouco mais tarde que na Itália e na Alemanha , embora tenha sido precedida por uma grande experiência judiciária , a mais complexa da Europa.¹³

A raiz da teoria dos direitos da personalidade , segunda apontam Daisy Gogliano e Walter Moraes, remonta aos pensadores da escola do direito natural que teve égide no período Iluminista e o Idealista do século XVIII.Kant fundou sua teoria e sistema jurídico no valor da liberdade, que para ele era um direito inato e definiu, os direitos pessoais como a posse ou ao arbítrio que o homem possuía e que poderia gerar certa ação. “Concebeu o direito do homem como uma expressão real do direito pessoal”. Associava o valor fundamental da pessoa humana ao princípio da liberdade.Suas idéias influenciaram todo o pensamento filosófico seguida por Fichte, Humboldt,Hegel,Hubmann ; ao lado desses filósofos situam-se os jusnaturalistas que defenderam a inclusão dos direitos da personalidade no direito , como: Hufeland,Zeiller,Gros,Rotteck,Ahrens,Röder, Leuze,Scheyhing.¹⁴

Foi entretanto através da Declaração dos Direitos do Homem advinda da Revolução francesa que os direitos da personalidade entraram para o ordenamento positivo.

Na legislação alienígena , preconiza Limongi França , que o primeiro diploma a tratar especificamente de um direito privado da personalidade , foi a lei romena de 1895 (contemplando o direito ao nome),seguido pelo BGB com vigência á partir de 1900(que previu a tutela do direito ao nome);depois o Código Suíço de 1907 (que tutelou a designação da pessoa); o Código Civil Português ; e o **Código Civil italiano de 1942 , que trouxe um avanço considerável em matéria de direitos da personalidade regulando não só o direito ao nome , como os outros Códigos que o antecederam , como também incluíram o direito ao próprio corpo no art 5º ,o direito ao nome no art 6º, a tutela do direito ao nome por razões familiares no art 8º, o direito ao pseudônimo no art 9 e o direito**

¹² Limongi França – Direitos da Personalidade Coordenadas Fundamentais in :Revista do advogado nº38, p.5

¹³ Walter Moraes – Direito da personalidade – in: Enciclopédia Saraiva de Direito nº 26, p.34 e 35

¹⁴ Walter Moraes – Direito da Personalidade in: Enciclopédia Saraiva do Direito nº26 ,p.36

à imagem no art 10º; o anteprojeto do Código Civil Francês apresenta cerca de 20 artigos sobre o direito ao nome e demais direitos da personalidade.¹⁵

No Brasil , Rubens Limongi França, foi um dos precursores do tema , inserindo os direitos da personalidade na parte geral do direito civil, para ele “ Direitos da personalidade dizem-se as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanações e prolongamentos”¹⁶

Para Orlando Gomes “ sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se, os direitos personalíssimos e os direitos sobre o próprio corpo.São direitos considerados essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana que a doutrina moderna preconiza, como direitos absolutos,desprovidos ,porém, da faculdade de disposição.Destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte dos outros indivíduos”¹⁷

Em face da natureza jurídica dos direitos da personalidade, Goffredo da Silva Telles Jr definiu os direitos da personalidade como direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a vida , a integridade, a liberdade,a sociabilidade, a reputação , a honra, a imagem, a privacidade , a autoria entre outros. Definiu ainda a personalidade como o conjunto de caracteres da própria pessoa, sendo portanto objeto de direito.¹⁸

Completa essa concepção Moacyr de Oliveira,que preconiza tratarem-se os bens da personalidade uma categoria distinta das tradicionais pois seria o homem sujeito e objeto de direito, “recaindo o exercício destes em bens morais ou físicos”. Advindo dessa concepção entendemos que o homem é titular de seus direitos até certo ponto , não sendo-lhe lícita a prática de nenhum ato que contrarie a lei ou constitua abuso de direito.

Essa tese não passou entretanto incólume, sendo criticada por Savigny, acerca da ausência de disposição completa da pessoa sobre ela própria o que poderia levar a contrario senso a uma legitimação do suicídio.

Expõe orlando Gomes, que a diversidade de conceitos “ atesta a dificuldade de formulação, agravada pela circunstância de ser heterogênea a categoria dos direitos da personalidade e controvertida a sua formulação”, indica ainda o autor que em relação ao seu objeto constitui um bem jurídico em que se convertem projeções físicas ou psíquicas que demandam proteção estatal.¹⁹

O que explicaria na opinião do autor , com a qual concordamos que **no que tange aos direitos da personalidade sujeito e objeto se confundem.**

¹⁵ Limongi França – op cit p.407

¹⁶ Limongi França – Manual de Direito Civil, v. 1, 3ºed, ed RT,SP,p.403

¹⁷ Orlando Gomes – Introdução ao Direito Civil , 2ºed,Forense,RJ,1965 p.131 e 132

¹⁸ Goffredo Telles Jr – Direito subjetivo in : Enciclopédia Saraiva de Direito, v.28, p315 e 316

¹⁹ Orlando Gomes – Direitos de Personalidade , revista Forense out/dez de 1966 p.6

Sustenta Fábio De Mattia , amparado por Arturo Valencia Zea que a doutrina atual considera os bens da personalidade como verdadeiros direitos subjetivos,pois,pelo fato de os direitos da personalidade não poderem separar-se do homem de quem são provenientes não indica que não podem ser considerados direitos,representam o poder volitivo de cada um sobre si mesmo, o que se traduz num dever jurídico de respeito por parte de terceiros.Aponta ainda , que “ a vontade humana, mola propulsora e pressuposto da personalidade jurídica, opera não apenas sobre o mundo exterior (direitos patrimoniais, direitos familiares)mas também sobre a mesma realidade antropológica do ser humano.Cada qual é guia de sua vida,corpo,honra e demais atributos e energias que emanam da personalidade”.²⁰

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho²¹, “ conceituam-se direitos da personalidade como aqueles que têm por objeto os atributos físicos,psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais”.

À luz do pensamento de Walter Moraes , “ para que a pessoa possa subsistir como sujeito de direito e desenvolver a sua vida jurídica, torna-se necessário que esteja de posse de certos bens ou valores – os bens de personalidade”²². São eles dentre outros, na opinião do autor , **a vida , bem supremo**, sem o qual não há o que se falar em personalidade ou em nada mais, a liberdade , cuja ausência despersonificaria o indivíduo, a psique, o físico, o nome , que corresponde ao modo de se individualizar a pessoa humana mesmo após a sua morte e situa-lo no meio social em que vive. A personalidade em si , poderia ser compreendida como o conjunto de elementos que lhe dá estrutura.

Relaciona ainda o professor, que “ os direitos de personalidade compõem um tipo de relação jurídica em tudo semelhante à relação de direito real, principalmente do mais complexo deste que é a propriedade, imaginando o conjunto de bens inerentes á pessoa como um patrimônio moral do indivíduo.Assim, este é exercido no sentido de usar, fruir e às vezes dispor dos valores que seu objeto representa”.Conclui , então que trata-se de um direito absoluto como a propriedade mas dela se difere por não poder-se privar dos bens personalísticos, que são inatos,entranhados no indivíduo.

Com ele , aduz Adriano De Cupis,para quem os direitos da personalidade nutrem um nexo estreitíssimo com a essência do ser humano “,a ponto de poder-se dizer orgânico”, e além disso identificam-se com os bens de maior valor suscetíveis de domínio jurídico.

Na realidade ,entendemos que os direitos da personalidade traduzem as emanações mais íntimas da pessoa humana , possibilitando a sua autodeterminação , a elucidação dos seus valores mais íntimos , a sua maneira particular de existir suas crenças e seus valores sua forma de se demonstrar na sociedade em que vive.Consiste plenamente na sua própria individualidade.

²⁰ Fábio Maria De Mattia – Direitos da personalidade :Aspectos Gerais in: Revista de Direito Civil,Imobiliário,Agrário e Empresarial ,ano 2,jan/mar 1978,SP

²¹. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho – Novo curso de direito civil , parte geral, Saraiva,2002,p.143

²² Walter Moraes – Direito da Personalidade in Enciclopédia Saraiva do direito nº26, p.29

O Código ao disciplinar os direitos da personalidade , salientou uma esfera extrapatrimonial do indivíduo, tutelando uma série de valores não redutíveis pecuniariamente como a vida, a honra, a integridade física , a intimidade entre outros.

Para San Tiago Dantas²³ , personalidade é a capacidade que tem um homem , de direitos e obrigações. Este tem ainda uma vida , uma honra , uma integridade física , uma série de atributos que constituem o seu conteúdo natural e que merece proteção jurídica. Esses bens , que estão contidos na personalidade como a liberdade, a vida , a honra , são direitos subjetivos e autônomos capazes de constituir uma figura à parte ao lado dos direitos patrimoniais .A construção de uma categoria à parte de direitos, tendo por conteúdo os próprios bens da personalidade, segundo seus ensinamentos, é obra da doutrina moderna, especialmente da doutrina alemã da última metade do século passado em diante, embora tenha tido essa concepção severos opositores como Unger que observa que a personalidade , “sendo a capacidade que todo homem tem de direitos e obrigações, é um pressuposto de todos os direitos;não pode ser o objeto de uma categoria especial deles.È um ponto de partida e não um ponto de chegada na construção dos direitos subjetivos”.

Entendemos a personalidade como um fato natural , um conjunto de atributos inerentes à condição humana,inatos ao homem.

Para Carlos Alberto Bittar²⁴ “consideram-se como da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade , previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida , a higidez física, a intimidade , a honra , a intelectualidade e outros tantos”. Ensina ainda que estes constituem direitos inatos cabendo ao Estado apenas reconhecer-lhos e sancioná-los em um ou outro plano o direito positivo, a nível constitucional ou a nível de legislação ordinária dotando-os de proteção contra o arbítrio do poder público ou contra incursões de particulares.Para o autor os direitos da personalidade são classificados em **físicos ,psíquicos e morais**.

Nos direitos físicos incluem-se os elementos extrínsecos da personalidade humana – dotes físicos e atributos morais- onde encontram-se incluídos o direito à vida, à integridade física,ao corpo e às partes do corpo, à imagem e à voz.

No âmbito dos direitos psíquicos encontram-se os atributos da inteligência ou do sentimento, elementos intrínsecos da personalidade,como os direitos à liberdade, à integridade psíquica,à intimidade e ao segredo.

Aponta ainda o autor que na esfera dos direitos morais encontram-se as qualidades da pessoa em suas projeções ou valorações sociais, cabendo aqui o direito à identidade, à honra e às criações intelectuais.

²³ - San Tiago Dantas, Francisco – Programa de direito civil, teoria geral, ed forense, 3º ed, atualizada por Gustavo Tepedino , 2001,p.151 e 152

²⁴ - Carlos Alberto Bittar- Os direitos da personalidade, 2ºed, forense universitaria,

Adriano De cupis, traz a mais completa e sistematizada classificação dos direitos de personalidade, no entender de Walter Moraes: a vida e a integridade física,a liberdade e suas variedades,a honra e a intimidade,a identidade pessoal e a identidade moral.Já **Limongi França classifica em três critérios básicos os direitos de personalidade: o físico , o intelectual e o moral.**²⁵

Os direitos da personalidade apresentam as seguintes características: São **inatos** pois se adquirem no momento da concepção, nascem e se extinguem com o seu titular , exceção feita à honra que tem legitimidade de ser defendida mesmo após a morte do seu titular, não podem ser tirados da pessoa enquanto ela viver por referir-se a qualidade humana ; **absolutos** - pois materializam seu caráter pela sua oponibilidade erga omnes, irradiando efeitos em todos os campos e impondo à coletividade o dever de respeitá-los; **intransmissíveis** – pois não podem ser transmitidos a outrem uma vez que formam a individualidade própria de cada um ; **indisponíveis** - exceção feita quanto ao direito de imagem que em prol do interesse social ninguém poderá recusar sua fotografia exposta em R.G. ou o artista que explora sua imagem conhecida para a venda de produtos;ao direito autoral para a divulgação de obra e o direito à integridade física facultado à pessoa atender a situação altruística ou terapêutica cedendo órgãos ou tecidos – Lei 9434/97 – Dec 2268/97.Embora para Walter Moraes seja os bens de personalidade disponíveis , pois vivem à mercê da vontade do seu possuidor , embora não possa se privar deles ;**irrenunciáveis** – pois não podem ultrapassar a esfera do seu titular ; **imprescritíveis** ; **impenhoráveis** – pois não se extinguem nem pelo uso nem pela inércia na pretensão de defendê-los ; **inexpropriáveis** – pois não se submetem a desapropriação forçada em decorrência de sua intransmissibilidade e **ilimitados** – pois em face das últimas conquistas biotecnológicas não se tem como enumerar taxativamente quais direitos da personalidade são tipificados em norma e **inestimáveis** – o que vale dizer que eles não tem um equivalente em dinheiro,são bens não patrimoniais, o que gera no entender de San Tiago Dantas, um dos problemas mais delicados da técnica jurídica , qual seja o da reparação das lesões sofridas pelos direitos da personalidade.²⁶

Importante é a meu ver agrupar os diversos aspectos dos direitos da personalidade de acordo com suas características particulares.Esses aspectos são basicamente três : o físico , o intelectual e o moral.

O direito à integridade física – o direito à integridade intelectual – o direito à integridade moral. È válido ressaltar que esses direitos não são estanques, podendo por vezes imiscuir-se em mais de um grupo, como por ex: o direito á imagem que parece tanto moral quanto física.

No tocante ao direito à **integridade física** ,objeto do estudo em questão, podemos considerar que este abrange : direito à vida e aos alimentos – direito ao próprio corpo vivo e

²⁵ - Walter Moraes – Direitos de Personalidade in: Enciclopédia Saraiva de Direito nº 26 , p.31

²⁶ Nesse sentido ver San Tiago Dantas – Programa de Direito Civil , atualizado por Gustavo Tepedino, parte geral,Forense,cap XIV ,Maria Helena Diniz – Direito Civil Brasileiro , vol 1 ,Saraiva,18 ed,2002 p.119 a 120 e Walter Moraes – Direitos de Personalidade in :Enciclopédia Saraiva de Direito nº 26 , p.33

morto – direito sobre o corpo alheio vivo e morto – direito sobre as partes separadas do corpo vivo e morto.

Em relação ao direito à **integridade intelectual**, temos o direito à liberdade de pensamento, direito pessoal de autor científico, direito pessoal de autor artístico, direito pessoal de inventor.

Em relação ao direito à **integridade moral** temos o direito à liberdade civil , religiosa,e política, direito à honra, direito ao recato,ao segredo pessoal , doméstico e profissional, o direito à imagem, o direito à identidade pessoal,familiar e social.

Em relação aos **direito à integridade física** , aponta Limongi França no tocante ao **direito à vida** :

1. a concepção e a descendência : natural e artificial
2. ao nascimento
3. ao aleitamento materno
4. ao planejamento familiar – previsto no art 226 § 7º CF
5. a proteção ao menor – pela família e pela sociedade
6. à alimentação, habitação, educação,trabalho,segurança física,saudé, ao meio ambiente ecológico
7. vida digna, prolongamento artificial da vida,problemas relativos à eutanásia

direito ao corpo vivo

1. direito às células germinativas
2. transfusão de sangue
3. exame médico
4. transplante
5. experimentações científicas
6. liberdade física
7. débito conjugal
8. alteração de sexo

direito ao corpo morto

1. ao sepulcro
2. transplantes
3. utilização científica
4. ao culto religioso

3.A IDENTIFICAÇÃO DA PESSOA NATURAL – INTEGRIDADE FÍSICA – DIREITO SOBRE O CORPO

A identificação da pessoa natural se dá pelo **nome**, que a situa e individualiza na sociedade, pelo **estado** – que determina o seu modo particular de existir, definindo sua posição jurídica na sociedade política e na família , pelo **domicílio** que é a sede jurídica da pessoa , pela **carga genética** – que forma estruturalmente os seres vivos, individualizando-os uns dos outros e garantindo a hereditariedade dos seres.

Advindo daí, temos que o titular dos direitos da personalidade é o homem, aqui entendido como o ser humano,inicialmente constitui-se este de um corpo e logicamente de uma alma.

A proteção dos direitos físicos da personalidade é de extrema importância para o legislador.Desde a concepção garante-se a integridade física do nascituro.

São direitos físicos da personalidade : A integridade física,o direito ao uso do corpo e de suas partes destacáveis ou regeneráveis,o direito à imagem, o direito ao uso da voz,o direito aos alimentos e o direito ao cadáver e às suas partes separadas.

O direito da personalidade, interpretado como direito de autodeterminação ético-existencial, projeta-se sobre as escolhas em que se encontra em causa o sentido da vida e da morte, as quais se manifestam os direitos ao corpo.

O direito á integridade física, assegura a proteção da incolumidade e da higidez corporal.Condena-se assim o atentado à saúde, à segurança individual,como a prática de tortura ou penas cruéis públicas ou privadas, ou a autolesão . Analisadas as situações consideradas ilícitas, a questão da integridade física ganha outros contornos ao se abordar a questão do tratamento médico e da intervenção cirúrgica.²⁷

Na ótica dos direitos privados da personalidade, como bem trata Daisy Gogliano, dos direitos privados da pessoa humana , o que é o corpo humano?²⁸

Na concepção de René Dekkers,conceituado professor na Universidade de Bruxelas “o corpo humano é uma coisa,pois este não se confunde com o ser humano, na realidade ele é uma carcaça”, que está apta para satisfazer as necessidades e anseios do homem, no sentido mais amplo da expressão : viabilizador da vida,fornecedor de tecidos e órgãos,ativo participador das provas jurídicas(grupos sanguíneos).Podendo ser considerado como um bem, um valor, uma coisa útil, distinto do primado da pessoa humana.

Para se definir o que é o corpo humano duas posições opostas se apresentam uma reconhece o direito ao corpo humano como um direito de propriedade, personalíssimo,absoluto,inalienável e não pecuniário, onde a pessoa detentora desse corpo poderia dispor deste como melhor lhe aprouver , vedada a venda ; a outra concebe a pessoa humana como uma entidade essencialmente biológica, sociológica ou econômica , criada

²⁷ Roberto Senise Lisboa –Manual elementar de direito civil, vol 1, ed RT,2002,p.187

²⁸Daisy Gogliano – O Direito ao Transplante de órgãos e tecidos humanos – tese de doutorado apresentada à FDUSP em 1986,p.1

em função de utilidades superiores, em proveito coletivo , donde se extrai que o transplante é um bem , um dever moral de ajuda ao próximo, um ato de benemerência.

Ensina Fábio Ulhoa Coelho que a cada pessoa se associam necessariamente um nome e um conjunto de informações públicas e privadas associadas a um corpo.Desta forma , não há pessoa física sem corpo humano.A noção de direito sobre o corpo é particularmente ilustrativa da grande proximidade entre sujeito e objeto, no campo dos direitos da personalidade.²⁹

A ordem jurídica, para garantir o direito sobre o corpo,restringe consideravelmente os efeitos da vontade da pessoa sobre ele.As normas jurídicas atinentes à matéria não asseguram a ampla liberdade para o homem ou para a mulher decidir sobre o que fazer com o seu próprio corpo, ao contrário restringem-na enormemente.As disposições normativas aplicáveis à matéria estabelecem proibições genéricas e abrem umas poucas exceções permitindo certos atos de disposição sobre o corpo.A começar pela proibição no plano constitucional , de qualquer tipo de comercialização de órgãos, tecidos ou substâncias humanas.Na realidade para assegurar que as pessoas vão usufruir de seus corpos proíbe-se a venda de órgãos e partes destes.Toda a disposição de órgãos ou tecidos deve ser gratuita.

Não se confundem todavia , o direito à integridade física, alusivo à saúde pessoal, e o direito de utilização do próprio corpo.O titular do direito ao corpo pode dele se utilizar conforme sua vontade,vedando-se os o uso atentatório à vida ou à saúde física e mental ou à moral uma vez que deve prevalecer os interesses sociais ao individual.

Ensina Daisy Gogliano que no tocante à integridade física a preocupação com a incolumidade física teve origem na Declaração dos Direitos do homem de 1789 , advindo dos preceitos da Revolução Francesa.

Os direitos à liberdade , igualdade , propriedade, segurança , considerados inatos, fundamentais, universais, foram impulsionados na Renascença com o florescimento do direito natural: Ao exaltar-se o valor da dignidade humana, da liberdade de expressão e opinião, bem como a liberdade religiosa.Houve um desejo premente de se garantir o desejo do homem.

A integridade física teve seu apogeu com a Revolução Francesa , a consequente ruptura com os valores do Ancien Règime, e a promulgação da declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão assim como o Code Civil de Napoléon, pois o corpo humano, na evolução histórica do direito nem sempre foi considerado um bem jurídico, um bem da personalidade, cuja dignidade, integridade e valor deveriam ser preservados.

No período romano, na época da Lei das XII Tábuas, que se inicia com a fundação de Roma em 754 aC até aproximadamente 149/126 aC o corpo humano respondia por dívidas, prática esta que só veio a ser considerada ilícita por volta do ano 390 aC quando os bens do devedor passaram a responder pelas suas dívidas.Anteriormente não havia nenhum respeito

²⁹ Fábio Ulhoa Coelho – Curso de direito civil , Saraiva,2003,p.197 e 198

pelo corpo dos escravos ou prisioneiros que eram vendidos,mortos e subdivididos entre os credores.

No século XIII a liberdade de utilização do corpo chegava a extremos: penhorava-se o corpo, jogava-se parte deste.Esta prática começou a ser abolida com a influência do cristianismo e seus ideais de respeito, amor, compaixão.

No direito moderno, destacam-se dentre as inúmeras possibilidades de utilização do próprio corpo as relações sexuais,a disposição do útero para alojar o feto , produto da concepção humana por meios artificiais e a polêmica cirurgia de mudança de sexo.

Sobre as relações sexuais, a disposição do corpo é em princípio livre.Contudo práticas que prejudiquem a saúde da pessoa se demonstram incompatíveis com a proteção conferida à personalidade humana.

A sexualidade não pode se limitada a uma dimensão biológica e anatômica, esquecendo-se a dimensão pessoal que é a mais importante.As Orientações Educacionais sobre o amor humano de 1983 da Congregação para a Educação Católica define , como aduz o Padre Eduardo Bonnin “ a capacidade de orientar o instinto sexual para o serviço do amor e de integrá-lo no desenvolvimento da pessoa ... o simples fato de existir nos faz sexuais e transforma nossas relações interpessoais em um encontro sexual, constitui-se assim o sexo como parte integrante de sua auto-expressão e de sua tarefa de auto-comunicação para com os outros”³⁰.Sexo sem amor é atentatório à dignidade humana.

Traz o antigo testamento uma lista de tragédias e pecados relacionados com o sexo : divórcio,prostituição,poligamia,incesto,homossexualismo,adultério,violações,bestialidade ... Gênesis cap 3 – hist. de Adão e Eva .

Traz o novo Testamento uma idéia semelhante porém mais alçada no ideais de Cristo: Segundo S.Paulo a moral sexual está fundamentada na idéia do corpo de Cristo, em razão do batismo este foi transformado pela presença do Espírito Santo, no que tange à sexualidade o sexo refere-se a doação do coração personificada no corpo a outra pessoa.O corpo da pessoa é o templo do Espírito Santo e deve ser respeitado como tal.

Para Sto agostinho é inconcebível que o ato sexual seja sinal de expressão do amor conjugal.Para ele o matrimônio é : o ter filhos “ bonum prolis”,a fidelidade “ bonum fidei”,a indissolubilidade “ bonum sacramenti”.Não permite as relações na gravidez nem nos casamentos estéreis.

Durante a Idade Média foi dado um passo adiante , já não se aceita que o prazer seja necessariamente mau .Sto Tomás de Aquino segui a doutrina de Aristóteles “ o prazer de uma ação boa é bom e de uma ação má é mau”.Reconhece-se o prazer como um valor que é próprio de Deus que o colocou no ato matrimonial como um estímulo para realizá-lo.

³⁰ Eduardo Bonnin – Ética Matrimonial , Familiar e sexual , ed Ave Maria , 2003,p.12

Reconhece a moral humana nos termos da lei natural, da tendência natural, legitima o sexo para a procriação, permite as relações na gravidez e nos casamentos estéreis.

Atualmente tem-se à luz do entendimento mais moderno que o ato sexual é um ato relacional , de amor entre os cônjuges, pois a procriação inicia-se fruto do amor conjugal.Amor e procriação não podem estar separados , daí vem a idéia de uma paternidade humana e cristãmente responsável.A encíclica Humanae vitae de Paulo VI supera a antiga dicotomia entre a subordinação dos fins matrimoniais e da dupla visão do matrimônio” os esposos mediante sua recíproca doação pessoal tendem a comunhão comum de seus seres, de seu aperfeiçoamento pessoal para melhor colaborar com Deus na geração e educação de novas gerações”.

À luz dos preceitos da Igreja desaconselham-se todavia a prática de atos sexuais anteriores ou mesmo fora do matrimônio por serem atos atentatórios a dignidade da pessoa humana,pela falta de compromisso e comunhão de vida que enseja o ato, pela facilitação de gravidez indesejada,contraria o amor pleno que só o matrimônio conduz,entre outros.

A cessão temporária de útero , mais conhecida por “ barriga de aluguel”,envolve uma questão bastante delicada acerca de se determinar questões atinentes à maternidade e à paternidade do novo ser gerado. Expõe a problemática da maternidade por substituição – mãe de aluguel ao entrave de gerar confusão dos papéis familiares.Em face da legislação brasileira a única exigência normativa a respeito desse assunto provém do CFM – resolução 1358/92, que prevê a obrigatoriedade do vínculo familiar entre a mãe social e a mãe portadora, além de descaracterizar a relação comercial,ou ainda com autorização judicial em alguns casos. Essa precaução faz com que na legislação brasileira a mãe substituta desempenhe dois papéis tia/mãe,avó/mãe,prima/mãe.

Alguns autores entendem que esse procedimento se assemelharia a uma adoção pré natal.Outros equiparam-na a uma doação temporária de órgãos.Uma das primeiras ocorrências de maternidade substitutiva que se tem notícia foi em 1980 nos USA.

A bioética disciplina e discute os aspectos éticos relacionado com o desenvolvimento e as aplicações da biologia e da medicina,indicando os caminhos e o modo de respeitar o valor da pessoa humana,como unidade e como um todo.

A ciência, que alcançou um desenvolvimento considerável com a revolução industrial ,conheceu a era atômica, a era espacial até alcançar o seu apogeu com a era genômica.

A cessão temporária de útero revolucionou o tema jurídico da filiação, cuja doutrina vem insistindo de que esta não é fundada sobre os laços de sangue, mas sim num laço fundado sobre a vontade da aceitação dos filhos.A vontade individual é a seqüência ou o complemento necessário ao vínculo biológico.

Para Eduardo de Oliveira Leite a questão crucial que atormenta os estudiosos do tema é saber se a vontade de ter um filho é suficiente, ou o único fundamento do vínculo da filiação.

Tem na verdade, segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça , a pessoa o direito de conhecer sua verdade biológica.Em apoio a essa posição do STJ, vem a doutrina de Giselda Hironaka,para quem mesmo a pessoa que já possui um pai afetivo, pode exercer essa pretensão de buscar sua verdade biológica, compreendendo essa busca com o direito a biparentalidade biológica – incluído no rol dos direitos da personalidade.

Na relação da maternidade substituta, ou subrogada, são partes uma mulher e normalmente seu esposo ou companheiro que fornecedora ou não do material genético tem o desejo de ter um filho e a outra mulher que por dinheiro ou altruísmo cederá seu útero para que nele seja desenvolvida a criança até o parto , entregando-lhe àquela.

Utiliza-se o termo mãe substituta mesmo sabendo que a mulher gestante não é a mãe substituta, mas a mãe verdadeira,pois ela quem teve o corpo preparado para receber o embrião e proporcionar-lhe a vida, alimentando e provendo o recém nascido.(Não é correto o emprego do termo contrato pois não há a noção de patrimonialidade , nem de locação pois a mesma idéia soma-se a outra de contraprestação).

Diversas questões de caráter ético jurídicos são suscitadas: Quem pode participar?Que tipo de supervisão médica deve ser efetuada? È necessária a anuência do marido?ou do companheiro?Quais os direitos e obrigações das partes durante a gravidez? E após o parto?Na esfera do direito obrigacional, que tipo de obrigação assume a mãe de gestação?Seria uma obrigação de dar na medida em que deve entregar a criança ao nascer ou uma obrigação de fazer, tendo em vista que cabe a ela cuidar de si, de seu corpo e de sua gravidez para evitar danos ao bebê?E se por um descuido, por uma atitude imprudente ou negligente, como ignorar uma dor ou ingerir drogas ou álcool a mãe substituta ocasionar um dano ao feto.Caberá indenização aos pais biológicos?

Na legislação alienígena temos:

França:A mãe é a mulher que deu à luz, e a mulher que cedeu o material genético passará a ser a mãe somente se adotar a criança.O Conselho de Estado Francês vem proferindo decisões considerando ilegais as empresas que prestavam serviços de favorecimento de gestação de substituição.Lá essa prática é punida criminalmente,à luz do art 227-12 do CP com a redação da Lei 94653/94, que em seu art 4º adicionou ao CP a interdição da intermediação entre casais e eventual mãe portadora.Entende ainda se há intuito de lucro , a pena é dobrada “ O corpo humano não pode ser vendido”.

Itália: O Comitê de Bioética expressou sua posição contrária à maternidade subrogada,aderindo ao princípio comum que deslegitima toda forma de comercialização do corpo humano,e valorizando ainda o bem do nascituro, `a sua situação psicológica, face ao profundo laime que se instaura entre o feto, a mãe e posteriormente entre a nutriz e o RN.

Para a **Igreja Católica**,a inseminação artificial não é admitida por ser contrária à unidade do matrimônio, já que permite a intervenção de um terceiro na relação conjugal, na dignidade dos cônjuges, ao direito dos filhos de serem concebidos, é eticamente inaceitável por ser atentatória à dignidade da procriação da pessoa humana.Sendo direito da personalidade dos filhos o conhecimento de seus pais e sua plena identificação com eles.

Brasil: No Brasil não há lei que trate expressamente sobre o tema. A Resolução 1358/92 do CFM proíbe o médico de realizar o procedimento quando há interesse econômico envolvido. A cessão de útero envolve sempre um parente próximo da mãe que doou o material genético.

Determinação da maternidade e validade do pacto de gestação

No campo específico da gestação de substituição, aduz Francisco Vieira Lima Neto, que urge valorizar-se o princípio do respeito à dignidade da pessoa Humana, CF, art 1º, do qual decorre que o corpo não pode ser objeto de comércio ou ser reduzido a um item patrimonial. Por consequência o contrato de gestação com compensação financeira não produz validade, sendo nulo por ser nulo o seu objeto. Da mesma forma entende o ECA, art 4º e 15º do qual decorre que a solução dos problemas jurídicos que envolverem o menor será sempre a que melhor atender às suas necessidades

França: A mãe legal é aquela que deu à luz ao RN – O parto é um dos elementos determinantes da filiação.e o pai será seu marido ou companheiro.À luz do art 2º da lei francesa de nº 94-653 de 22.7.1994, que nega validade aos pactos de gestação de substituição, tendo adicionado ao art 16 do CC Fr “ toda convenção sobre a procriação ou gestação em terceiros é nula”

Alemanha: Na Alemanha todos os contratos de gestação de substituição são nulos, assim como se proíbe o procedimento médico que leva à gestação subrogada. Caso nasça a criança a mãe será sempre a que deu à luz

Inglaterra : Não há proibição expressa dos contratos de gestação, mas a mulher que deu à luz é considerada mãe e a que forneceu o material genético será somente mãe por adoção. Aqui foi realizado o relatório Warnock em 1982, fruto do comitê de inquérito sobre fertilização humana e embriologia, que veda a realização comercial dos pactos de gestação, bem como a negociação e a facilitação desses acordos, sendo vedada a divulgação de oferta desses pactos.

Espanha: regulamentou a matéria de reprodução assistida por meio da lei 35 de 22.11.1998, entendendo nulo o contrato de gestação, com o sem preço, a mãe será também a que deu à luz, permite porém a doação voluntária e altruísta de células germinativas

Portugal: À luz do CC Português mãe é a que deu à luz,art 1796.Entende-se nulo o contrato de gestação por ser ofensivo à ordem pública e aos bons costumes,a transferência de domínio do filho a ser gerado é atentatória à dignidade da pessoa humana,é também vedada a renúncia antecipadamente de um direito eminentemente pessoal como o estado familiar.

Itália: A legislação italiana não trata especificamente do tema, embora o projeto de Lei 3801 em seu art 12 define que a mulher que deu à luz será considerada mãe.

USA: A maioria dos estados americanos entende ser a mãe a mulher que deu à luz, em apenas alguns casos vem considerando válido o contrato de gestação atribuindo à mãe biológica a maternidade.

Entende-se ainda em sua maioria como sendo nulo e não executável esse tipo de contrato, criminalizando ainda quando da presença do elemento pecuniário na questão, como em Michigan.

No caso concreto , algumas decisões foram proferidas quando duas mulheres podem provar a maternidade, o conflito é resolvido em favor da mulher que teve a intenção de ser mãe conforme o expresso no contrato de gestação,adota-se o critério do melhor para a criança e da força do vínculo contratual.

Brasil: No Brasil não há norma legal expressa sobre o tema mas apenas uma legislação alternativa. Resolução 1358/92 do CFM, que permite o procedimento desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética. As doadoras temporárias devem pertencer à família da doadora genética em parentesco até 2º grau, salvo exceções autorizadas pelo CFM, e que dessa doação não venha o caráter lucrativo ou comercial. Para Álvaro Villaça Azevedo essa prática entretanto não é adequada do ponto de vista jurídico e ético, além disso ficariam discriminadas pessoas que não tenham parentes próximos.

A verdadeira mãe é a que deu a luz , assim somente a que forneceu o material genético, genitrix, ficará com a criança se a que gestou, gestatrix, voluntariamente entregar à criança em adoção. A contratante,genitrix, não poderá valer-se da convenção para obrigar a contratada a entregar a criança, porque o objeto do acordo é ilícito, contraria a moral e os bons costumes, pois trata a pessoa como um objeto,ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana.

Entretanto , no nosso país quando o pacto de gestação for feito gratuitamente, e entre pessoas com vínculo de parentesco, não ferirá a moral e os bons costumes. O país não tem histórico de proibição de procedimentos de inseminação artificial, tendo sido previsto inclusive no NCC, artigo 1603,III.

Também para a lei brasileira mãe é quem dá à luz.O pacto de gestação não tem o poder de transformar a mãe genética não gestante em mãe.

Deve-se ainda relacionar que as leis nacionais que tratam da matéria relacionada com o corpo humano e sua dignidade , como a Lei Nacional de Biossegurança e a Lei de Transplantes , assim como o CC, permitem a manipulação e pesquisa quando houver um interesse científico e altruístico relevante e não cause diminuição permanente da integridade física do doador em questão.

Entendemos pessoalmente como um direito personalíssimo de identidade pessoal além do nome o direito ao conhecimento da própria ascendência genética, o conhecimento da sua maternidade e paternidade , elementos caracterizadores da identificação da pessoa natural.soma-se a isso o direito à verdade da origem biológica de cada um, que é uma forma específica de transparência e direito de informação.

Para que a inseminação artificial seja realizada muitas vezes, há a necessidade de se recorrer a um doador da célula germinativa específica, seja óvulo ou espermatozóide. Aduz Eliane Cristina da Silva³¹, que uma mulher possui cerca de 400 000 óvulos em seus ovários e que cerca de 1 a 3 % das mesmas são anovulatórias. A resolução de nº 1358/92 do CFM impõe a gratuidade das doações de óvulos, que na prática encontram alguma dificuldade de armazenagem nos bancos específicos devido a uma fragilidade do óvulo que é passível de degeneração celular em sua estrutura e função.” Notou-se após o congelamento que os óvulos passam a apresentar lesões na zona pelúcida bem como alterações cromossômicas, que pode conduzir à morte da célula germinal”.

Em relação à utilização de gametas masculinos, estes apresentam uma configuração mais plausível para a armazenagem no frio. Trouxe a autora a baila que uma doação semanal pode gerar 400 inseminações, gerando um total de cerca de 20 000 filhos de um só doador, caso todas as inseminações sejam bem sucedidas.

O banco de óvulos e sêmen tem como finalidade precípua a viabilização de inseminações tanto para inseminações homólogas, em casos de tratamentos de radio ou quimioterapia por exemplo, ou ainda antes da realização de uma vasectomia, ou heterólogas, doação para terceiros.

Entende-se por doação de gametas como um contrato pelo qual o doador transferirá, por um ato de liberalidade, o seu patrimônio corporal para a titularidade de uma terceira pessoa.

Seria esta na prática uma situação onde o corpo deixa de ser a expressão da totalidade da pessoa da totalidade da pessoa, integrante à sua personalidade. Algumas partes podem, todavia, ser separadas do todo adquirindo autonomia, como acontece com a doação de tecidos ou partes regeneráveis do corpo como as células germinativas entre outras.

A doação de gametas deverá ser realizada a título gratuito, e submetida às normas expressas da Resolução 1358/92 do CFM, sendo um ato unilateral de disposição do próprio corpo.

“Para que o ato jurídico se aperfeiçoe é necessária o **animus donandi**, por ocasião da contratação, sendo este caracterizado pela intenção do doador de praticar o ato de liberalidade.”³²

A doação de embriões caracteriza-se por um ato bilateral, realizado de casal para casal, para evitá-lo de problemas de super população de embriões limitou-se a quatro o número de transferências no máximo.

³¹ Eliane Cristina da Silva – Aspectos Jurídicos Relevantes da Reprodução Humana Assistida in Temas Polêmicos de Direito de Família, Freitas Bastos Editora, 2003, págs 247 a 253

³² Eliane Cristina da Silva – Aspectos Jurídicos Relevantes da Reprodução Humana Assistida in Temas Polêmicos de Direito de Família, Freitas Bastos Editora, 2003, p.250

A operação de mudança de sexo é outro assunto bastante polêmico. No Brasil encontramos favorável a ela a Resolução de nº1492/97 do CFM.

O transexual , é um indivíduo que sofre de extrema inversão psicológica, acreditando pertencer a um sexo diferente do seu sexo originário,atualmente vem defendendo-se a possibilidade da realização da cirurgia de transgenitalização para que interior e exterior possam harmonizar-se, restabelecendo a dignidade humana do transexual.

Traz Daisy Gogliano que na data de 4.2.1625 , o primeiro texto que se tem notícia invocando os direitos da personalidade, trata-se de uma carta de Casimiro de Osten da Prússia, invocando à Santíssima trindade o direito divino de mudar de sexo, doar partes do corpo, o direito á alma psíquica do ser humano,o direito à boa honra e o direito à boa reputação.

Observa ainda Silvio Venosa que “o transexual não re-designado vive em situação de incerteza, angústia e conflitos o que lhe dificulta, senão impede de exercer as atividades inerentes aos seres humanos”³³.

Para Maria Helena Diniz em sua obra “O Estado atual do Biodireito” e segundo os ensinamentos de Paul ^a Walker em sua obra “ Sex and life cycle,in Transsexualism”, demonstra que o transexual é portador de um desvio psicológico permanente da de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência a auto-mutilação e ao auto-extermínio. Ele sente que nasceu no corpo errado,situando-se patologicamente em face ao seu sexo biológico.

As estatísticas, embora imprecisas,apontam de 1/20 000 a 1/100 000 transexuais por habitante, assim como a sua proporção é de 6 vezes mais transexuais masculinos do que femininos.

No mesmo sentido define Silvio Rodrigues,” o transexual é um individuo de extrema inversão psicossexual, que nega o seu sexo biológico , exigindo cirurgia reparadora de reajuste sexual, a fim de assumir a identidade de seu verdadeiro gênero que não condiz com seu sexo anatômico”.³⁴

Na concepção de Aracy Klabin,” o transexual é um indivíduo, anatomicamente de um sexo, que acredita firmemente pertencer a um outro.Essa crença é tão forte que o transexual é obcecado pelo desejo de ter o corpo alterado a fim de ajustar-se ao verdadeiro sexo, isto é ao seu sexo psicológico”.³⁵

A investigação sobre o fenômeno do transexualismo ultrapassa, o conceito de sexo, de direito à vida, direito à integridade física,do direito à privacidade chegando ao direito à felicidade ,fim básico do Estado, que pode ser entendido na concepção de Dalmo

³³ -Silvio de Salvo venosa – Direito Civil,3ºed,ed Atlas,2003,p.223

³⁴ -Silvio Rodrigues – Direito civil-parte geral ,Saraiva,2002,p.69

³⁵ - Aracy Augusta Leme Klabin- Aspectos jurídicos do transexualismo,tese de mestrado apresentada em 1977 na faculdade de direito da usp

Dallari³⁶ como “ sociedade política constituindo-se em meio para que os indivíduos e as demais sociedades possam atingir seus fins particulares” pois representa o transexualismo uma alteração da psique da pessoa , dificultando e muitas vezes inviabilizando a sua plena integração na sociedade.³⁷

No alcance da medicina, nenhum ser é totalmente homem ou totalmente mulher, em cada ser há o sexo oposto que é geralmente encoberto pela maior quantidade de hormônios do próprio sexo. Contudo , algumas vezes ocorrem anomalias que se caracterizam pelo fato do outro sexo se manifestar na estrutura física, no comportamento ou em ambos.

Aceita-se hoje a existência de uma graduação de vários estados sexuais compreendidos entre as duas entidades extremas ; o homem e a mulher. Atualmente pode-se identificar o sexo dos indivíduos de quatro maneiras: 1. morfologicamente, pelo exame dos órgãos genitais e das gônadas

2.cromossomicamente,pela análise dos cromossomos

3.nuclearmente,pelo exame da cromatina sexual

4.psicologicamente,pelo comporto.

Aceita-se hoje a existência de uma graduação de vários estados sexuais compreendidos entre as duas entidades extremas : o homem e a mulher, podendo-se identificar o sexo dos indivíduos de diversas maneiras preponderantes :o sexo morfológico , pelo exame dos órgãos genitais e das gônadas (acusando a presença dos ovários na mulher e dos testículos no homem), ressalva feita aos casos de intersexualidade, o sexo cromossômico ou genético,pela análise dos cromossomos(conformação XX na mulher ou XY no homem); o sexo nuclear estabelecido pelo exame da cromatina sexual; o sexo psicológico , definido pelo comportamento e o sexo jurídico, que se estabelece em face das relações assumidas na vida jurídica, o sexo hormonal, que se apresenta em face dos hormônios circulantes provenientes da glândulas性uais, que por sua vez indicam todos os caracteres morfológicos do homem e da mulher. Considera-se na literatura especializada o sexo hormonal como sendo o verdadeiro sexo uma vez que os hormônios性uais condicionam a evolução dos caracteres性uais somáticos,funcionais ou psíquicos .³⁸Ou seja,define-se o sexo do indivíduo baseando-se em fatores genéticos,somáticos,psicológicos e sociais, como pode ser visto , representa o sexo uma realidade bastante complexa

Numa acepção mais restrita o sexo corresponde às conotações anatômicas, fisiológicas ou genéticas distintas do homem e da mulher, e , por sexualidade entende-se como as manifestações do instinto sexual, bem como o conjunto de normas sociais, jurídicas e religiosas que as regulam ou punem.

³⁶ -Dalmo de Abreu Dallari – Elementos da Teoria Geral do estado, Saraiva,1985,p.95

³⁷ - Nesse sentido ver Luiz Alberto David de Araújo – A Proteção Constitucional do Transexual, Saraiva,2001 e também a separata Diferenciação sexual normal e anormal da clínica de nutrição do hospital das clínicas da usp, p. 99 a 111

³⁸Adriana caldas do Rego Freitas Dabus Maluf – Direito da Personalidade no Novo Código Civil e os Elementos genéticos para a Identidade da Pessoa Humana in: Novo Código Civil Questões Controversas, ed Método,2003,p.63 e 64

Traz Javier López-Galiacho Perona ,que “ Mientras la genitalidad es exclusivamente biológica, la sexualidad, además de biológica, presenta conexiones psicológicas, sociológicas,jurídicas”³⁹

O conceito atual do sexo atua como qualidade essencial identificadora da pessoa, e é integrado por uma série de elementos biológicos e psico-sociais que normalmente aparecem equilibrados”.⁴⁰

Uma questão a ser levantada é quanto a efetiva troca de sexo do indivíduo quando redesignado cirurgicamente, ou seja , tem mesmo a cirurgia a capacidade de transformar o homem em mulher ou a mulher em homem?

Qualquer estado no qual esses quatro sexos sejam incoerentes entre si é denominado intersexo,cuja freqüência dos acontecimentos que a geram não é desprezível na atualidade.

Do ponto de vista médico,o transexualismo envolve homens ou mulheres que estão profundamente convencidos de pertencerem ao sexo oposto;tanto isso é verdadeiro que na maioria dos casos o tratamento psicológico é inócuo.Na prática menos de um por cento deles apresenta sinais de intersexualidade física e até o momento se desconhece qualquer explicação para um estado tão fixado como este.Pesquisas recentes sugerem que se em um feto masculino ocorrer uma escassez de andrógenos, embora a genitália masculina se diferencie normalmente , o cérebro adquire uma tendência feminina originando como que um cérebro feminino em um corpo masculino.⁴¹

O transexual apresenta uma anomalia surgida no desenvolvimento da estrutura nervosa central, por ocasião de seu estado embrionário, que , contudo não altera suas atividades intelectuais,visto que têm um quociente intelectual um pouco superior à média⁴².Para Klotz o transexual sofre uma impregnação hormonal no hipotálamo ,pelo hormônio contrário, nos últimos dias de vida fetal ou nas primeiras semanas de vida,podendo ainda advir, no entender de Dorina R.G.Epps Quaglia , de:”alteração numérica ou estrutural dos cromossomos sexuais; de testículo fetal pouco funcionante ; de stress inusitado na gestante ; de ingestão de substâncias antiandrogênicas na fase de estampagem cerebral ; de insensibilidade dos tecidos ao hormônio masculino ; de fatores ambientais adversos , que prejudiquem por exemplo , a identificação do menino com a figura paterna na infância.”

³⁹ Javier López-Galiacho Perona – La Problemática jurídica de la transexualidad,Mc Graw Hill,Madrid,1998,p.37

⁴⁰Javier López-Galiacho Perona – La problemática jurídica de la transexualidad ,Mc Graw Hill,Madrid, 1998,p.XIX

⁴¹ - separata- Diferenciação sexual anômala, esse trabalho foi estudado na residência de nutrição no hospital das clínicas da faculdade de medicina da USP,em 1989

⁴² - Maria Helena Diniz aponta Rogger Gorsky,William Young e um grupo do Oregon Regional Primate Reserch Center , que vêem no transexualismo uma determinação de hormônios na organização dos tecidos do sistema nervoso central.

Na história da humanidade sempre existiram e existirão desvios sexuais de naturezas diversas advindos seja de desequilíbrio hormonal , seja de educação errônea, seja de não identificação com os pais ou com a sociedade de uma forma geral , seja pelo desenvolvimento incorreto de um dos lobos cerebrais.

Ocorre ainda na vida prática que alguns transexuais masculinos chegam a casar-se e ter filhos no período em que estão se esforçando para ter um ajustamento ao sexo biológico;porém por vezes acabam procurando por psiquiatras, médicos e cirurgiões para libertá-los de um corpo que acreditam não ser o seu.”É mais fácil modificar o corpo que o íntimo de uma pessoa”. Dados apontam que nos Estados Unidos mais de 3000 pessoas já realizaram a operação de mudança de sexo e há pelo menos outros 7000 pacientes em potencial para realizar esse tipo de operação.Mesmo assim ,estes representam apenas de 10 a 20% dos candidatos que se apresentam à cirurgia transformadora, sendo os demais constituídos por psicóticos e masoquistas. A triagem é severa e a maioria dos centros especializados exige que os requerentes vivam pelo menos dois anos como membros do sexo oposto. Além disso , dispõe Maria Helena Diniz que “devem apresentar uma declaração feita perante advogado,eximindo o médico da responsabilidade pelas eventuais complicações fortuitas .A Comissão Europeia dos Direitos do Homem considera essa intervenção cirúrgica como uma conversão curativa que permite a integração pessoal e social do paciente ao sexo pretendido, logo entende que não há mutilação,pois visa a redução ou a cura de sofrimento mental,julgando que não há nem mesmo perda de função,porque o órgão extirpado era inútil para o transexual ”.⁴³

No mesmo sentido aduz Luiz Alberto David Araújo, para quem o transexual é biologicamente normal, pois tem genitália interna e externa perfeitas,mas devido à sua constituição genética patológica ,oriunda de defeitos cromossômicos ou fatores hormonais, acredita, sente-se como se fosse do sexo oposto.⁴⁴

O tratamento clínico do transexual se inicia com a aplicação de hormônios.O hormônio feminino aplicado em homens arredonda suas formas, aumenta as mamas e retarda o crescimento da barba; as mulheres que recebem hormônios masculinos Vêm engrossar a voz, surgir barba e aumentar a musculatura.Segue-se a cirurgia, na transformação do homem para mulher o pomo de Adão é reduzido pela retirada da cartilagem da laringe ,são feitas plásticas no nariz e nas faces;na parte genital os testículos e o tecido interior do pênis são removidos e é feita uma abertura no períneo para funcionar como vagina que é revestida com o tecido que sobrou com a remoção do pênis e o escroto vazio é utilizado para remodelar os lábios vaginais .A operação mulher para homem é , evidentemente muito mais complexa , começa com a remoção das mamas,depois extraem-se os ovários e o útero passando, em seguida à feitura do pênis artificial .No interior deste é colocada uma prótese,um osso, uma cartilagem que conferem ao órgão uma posição semi ereta e rigidez suficiente para permitir a realização do ato sexual.

⁴³ - Maria Helena Diniz- O Estado Atual do Biodireito,Saraiva,2001,p.233

⁴⁴- Luiz Alberto David Araújo – A Proteção Constitucional do Transexual p.55

Ocorre , também que a cirurgia de adequação do sexo físico ao psíquico traz dificuldades de ordem religiosa seja ele ungido ao catolicismo , ao judaísmo ou ao islamismo, posicionando-se estas basicamente da mesma maneira orientando-se o tratamento endócrino e psicoterapêutico à cirurgia de alteração do sexo.À luz do magistério do Pe. Eduardo Bonnin, “ não existem sobre esse tema posições oficiais do Magistério da Igreja, pois na realidade esse tipo de intervenção é ainda bastante recente, porque devemos formular outra pergunta : Qual dos dois critérios o biológico ou o psicológico deveriam prevalecer para a determinação da identidade sexual?Para os mais conservadores uma cirurgia para transformar o corpo em função do desejo psicológico é sempre inaceitável , pois corresponde a uma mutilação imoral ,uma castração. Poder- se-ia falar em intervenção terapêutica?Visto que o órgão em questão não está comprometido , mas não executa suas funções principais?

Traz Javier López-Galiacho Perona ,que “ Mientras la genitalidad es exclusivamente biológica, la sexualidad, además de biológica, presenta conexiones psicológicas, sociológicas,jurídicas”⁴⁵

O conceito atual do sexo atua como qualidade essencial identificadora da pessoa, e é integrado por uma série de elementos biológicos e psico-sociais que normalmente aparecem equilibrados”.⁴⁶

Uma vez diagnosticada a transexualidade e realizada a subsequente cirurgia de redesignação sexual, o registro civil deve fazer a acomodação competente ,alteração do estado da pessoa,que representa como já referido anteriormente a maneira intrínseca da pessoa se relacionar na coletividade , um direito personalíssimo, individual,um dos maiores atributos da personalidade. Sendo matéria disciplinada por normas de ordem pública, sua alteração só pode ser efetivada mediante procedimento judicial.⁴⁷

Para os que apóiam a liceidade da cirurgia essa intervenção contribuiria para o bem geral da pessoa em questão, basicamente sua saúde psíquica,a mutilação do órgão seria fundamentada pela superação da angústia do portador do desvio psicológico.⁴⁸

A medicina , impregnada pelos princípios da bioética não pode fazer com que o homem se torne refém do próprio corpo,que este lhe seja um cativeiro e não um agente viabilizador de uma vida equilibrada e plena , fim precípuo da condição humana.

A cirurgia de transgenitalização,permitida pelo CFM em resolução de n° 1482/97, é realizada exclusivamente em hospitais universitários ou públicos para fins de pesquisa

⁴⁵ Javier López-Galiacho Perona – La Problemática jurídica de la transexualidad,Mc Graw Hill,Madrid,1998,p.37

⁴⁶Javier López-Galiacho Perona – La problemática jurídica de la transexualidad ,Mc Graw Hill,Madrid, 1998,p.XIX

⁴⁷ Neste sentido ver Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf – Direito da Personalidade no Novo Código Civil e os Elementos Genéticos para a Identidade da Pessoa Humana in: Questões controvertidas no Novo Código Civil, Método,2003,p.67 e Maria Berenice Dias – União Homossexual o preconceito e a Justiça,livraria do advogado editora,2000,p.112 e sg

⁴⁸ Eduardo Bonnin – Ética matrimonial,familiar e sexual ,ed Ave Maria, 2003,p.294 a 296

gratuita.É regulada em mais de 40 centros médicos mundiais , desde a China até os países mulçumanos.

A Resolução do CFM supra citada libera eticamente aos médicos a cirurgia transgenital.O indivíduo maior, capaz,tendo se submetido previamente a terapia por no mínimo de dois anos e recebendo acompanhamento de equipe multidisciplinar desde então.

A Constituição Federal garantiu o direito à vida ,à existência,à identidade,à privacidade entre outros, assim sendo elucida Luiz Alberto David Araújo “ as opções do transexual, como querer ou não fazer um tratamento hormonal, de pretender ou não assumir o seu sexo psicológico- assumindo uma postura feminina quando seu sexo biológico é masculino ou uma postura masculina quando seu sexo psicológico é feminino, ou ainda de submeter-se a uma cirurgia de redesignação do sexo , encontra suporte no sistema constitucional atual”⁴⁹

No alcance do direito a mudança de sexo é fonte de diversos conflitos para o transexual ;entende-se que a identidade sexual tem previsão constitucional e faz parte dos direitos da personalidade.Em face ao principio da isonomia previsto no artigo 1º,III ,IV e art 3º,III ,IV da Constituição Federal que proíbe qualquer prática discriminatória para a dignidade da pessoa humana, para os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa , acesso ou manutenção do trabalho por motivo de sexo,origem, raça,cor, estado civil,situação familiar ou idade.

Após a segunda guerra mundial , aponta Maria Helena Diniz,passou-se a proteger com veemênciia os direitos da personalidade, em virtude da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 e da Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais de 1950 para quem “ se os direitos da personalidade é o direito à conservação, invulnerabilidade,dignidade,reconhecimento da livre atuação da personalidade em todas as suas direções,não se deveriam admitir direitos ao transexual operado?”⁵⁰

Apesar de muitos países admitirem direitos aos transexuais , no Brasil não há previsão legal para tal fato,pois ainda se entende o transexual como um ser humano mutilado incapaz de procriar, fato que a religião entende indispensável para a prática sexual.

A doutrina e a jurisprudência brasileira tem entendido na sua maioria pela negação da alteração do registro civil do transexual. O Supremo Tribunal Federal , decidiu sobre o tema,impedindo a alteração do registro civil para o operado. Posterior resolução do Conselho Federal de Medicina reconheceu essa cirurgia como correta e adequada; adequando os seus resultados ao principio da liberdade e o reconhecimento da dignidade humana como um dos fundamentos do artigo 1º,III da Constituição Federal. A cirurgia da mudança de sexo representa um direito fundamental do ser humano,pois ao homem foi outorgado o reconhecimento da sua opção sexual pela Constituição.

⁴⁹-Luiz Alberto David Araújo – A proteção Constitucional do transexual, Saraiva,2000,p.73

⁵⁰ - Maria Helena Diniz – O Estado Atual do Biodireito , Saraiva,2001,p.234

Aponta Rodrigo da Cunha Pereira que são encontradas na atualidade ,embora esparsas , decisões jurisprudenciais , entendendo pelo acolhimento do pedido de retificação do registro de nascimento do transexual,conforme acórdão da 3º CCTJ do RS, decisão também da 4º Câmara Cível do TJMG , Apelação nº591.019.831 do TJRS, Possibilidade de Implante de Neovagina- Decisão de Primeira Instância Autos nº 2098/89 do TJPE ; Retificação de Registro Civil- Apelação Cível nº 4425/93 do TJRJ , Mudança de sexo e alteração do Registro Civil em face de hermafroditismo - TJAL⁵¹

Rosa Maria de Andrade Nery , embora seja contrária a mudança de sexo, entende ,que se esta foi constatada, o registro deve fazer a acomodação.Os documentos devem ser fiéis aos fatos da vida, fazer a ressalva é uma ofensa a dignidade humana. Sugere a autora que se faça uma averbação sigilosa no registro de nascimento, assim o interessado poderia no momento do casamento pedir na justiça uma certidão de inteiro teor, onde constaria o sigilo.

Maria Helena Diniz entende que a adequação do prenome ao novo sexo do transexual operado deve ser feita em todos os seus documentos sem nenhuma menção discriminatória ;pois o transexual é portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual .Ou seja, é aos olhos de Money “um hermafrodita psíquico,um doente,não estando portanto impelido pelo vício ou libertinagem por agir conforme sexo diferente do seu.”⁵²

Há quem entenda que o não acolhimento do pedido de adequação do prenome em relação ao sexo no registro civil violaria o artigo 8º da Convenção de salvaguarda dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, visto que toda pessoa tem o direito à vida privada e familiar e à identidade pessoal.

Em face à problemática da mudança de sexo, diversas questões são suscitadas no campo do direito civil,penal.Poderia o transexual contrair matrimônio? Não haveria identidade de sexo entre os cônjuges? Em face do artigo 220 do Código Civil de 2002 este seria passível de anulação a pedido do seu consorte.Haveria erro essencial em face da pessoa do outro cônjugue? Artigos 219,I e III e 178 §7º,I. Seria esse matrimônio inexistente?

A Constituição brasileira só permite o casamento entre pessoas de sexo diferente, sendo portanto inadmissível a união legal entre as pessoas do mesmo sexo ainda que uma delas tenha se submetido à cirurgia de conversão sexual.Com finalidade de proteger o consorte defende-se a menção do termo transexual no registro civil.O matrimônio do transexual só poderia ocorrer por processo de habilitação que requer a retificação do seu registro civil(mas não poderia gerar no prazo decadencial de 2 anos problemas de anulação por erro essencial, à luz dos artigos 219,I e III e 178 §7º,I do CC) , todavia questiona-se ainda se não se trata de matrimônio inexistente por haver identidade de sexo entre os cônjuges⁵³.

⁵¹ -Rodrigo da Cunha Pereira-A sexualidade vista pelos tribunais ,2ºed,Del Rey,BH,2001,p 166 a 189

⁵² -Maria Helena Diniz – O Estado Atual do Biodireito , Saraiva,2001,p.224

⁵³ -Nesse sentido ver Maria Helena Diniz – O Estado Atual do Biodireito ,p.240 , Saraiva,2001

Além dessas outra questão suscitada seria quanto à possibilidade para o transexual casado de submeter-se à cirurgia de transgenitalização. Para evitar constrangimento ao outro cônjuge , entende Maria Helena Diniz com o amparo da legislação alemã e sueca, que somente os transexuais solteiros, divorciados ou viúvos poderão fazê-la, embora permaneçam inalterados os direitos e deveres entre o transexual operado e seus filhos quanto não lhes cause com sua conduta qualquer dano moral ou material.

Aponta ainda a autora, que haverá , após a cirurgia de adequação sexual, modificações em relação a alguns benefícios previdenciários em face da alteração de sexo, como por exemplo a regra da proporcionalidade do tempo de trabalho cumprido pelo homem e pela mulher.

Para efeitos sucessórios no Brasil , bastará a comprovação da sua filiação para que o transexual ,operado, receba a legítima que lhe será cabível.

Em relação ao direito de disposição sobre as partes separadas do corpo,a lei traduz por não ser admissível nenhuma forma de comercialização na disposição do próprio corpo e principalmente veda qualquer disposição que resulte em diminuição permanente da integridade física do indivíduo ou se contrarie os bons costumes **salvo** se por exigência médica.

Para Jalma Jurado,reconhecida autoridade no âmbito da cirurgia experimental de transgenitalização no Brasil, esta não extirpa órgão nem abole função,pelo contrário,adapta a genitália auto-desfuncionalizada anatômicamente à cópula coeundi.Apenas as gônadas atrofiadas pelo seu potencial cancerígeno.

A cirurgia, na visão da autora representa um procedimento, ético,legal e que se reveste de um caráter de ressocialização do indivíduo na sociedade,pois a sexualidade é um bem personalíssimo, não ungido somente à reprodução.”A cirurgia corrige no homem o que uma infortunística fisiológica de má formação natural a própria natureza deformou”.

À luz dos preceitos religiosos não se deve agir contra a própria integridade física seja homem ou mulher, insulta a criação,o foco moral está no propósito da intervenção, quando se trata de uma rejeição da identidade corporal da pessoa, a aceitação da castração se dá somente por razões médicas , não havendo rejeição do seu caráter físico e da identidade sexual da pessoa.Para a religião a cirurgia de alteração de sexo mutila a identidade anatômica original do ser humano.A visão cristã é que o gênero não é uma criação social.**A aceitação da cirurgia em si depende da finalidade com que ela é realizada.** A realização da cirurgia mutiladora é legítima caso seja necessário para o bem do corpo todo ou para a preservação da vida.A articulação desse princípio remonta da época se S.Tomás de Aquino.

Preconiza o art. 13 do novo Código civil “ Salvo por exigência médica é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

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

À luz dos ensinamentos de Maria Helena Diniz o direito às partes separadas do corpo vivo ou morto integra a personalidade humana⁵⁴.assim sendo elas são bens(res) da personalidade extra commercium, não podendo ser cedidas a título oneroso por força do art 199 § 4º da CF e da lei 9434/97 art 1º.as partes do corpo são propriedade do seu titular que delas poderá dispor desde que não lhe cause dano irreparável ou permanente à sua integridade física, e tenha sempre em vista um fim terapêutico ou humanitário.

O corpo é disponível dentro de certos limites e para salvaguardar interesses superiores , atendendo a um estado de necessidade. A pessoa pode anuir a ablação de partes enfermas visando restaurara sua saúde ou preservar sua vida, pode dispor das partes regeneráveis desde que não atinja sua saúde ou vida, assim como pode doar post mortem seus órgãos atendendo a critérios altruísticos.Para Carlos Alberto Bittar os elementos artificiais que integram o corpo, como perucas, membros artificiais, próteses dentárias , também são considerados objetos de direito , podendo ingressar no comércio jurídico.

Determinadas partes individualmente consideradas podem ,no entanto, uma vez separadas do todo tornar-se objeto de comércio, como a pele,o cabelo,as unhas como concebeu Santos Cifuentes e Daisy Gogliano, completa Castan Tobeñas que isto é possível desde que não se oponham aos bons costumes.As partes separadas do corpo se converteriam em res nullius, na concepção tomista pertencem secundariamente à perfeição do corpo humano.

A natureza jurídica do corpo indica que as partes individualmente são consideradas partes do composto da natureza humana.

É possível juridicamente a disposição de partes destacáveis do corpo humano renováveis como : o leite materno – para bancos de leite humano mantidos em hospitais ou maternidades para programas de suprimento a crianças carentes,sangue,medula óssea,pele, esperma,óvulo,fígado , ou partes não regeneráveis para salvar a vida ou preservar a saúde do interessado ou de terceiro ou para fins científicos , altruísticos e terapêuticos.

O direito da personalidade ao corpo vivo ou morto apenas poderá ser disponível a título gratuito, com as limitações impostas por normas de ordem pública, como aduz Adriano de Cupis.

Desta forma vê-se que a vontade individual não é soberana , nem juridicamente eficaz quando se tratar de atos de disposição do próprio corpo,salvo,como trata Maria Helena Diniz quando a disposição voluntária do corpo for para fins terapêuticos, sendo possível a doação voluntária , feita por escrito na presença de testemunhas,por pessoa capaz, de tecidos e órgãos e parte do corpo vivo para efetivação de transplante, enxerto ou tratamento , comprovada a necessidade terapêutica do receptor, parente consanguíneo até 4ºgrau ou qualquer pessoa inscrita na lista única de espera, mediante autorização judicial,

⁵⁴ Maria Helena Diniz – O Estado atual do Biodireito ,Saraiva,2000, p.242

salvo em caso de medula óssea, desde que não contrarie os bons costumes, nem traga risco para a integridade física do doador, comprometa suas aptidões vitais, nem lhe provoque deformação ou mutilação, pois não se pode exigir à luz da Lei 9434/97 art 9º §§ 3º a 7º que regulado pelo decreto 2268/97 art 15 §§ 1º a 9º , que prevê a doação voluntária de órgãos e tecidos , tal sacrifício por parte de alguém. Via de regra as doações são permitidas em caso de órgãos duplos , como os rins ou partes recuperáveis e regeneráveis do corpo, como os cabelos, as unhas, o sêmen, o leite materno , o sangue, ou de tecido, pele, medula óssea.

Ninguém pode exigir , por exemplo, a retirada de córnea de pessoa viva, para fins de transplante, por causar grave mutilação. A gestante somente poderá dispor de tecidos para fins de transplante se não causar danos à saúde do feto art 9 § 7º da lei 9434/97.

Temos entretanto a concepção , defendida pela professora Daisy Gogliano da supremacia do órgão função, segundo esta o órgão deve ser considerado em relação à função que desempenha no organismo , nesse sentido a retirada de uma córnea de um indivíduo que apresente grave lesão na retina, impedindo-lhe por completo a visão, esta córnea ,enquanto órgão integrante do sistema visual, que ”não pode” desempenhar sua função principal sem a retina poderia ser transplantado para outro paciente que recuperaria a visão pois esta córnea no primeiro caso, estaria esvaziada de função.

O incapaz com compatibilidade imunológica comprovada , pode doar, havendo consenso de seus pais ou seu representante legal, dispensando-se atualmente a autorização judicial, como aduz Maria Helena Diniz, em caso de transplante de medula óssea, desde que isso não venha a lesar-lhe a saúde.

O ato de disposição de órgão e tecido em vida do doador é revogável a qualquer tempo, por ele ou por seu representante legal, antes da cirurgia. Não se pode exigir execução coativa, uma vez que é inadmissível juridicamente, impor a alguém a obrigação de dispor de sua integridade física.⁵⁵

À luz dos ensinamentos de Washington de Barros Monteiro, “ a não ser que se trate de necessidade médica, não pode o indivíduo, por exemplo amputar a própria mão, doar órgão vital, ou submeter-se a cirurgia de mudança de sexo. Nada impede porém que a pessoa venda seus cabelos, já que não comprometem a integridade física do doador”.⁵⁶

Os transplantes – A idéia de transferir tecidos de um organismo para outro não é coisa recente, pois na Antiguidade encontramos dados talvez lendários, de sua ocorrência. Há 300 anos antes de Cristo, a tradição chinesa aponta a troca de órgãos entre dois irmãos feita pelo médico Pien Chiao. estudos arqueológicos feitos no Egito , na Grécia e na América pré – colombiana registram o transplante de dentes. Na era medieval, os santos médicos Cosme e Damião efetuaram o transplante de perna de um etíope para um branco, há referências de transplantes realizados pelos Hindus por volta do ano 750/800 aC - reconstrução facial transplantando um pedaço de pele da testa; mas foi somente pela adoção

⁵⁵ Maria helena Diniz – Curso de Direito Civil Brasileiro, vol 1 , saraiva,18º ed,2002,p.123 e 124

⁵⁶ Washington de Barros Monteiro , atualizado por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto , vol 1, Saraiva,2003,p.98

dos princípios basilares da moderna cirurgia , com o refinamento de instrumental , assepsia,antibioticoterapia, testes imunológicos de combate à rejeição que o transplante passou a ser considerado como um método científico, a partir da descoberta , como ponderou Antonio chaves,dos grupos de tecidos que definiu as compatibilidades necessárias, da imunologia,do conhecimento dos mecanismos de rejeição, do aperfeiçoamento de drogas imunossupressoras.

A primeira cirurgia que obteve sucesso foi a de transplante de rim feita em Boston em 1954, mas ganhou verdadeiramente destaque mundial em 1968 quando Chritian Barnard realizou em Capetown o primeiro transplante cardíaco.

Apesar de serem os transplantes uma notável conquista científica , para salvar a vida de muitas pessoas, apresenta ainda muito obstáculos de natureza ético-jurídica a serem vencidos, que deve observar: a necessidade premente de sua realização por envolver grande risco,a equipe médica deverá ter grande experiência para que possam efetuar a cirurgia com segurança e zelar pelo pós operatório,o diagnóstico da realidade da morte do doador deverá ser seguro e certo, a analise da efetiva compatibilidade entre doador e receptor,a inexistência de discriminação na escolha do receptor, a obtenção do consentimento do doador ou do seu representante legal, o consentimento livre e informado do receptor que não poderá ser constrangido a expor sua vida aceitando uma terapia sem estar ciente dos riscos que corre,gratuidade,garantia de sigilo respeitando a privacidade do doador, a imposição de uma responsabilidade civil e criminal à equipe médica pelos danos advindos ao doador e ao receptor, mesmo que tenha havido anuênciam destes.

Em discurso proferido no XVIII congresso internacional de transplantes aduz o Santo Padre o Papa João Paulo II que “ Os transplantes de órgãos representam um instrumento precioso na consecução da finalidade da medicina: o serviço à vida humana , merecendo especial apreço a doação de órgãos feita de forma eticamente aceitável por oferecer possibilidade de vida e saúde a alguém já sem esperança, a autenticidade do ato depende do consentimento informado do ato, e também deve-se ter a justa designação do receptor”.

Visa o transplante antes de tudo, preservar a dignidade do ser humano, atingida drasticamente por certas doenças que dificultam ao homem a possibilidade de desenvolver livremente a sua personalidade.

A primeira manifestação legislativa a respeito do assunto no Brasil é a lei 4280 de 6.11.1963, que tratava da disposição das partes do corpo morto, subordinando a extirpação à autorização escrita do de cujus ou a não oposição do cônjuge superveniente ou parentes de até 2º grau,ou corporações religiosas ou civis responsáveis pelo destino dos despojos.

Após , temos a lei 5470 de 10.8.1968, revogando o dispositivo anterior, permitia a pessoa absolutamente capaz a disposição de tecidos e órgãos, inclusive de corpo vivo.Esse diploma legal nunca foi regulamentado, o que causou obstáculos para sua efetiva aplicação.

A Constituição Federal traz um dispositivo específico – art 199 § 4º vedando qualquer tipo de comercialização de órgãos e regulando as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos ou substâncias humanas.

Em 18.11.1992 o Congresso Nacional aprova a lei 8489/92 que dispõe sobre a retirada e o transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano para fins terapêuticos e científicos regulamentada pelo Dec 879 de 22.7.1993- segundo esta se a pessoa não se manifestasse em vida sobre o interesse de doar órgãos ou não a família poderia autorizar verbalmente o transplante ao médico.O referido diploma entretanto apesar de caráter altruísta não logrou o êxito desejado.

Na nova legislação civil, visando o aumento do número de doadores de órgãos , tecidos e partes do corpo, com o avanço da medicina, e com a possibilidade cada vez maior de se salvarem vidas mediante o transplante de órgãos, poderá esse ser realizado, de acordo com as disposições da **Lei específica que é a lei 9434/97, modificada pela lei 10211/23.3.2001**, desde que não comprometa a integridade física do doador como já referido.Essa cessão de órgãos forçosamente deve ser feita gratuitamente (art 1º da lei 9434/97), o que todavia não impede que haja um “comércio” de órgãos e tecidos apesar da proibição legal-a cessão onerosa de partes do corpo aumentaria ainda mais a desigualdade social.Desta forma costuma-se referir à disposição de órgãos , tecidos ou partes do corpo como doação.O que vislumbramos ao nos depararmos com a lei de doação de órgãos é um dilema entre as garantias individuais de todo ser humano, como a liberdade (para os romanos a idéia se encontrava no não impedimento, era uma faculdade de se fazer o que se desejava com exceção daquilo proibido por lei- autonomia da vontade),a dignidade da pessoa humana ,a indisponibilidade da vida e da saúde e a auto-affirmação diante do poder de Estado de buscar o interesse coletivo, de pretender órgãos e tecidos.

É válido ressaltar que o conteúdo do art 1º da lei 9434/97 não se aplicam à doação de esperma, óvulo e sangue, este último por ser de ocorrência diária e rotineira, e também por ser de natureza regenerável.

O § ú do art 2º exige , para a realização de transplante, que o doador se submeta a todos os testes de triagem para diagnóstico de infecção e infestação.O Dec 2268/97 ao regulamentar a lei 9434/97 cria e organiza o Sistema nacional de Transplante , subordinado ao Min. Da Saúde, aquele possui centrais de notificação , captação e distribuição de órgãos, com a incumbência de coordenar as atividades de transplantes e promover a inscrição de potenciais receptores em uma lista, com as indicações necessárias para sua rápida localização e verificação de compatibilidade.Criou-se assim a lista única.Cada estado brasileiro deve cadastrar lista de pessoas que necessitam da doação de órgãos, essa lista só pode ser desrespeitada caso os testes de triagem apontem incompatibilidade entre o doador e o receptor.O sistema de lista única tem como critério de verificação de tempo de espera a data de inscrição do receptor, para cada tipo de órgão, tecido ou parte do corpo e possui 3 níveis de integração, expresso nas listas nacionais,estaduais e regionais.

Dispõe a atual legislação sobre os transplantes com redação dada pela Lei 19211 de 23.3.2001 que alterou alguns dispositivos da Lei 9434 de 4.2.1997.É permitida a disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou post mortem, para fins de transplante ou tratamento, art 1º, ressalva-se que para efeitos da legislação em tela não estão compreendidos entre os tecidos a que se refere esse artigo o sangue, o esperma e o óvulo.Ressalva porém que a realização de transplantes ou enxertos só poderá

ser realizada por estabelecimento de saúde público ou privado e por equipe médico-cirúrgicas de remoção e transplante previamente autorizados pelo órgão de gestão nacional do sistema único de saúde ,art 2º.

Traz o parágrafo único desse artigo que antes da realização em si dos procedimentos de transplante ou enxerto devem ser realizados todos os testes específicos de triagem para diagnóstico de infecção e infestação de acordo com as normas do Ministério da Saúde.Mesmo por que feriria os princípios bioéticos da realização dos transplantes bem como sua intrínseca finalidade em se transferir de um organismo para outro um órgão vital comprometido , como por exemplo um rim necrosado,um sangue contaminado,entre outros, pois conforme anteriormente abordado a finalidade principal da realização do transplante, medida extrema para a manutenção da saúde,é a preservação da vida, o restabelecimento da dignidade e da independência dos indivíduos acometidos por problemas sérios de saúde.

Dispõe a lei no tocante à doação de órgãos e tecidos, com efeito post mortem,que é imperativo o diagnóstico de morte encefálica, conforme critérios estipulados pela resolução 1480/97 do CFM.Tal morte deverá ser atestada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante e comunicada pela instituição hospitalar à Central de Notificação , Captação e Distribuição de órgãos (CNCDO), de seu estado,art 3º.

A retirada de tecidos órgãos e tecidos de pessoas falecidas depende 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 presente à verificação da morte,art 4º.

Uma alteração significativa trazida pela redação da Lei 10211/01 foi a supressão da indicação expressa nos documentos de identificação do termo doador ou não doador pois causava intenso embaraço e discriminação para todos,maculando diversos princípios constitucionais.

Dispõe ainda a Lei 10211/01 que a remoção post mortem de tecidos ou órgãos de pessoa juridicamente incapaz poderá ser feita desde que permitida expressamente por ambos os pais, ou por seus responsáveis legais,á luz do seu art 5º.

Veda expressamente o diploma legal em seu art. 6º a retirada de órgãos , tecidos ou partes do corpo de pessoas não identificadas.

Impõe ainda o dispositivo legal no § único do art 7º que no caso de óbito sem assistência médica ou em decorrência de causa mal definida a remoção de órgãos ou partes do cadáver deve ser precedida de autorização do patologista do serviço de verificação de óbito.O cadáver após a retirada dos órgãos será necropsiado , recomposto condignamente para sepultamento,art 8º.

No que tange a doação de órgãos de órgãos inter vivos, esta é permitida a qualquer pessoa capaz, desde que se trate de órgãos duplos, como os rins, ou partes renováveis do

corpo que não coloquem em risco sua vida ou a integridade física do indivíduo ou não comprometam suas funções vitais, art 9º§3º.

Dispõe o art 9º da Lei de Transplantes que é permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos , órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes ,**em cônjuge ou parentes consangüíneos até o quarto grau, ou em qualquer outra pessoa , mediante autorização judicial**,dispensada esta em relação à medula óssea.

A doação deverá ser autorizada expressamente pelo doador que especificará qual o órgão ou tecido será doado, § 4º, cuja doação poderá ser revogada a qualquer tempo, § 5º, assim como o indivíduo juridicamente incapaz mas com compatibilidade imunológica comprovada poderá fazer doação nos casos de transplante de medula óssea, desde que haja consentimento dos seus pais ou representante legal com autorização judicial, não devendo oferecer o ato nenhum risco para sua saúde.

Para mulheres gestantes , é vedada a disposição de tecidos ,órgãos ou partes do corpo vivo, exceto para transplantes de medula , e o ato não deve oferecer risco para o feto, à luz do art 9º§7º

Finalmente, dispõe o §8º do art 9º que o auto-transplante depende apenas do consentimento do próprio indivíduo, ou dos seus pais ou representante legal se incapaz.

O art 10º traz que o transplante ou enxerto só se fará com o consentimento expresso do receptor,assim inscrito na lista única de espera,após aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do tratamento,em caso de incapaz o consentimento será dado por seus pais ou representante legal, §1º.

A organização de um sistema nacional de transplantes que deverá desenvolver o processo de captação e distribuição de tecidos , órgãos e partes retiradas do corpo humano para finalidades terapêuticas, tomando as providências cabíveis a central de notificação, captação e distribuição de órgãos, como : coordenar as atividades de transplantes,promover a inscrição e a completa descrição dos potenciais receptores para facilitar sua localização, classifica-los,receber as notificações das mortes encefálicas em sua área de atuação providenciando a retirada e o transporte do material,listar as partes não utilizadas,encaminhar relatório anual relativo as atividades relativas as SNT,exercer controle e fiscalização das atividades realizadas aplicando as penalidades cabíveis para as entidades infratoras.A retirada dos órgãos para transplante o enxerto só pode ser realizada por profissionais credenciados e supervisionados pelo Min. da Saúde,distribuir os órgãos de acordo com a lista única nacional de receptores que contém todo o descriptivo das características e condições orgânicas de cada receptor constituindo um cadastro técnico referente a cada tipo de órgão , parte ou tecido.Sendo proibida a veiculação nos meios de comunicação social anuncio referentes a pedidos de órgãos para transplantes ou auxilio verbas para sua realização,§11.

Impõe a lei algumas penalidades atinentes a má prática de transplantes :

Art.14 - Remover tecidos , órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver em desacordo com a legislação – reclusão 2 a 6 anos e multa, se o crime for cometido mediante paga ou promessa de recompensa ou por algum outro motivo torpe – reclusão de 3 a 8 anos e multa (§1º), se o crime for praticado em pessoa viva e lhe causar incapacidade para as tarefas habituais por mais de 30 dias, perigo de vida, debilidade permanente do membro, sentido ou função ou aceleração de parto – reclusão de 3 a 10 anos e multa (§2º) se causar ao ofendido incapacidade permanente para o trabalho, enfermidade incurável, perda ou inutilização de membro, sentido ou função, deformidade permanente ou aborto – reclusão 4 a 12 anos e multa (§ 3º). Se o crime causar a morte do ofendido – reclusão de 8 a 20 anos e multa (§ 4º).

Art.15 -Comprar, intermediar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo – reclusão de 3 a 8 anos e multa.

Art 16 e art 18 – Realizar transplante ou enxerto de órgãos quando obtidos em desacordo com os preceitos legais – reclusão 1 a 6 anos e multa, portar partes do corpo obtidos ilicitamente – reclusão 6 meses a 2 anos e multa.

Art 17 – recolher, transportar, guardar ou distribuir partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os ditames da lei- reclusão de 6 meses a dois anos e multa.

Art 19- Deixar de recompor cadáver, devolvendo-lhe um aspecto condigno para sepultamento ou deixar de entregar ou retardar sua entrega a seus familiares ou interessados – detenção de 6 meses a 2 anos

Art 20 – Publicar anúncio ou apelo público em desacordo com o art 11 – multa

Art 21 – No caso dos crimes previstos nos arts 14,15, 16 e 17 o estabelecimento de saúde e as equipes médico-cirúrgicas envolvidas poderão ser desautorizadas temporariamente ou até permanentemente pelas autoridades competentes, sem direito à indenização pelos investimentos realizados ou mesmo se beneficiar de créditos públicos para realização de transplantes por 5 anos no caso da clínica particular.

Distinguem-se, portanto, duas hipóteses para a retirada de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano: **a doação em vida e a doação post mortem.**

Especificamente em relação a doação para a retirada em vida só se admitem em hipóteses específicas que atendam aos seguintes requisitos:

1. capacidade do doador
2. autorização judicial
3. justificativa médica
4. vínculo familiar específico entre doador e receptor

Em relação à **capacidade do doador**, somente os capazes podem doar órgãos, tecidos ou partes do corpo. Se o organismo vivo de que se vai retirar o órgão for **menor**

absolutamente incapaz, a doação é juridicamente impossível.O **menor relativamente incapaz** para realizar doação de órgãos deve ser antes emancipado pelos pais, apesar de que a decisão a respeito da doação não compete aos pais, uma vez que alcançada a capacidade passa a ter o menor a inteira liberdade de doar ou não.Os pais não podem condicionar a emancipação à disposição de partes do corpo pelo filho.

Contempla a lei apenas uma exceção em que o incapaz pode ser doador – é a hipótese do transplante de medula em caso de comprovada compatibilidade imunológica art 9º § 6º da lei 9434/97. Imagine-se a hipótese de que na família a única pessoa compativelmente doadora seja um incapaz : o irmão menor de idade ou uma tia amental interditada.Nesse caso mediante autorização dos responsáveis pais , tutor ou curador e autorização judicial pode a doação ser realizada.

Além da capacidade do doador, exige a lei **autorização judicial**, o potencial doador deve através do seu representante legal requerer ao juiz que o autorize a praticar o ato. Esse requisito só é dispensado na hipótese de transplante de medula óssea, quando capaz o doador, nas demais hipóteses somente com um comprovado desatendimento de algum requisito legal não pode ser negada a autorização judicial para a retirada de órgãos ou tecidos de organismo vivo.Ou se inexistir também alguma exceção prevista na lei como gestação.

O requisito **justificativa médica** diz respeito ao objeto da doação.Em primeiro lugar a doação só pode ser feita de órgãos duplos ou de partes de órgãos , tecidos ou partes do corpo cuja retirada não cause a morte ou qualquer prejuízo à saúde do doador.Impede a lei a retirada de órgão que comprometa aa aptidões vitais ou a saúde mental do doador.O preenchimento dos requisitos relacionados ao objeto comprova-se através de declaração do médico.

Finalmente, a doação para retirada em vida está condicionada á existência de **vínculo familiar específico**.Trata-se de uma medida que visa impedir a comercialização de partes do corpo,pois caso não existisse essa restrição legal, qualquer um poderia vender órgãos e alegar que estava fazendo uma doação.Seria impossível o controle da veracidade da alegação.Permite a lei a doação para retirada em vida apenas se o receptor for cônjuge ou parente consangüíneo até 4º grau, inclusive, do doador Lei 9434/97 art 9º.Deve-se considerar na aplicação da norma, os objetivos que nortearam a sua edição, ou seja determinando – se o motivo e excluindo-se a hipótese da comercialização de órgãos pode o juiz autorizar a retirada do órgão mesmo quando o vínculo entre receptor e doador for diverso do referido no preceito legal.(for baseado em uma amizade de longa data).

Em relação ao receptor assegura-lhe a lei o direito de não se submeter ao transplante, na medida em que o procedimento está condicionado ao seu consentimento expresso, após o aconselhamento médico sobre sua excepcionalidade e risco.Sendo ele incapaz ou não tendo condições de saúde para expressar sua vontade, os pais ou responsáveis legais poderão consentir no transplante.É válido lembrar que a retirada de órgãos post mortem o receptor não é conhecido do doador, sendo beneficiado o paciente que se encontrar em primeiro lugar numa fila única de transplantes.

Espécies de Transplantes: Inicialmente faremos uma distinção entre transplante e enxerto, o que segundo o prof Antonio chaves eram comumente usados como sinônimos.para ele **Transplante** é a amputação ou ablação de um órgão com função própria de um organismo para se instalar em outro a fim de se exercer neste as mesmas funções originais.

O **enxerto** é a secção de uma porção do organismo próprio ou alheio para a instalação em organismo próprio ou alheio com fins estéticos e terapêuticos, sem exercício de função autônoma, é a inserção de um tecido em outro local para que seja parte integrante deste;o implante dá-se quando mortos ou conservados são incluídos no corpo de alguém e reimplantando quando se reintegram ao corpo humano partes ou segmentos traumáticamente separados como dedos,orelha, pedaços de pele , etc...

Encontramos na literatura médica os procedimentos de:
xenoenxerto,isoenxerto,aloenxerto,autoenxerto, em relação ao transplantes temos o xenotransplante , o autotransplante,o isotransplante e o alotransplante.

Xenotransplante – utiliza órgão ou tecido de outras espécies para substituir o do ser humano(como no caso Baby Fae ocorrido em 1984, quando uma paciente de 5 anos recebeu o coração de um babuíno, a cirurgia teve grande repercussão ética, pois tratava-se de utilização de uma criança em experimento não terapêutico, na qual sabidamente não teria grande sobrevida, tanto que sobreviveu 20 dias ou em relação as pesquisas atuais realizadas em porcos em que se fazem alterações genéticas para com a instalação em determinadas características em seu genoma, diminuindo a sua rejeição em relação aos seres humanos- animais transtípicos).

A Igreja Católica não condena a prática dessa modalidade de transplante desde que não ofenda a integridade física,psicológica ou mesmo do patrimônio genético do indivíduo, aliado a uma possibilidade real de sucesso , conservação e melhoria da qualidade de vida do paciente.

Autotransplante- o paciente extirpa órgão ou tecido de certa parte do corpo para posterior implantação em outra, sendo doador e receptor a mesma pessoa . ex : enxertos de pele em casos de queimaduras muito graves (grau III), de tecidos,de cabelos para tratamentos de calvície, pontes de safena,entre outros.

Isotransplante- ocorre em pessoas com características genéticas idênticas como os gêmeos univitelinos.

Essas duas modalidades de transplante apresentam um maior grau de compatibilidade do material transplantado devido à compatibilidade da carga genética do material em questão.

Alotransplante- ocorre quando o doador (vivo ou morto)e o receptor são pessoas que não possuem idênticas características genéticas,mas são da mesma espécie.Como exemplos podemos citar o transplante de córnea, de dentes,e a própria transfusão de sangue.

A Esterilização

A esterilização voluntária é uma forma de exercer o direito sobre o corpo. A ordem jurídica reconhece como legítimo o interesse de a pessoa tratar separadamente em seu corpo duas dimensões da função sexual: a reprodutiva e o prazer. Admite-se a lei a realização de procedimentos cirúrgicos para esterilização mas não permite, pelo contrário, vedar de modo expresso, a extirpação do útero- histerectomia- ou dos ovários – oosforectomia. A pessoa deve ser capaz, ou ter a incapacidade restrita apenas a esfera patrimonial: pródigo, ou dependendo dos termos da interdição o ébrio habitual ou o viciado, para pessoas incapazes depende de autorização judicial, prevendo-se uma regulamentação legal específica desses casos, deve ter no mínimo 25 anos, ou pelo menos dois filhos vivos, se a pessoa for casada deve ter a expressa manifestação do cônjuge. Finalmente, entre a manifestação da vontade e a realização da cirurgia em si deve decorrer o prazo de 60 dias no mínimo à luz do que dispõe a lei 9263/96.⁵⁷ A moral cristã reconhece o direito à esterilização por determinação médica.

O art 14 do Código civil atual preconiza : “ É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do corpo, no todo ou em parte para depois da morte.

§ único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Aduz Maria Helena Diniz que à luz da lei 9434/97 – art 1º que regula os transplantes é admitida o ato de disposição gratuita de órgãos, tecidos e partes do corpo humano post mortem para fins científicos ou de transplantes em pacientes com doença progressiva ou incapacitante, irreversível por outras técnicas terapêuticas. Consagra ainda o princípio do consenso afirmativo pelo qual a pessoa capaz deve manifestar a sua vontade de dispor de seu corpo gratuitamente, no todo em parte para depois de sua morte, com objetivo científico : estudo de anatomia nas universidades ou terapêutico : realização de transplantes. Existe o direito de revogação dessa disposição a qualquer momento.⁵⁸

Traz Washington de Barros Monteiro que a doação do corpo ou das partes, para depois da morte deve atender os seguintes requisitos:

1. deve ser feita a remoção depois da morte
2. o objetivo deve ser científico ou altruístico
3. deve haver autorização do doador ou de sua família

A lei civil vem incentivar a doação de órgãos para propiciar vida a pessoas por intermédio dos órgãos das pessoas que já se foram, não deve a doação post mortem ter nenhum interesse pecuniário, por ser contrário aos bons costumes, sendo nula , como

⁵⁷ Fábio Ulhoa Coelho-

⁵⁸ Maria Helena Diniz – Novo Código civil Comentado, 2ºed, Saraiva, 2003, p.27

aduz Silvio Venosa qualquer disposição nesse sentido.Cabe ao legislador punir mesmo penalmente o desvio de finalidade nesse campo.

A faculdade de doação de órgãos é um direito potestativo da pessoa , podendo ser revogado a qualquer tempo.

O art 3º da Lei 9434/97 regula a retirada de órgãos destinados a transplante post mortem .Esta deve ser precedida de **diagnóstico de morte encefálica** , embora a pulmonar e a cardiovascular se mantenham por processos artificiais,vida técnica, constatada por 2 médicos não participantes da equipe de remoção e transplante,mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do CFM,os prontuários médicos contendo os resultados ou os laudos dos exames alusivos aos diagnósticos de morte encefálica e detalhamento dos atos cirúrgicos relativos aos transplantes ou enxertos deverão ser mantidos nos arquivos da instituição por no mínimo 5 anos.

Na operação de retirada e transplante de tecidos e órgãos deverá ser preservada a circulação e a oxigenação do corpo para garantir a nutrição dos tecidos e evitar a deterioração de certos órgãos ou tecidos de difícil conservação , como: pulmão – 3 horas, rim, fígado, pâncreas, coração – poucas horas ou minutos, córnea, pele e duramáter – poucos dias. A melhor hora para a retirada dos órgãos a serem transplantados é a primeira hora após a constatação da morte encefálica.O metabolismo corpóreo não imediatamente após o momento da morte, a vida residual indica a determinação do limite da vida em si.

O art 4º da lei 9434/97 dispõe que a retirada de órgãos e tecidos de pessoas falecidas dependerá da anuência de seus familiares, em linha reta ou colateral, até segundo grau inclusive, ou do cônjuge,firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação.O texto anterior trouxe à luz uma celeuma muito grande e enorme resistência da sociedade , tanto que o texto anterior desse artigo foi substituído pela atual redação pela lei 10211 de 23.3.2001.No texto original presumia-se que toda pessoa era doadora, salvo manifestação expressa em contrário gravada no RG ou na carteira de habilitação, o que criava um constrangimento a direito personalíssimo que exigiu pronta revogação.O ato de doar pela própria conotação semântica é um ato voluntário, não pode ser imposto pelo estado , que pode sim realizar campanhas de conscientização.

Assim , será idônea qualquer manifestação de vontade escrita do doador a respeito de disposição de seus órgãos e tecidos após a morte, devendo seus parentes ou cônjuge autorizar quando da omissão da pessoa falecida.Tratando-se de disposição não patrimonial, a doação de órgãos após a morte poderá ser inserida pelo doador em testamento , como traz Silvio Venosa.Maria Helena Diniz traz que é nítida a consagração do princípio do consenso afirmativo,pelo qual cada um deve manifestar sua vontade de doar seus órgãos e tecidos para depois da morte com objetivo científico, podendo a qualquer momento revogar essa disposição.

De acordo com o preceito Kantiano do Estado, respeitar a liberdade ética do homem em decidir ou objectar enquanto vivo a retirada dos seus órgãos para depois da sua morte.

O art 5º da mesma lei dispõe que em se tratando de pessoa falecida juridicamente incapaz, a remoção de seus órgãos e tecidos apenas poderá ser levada a feito se houver anuênciia expressa de ambos os pais ou seu representante legal.

O art 6º preconiza que se for pessoa não identificada, proibida está a retirada post mortem de seus órgãos ou tecidos.

O art 7º da mesma lei traz que se a morte ocorrer por causa indeterminada, ou em situação que se requeira a verificação da causa médica da morte, deverá a retirada dos tecidos ou órgãos ser autorizada pelo patologista responsável e citada em relatório de necropsia.

É válido ainda ressaltar que o cadáver deverá ser plenamente recomposto após a retirada dos seus órgãos internos.

Um tema de difícil conceituação é a **determinação da morte encefálica**. A morte é a ausência das funções vitais : cerebrais, cardíacas de respiração. Basta a ocorrência de um dano encefálico irreversível que impeça a manutenção das funções vitais para considerar a morte. O CFM em sua Resolução 1480/98 estipulou os critérios para a sua determinação.

A determinação do momento exato da morte é que é difícil, no entender de Veja Diaz “ um segundo pode ser a unidade de tempo que faça um sujeito vivo um cadáver, mas também pode fazer da morte um homicídio”. Ocorre a morte encefálica com a morte das células do sistema nervoso central, com a parada das funções vitais, a única que pode permanecer é o batimento cardíaco porque o coração tem um sistema de controle diferente daquele. A morte não é um momento , mas um período que às vezes pode ser interrompido.

Para a escola de medicina de Harvard : inconsciência total , falta de estímulos do meio, ausência de respiração , reflexos e eletroencefalograma plano, sem ondulação cerebral. Além desses temos ainda a ausência de reflexos de córnea, ausência de reflexo pupilar, ausência de pressão arterial.

Temos ainda na literatura médica a existência de três “tipos” de morte : a morte clínica, quando cessa o batimento cardíaco, que pode desaparecer com a reanimação; aqui se estabelece a luta entre médico/corpo clínico e paciente,a morte encefálica, já supra mencionada,sendo válido ressaltar que são cinco os estágios do coma, que por sua vez indica a ausência total de respostas com o mundo exterior: o coma grau I,grau II, grau III, grau IV- considerado estágio pré terminal e coma grau V – denominado “depassé” com a morte cerebral e a morte biológica, que implica na destruição celular.

Os grupos populacionais com autonomia reduzida em muitos casos também podem ser potenciais doadores ou receptores de órgãos ou tecidos humanos,são eles: os embriões,os fetos,os recém nascidos,os portadores de mal formação neurológica incompatíveis com a sobrevida – anencéfalos-,os menores,os incapazes e os prisioneiros.

Em relação ao transplante de tecidos e órgãos embrionários ou fetais, tem-se conhecimento que a pesquisa científica alcançou um grau de desenvolvimento capaz de desenvolver em laboratório células humanas não especializadas, capazes de formar diversos tipos de tecido humano, com o fim de transplantar sem que haja risco de rejeição.⁵⁹ Aduz Maria Helena Diniz que essa técnica é útil em transplantes parciais de órgãos e tecidos como rins,fígado,pele no tratamento de diversas enfermidades como:doenças circulatórias, onde as células do músculo cardíaco e dos vasos sanguíneos são obtidas pelo novo processo para serem transplantadas no coração de infartados , em pacientes com degeneração arterial devido ao excesso de gordura;câncer,substituindo as células danificadas;mal de Parkinson ;mal de Alzheimer e doenças degenerativas do sistema nervoso central,mediante a substituição neuronal e reprodução dos neurônios;AIDS além de outras moléstias do sistema imunológico,desenvolvendo células responsáveis pela defesa do organismo como as células-T,células capazes de combater o HIV.Nos EUA já se estão falando em produzir em escala comercial a pela humana, surgindo então a engenharia de tecidos,que poderá ser usada na reconstrução de órgãos inteiros,substituindo os transplantes feitos mediante doação post mortem ou mesmo inter vivos em alguns casos,eliminando inclusive as tentativas de clonagem para se obter certos órgãos e tecidos.

Apesar das incontestáveis vantagens que esse progresso biotecnológico traria para a humanidade incontáveis seriam as vezes que os procedimentos esbarrariam na ética .Seria lícito a utilização de tecido fetal vivo? E se causasse prejuízo no feto?A utilização de tecidos embrionários somente seria possível com a autorização dos pais e desde que a retirada da célula na lese sua integridade física e seu uso atenda a fins terapêuticos.

Por outro lado diversos autores entendem em consenso que é inadmissível a criação de embriões em laboratório para que seja repositório de órgãos e tecidos por ser um atentatório à dignidade humana,entre eles Maria Helena Diniz,Volnei Garrafa,Léo Pessini.

Outro caso que esbarra na ética seria o da possibilidade jurídica do prisioneiro de doar órgãos ou tecidos para obter uma diminuição da sua pena.Logicamente , entendemos ser impossível essa ‘ barganha’ por ser antiético,moralmente injustificável,não seria uma doação livre e consciente,chocando-se com a natureza do transplante, e sim resultado de uma coação,nem traria a doação a idéia de reparação social de reeducação para a vida em sociedade.

⁵⁹ Maria Helena Diniz – O Estado Atual do Biodireito , saraiva,2001,p.279

É muito delicada a questão da utilização de órgãos e tecidos de pessoas de grupos populacionais com autonomia reduzida, pois não faltam denúncias de práticas criminosas, envolvendo prisioneiros pré selecionados, seqüestros de adultos ou crianças para fins de transplante inter vivos.

Um aspecto ao mesmo tempo interessante e polêmico sobre a lei de transplantes é a omissão da mesma frente ao transplante de glândulas que produzem hormônios sexuais específicos, testículos e ovários, pois há a possibilidade destes se realizarem principalmente nos casos onde há a indicação cirúrgica para a transgenitalização, visando o secreção dos hormônios sexuais feminino e masculino, o estrógeno e a testosterona. Entende Maria Helena Diniz que até seria admissível esse tipo de transplante se a finalidade fosse de garantir uma vida normal para o paciente, mas criaria inúmeros problemas ético-jurídicos relativos à paternidade, maternidade e filiação uma vez que o patrimônio genético transmitido à criança é o do doador e não o do receptor. No caso da ocorrência do xenotransplante de glândulas animais para o ser humano, além de antiético, provocaria variações de ordem físico – psíquico no receptor, constituindo um gravíssimo atentado à dignidade da pessoa humana.⁶⁰

O art 15 do Código civil atual preconiza : “ Ninguém pode ser constrangido a submeter-se , com risco de vida , a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Previu esse artigo a proteção a inviolabilidade do corpo humano. Esse artigo traz à luz a problemática da ética médica, o dever de informação do paciente e a responsabilidade civil dos médicos.

O Código Brasileiro de Ética Médica em seu artigo 25 e a resolução 1154/84 do CFM trazem em seu âmago o dever de informar o paciente e sua família do diagnóstico e do prognóstico da enfermidade que acomete o paciente, bem como da prática medicamentosa a ser utilizada. O artigo 31 do mesmo Código veda a utilização de terapias não utilizadas no país.

Deve-se considerar como bem ponderou Silvio venosa que qualquer cirurgia apresenta maior ou menor risco de vida, e sempre se terá em tese a necessidade de autorização do próprio paciente ou de alguém por ele.

A resolução do CFM de número 1246/88 em seu artigo 46 proíbe expressamente ao médico de efetuar qualquer procedimento sem o conhecimento e o esclarecimento do paciente.

Deve-se também ponderar como elucida Rui Geraldo Camargo Viana, que toda a prática da medicina é voltada para a preservação de um bem maior que é a vida, nesse caso o ato de disposição do próprio corpo que pode causar diminuição permanente de sua integridade física somente pode se justificar por determinação médica. Ex: a amputação de uma perna num paciente diabético, ou num acidentado preso a ferragens.

⁶⁰ Maria Helena Diniz – O Estado Atual do Biodireito, Saraiva, 2001, p.296

Para Maria Helena Diniz a égide do **princípio da autonomia**, expansão dos direitos personalíssimos através do qual o profissional de saúde deve respeitar a vontade do paciente ou de seu representante legal. Daí a exigência do consentimento ser livre e informado. Imprescindível será a plena informação de seu estado de saúde e a indicação do tratamento a ser seguido, para que tome a decisão de terapia a ser empregada. O objetivo do princípio do consentimento informado é aumentar a autonomia pessoal do indivíduo nas decisões que lhe afetarem o bem estar físico e psíquico. Esse direito de autodeterminação dá origem ao dever erga omnes de respeita-lo, fundada no princípio da dignidade da pessoa humana. Donde advém que a informação médica clara e precisa será o agente viabilizador do consentimento ou não do paciente para que determinada conduta seja empregada, tem o paciente o direito de conhecer: o diagnóstico, a evolução da doença, o prognóstico, os efeitos colaterais do tratamento, seus objetivos, as consequências da não aceitação do tratamento, para tomar sua decisão.

O consentimento informado constitui , segundo o Comitê Nacional de Bioética da Itália a legitimação e o fundamento do ato médico.

As opções sobre a vida e a morte constituem para cada um de nós , escreve Ronald Dworkin, as mais importantes e cruciais para a formação e a expressão da personalidade do ser humano. A tomada de decisões coerentes com o próprio ideal de vida representa um direito personalíssimo do paciente.

O termo consentimento informado foi utilizado pela primeira vez na Califórnia – USA, em 1957 após uma cirurgia realizada sem sucesso que culminou com a morte do paciente

A conduta médica que estiver baseada no esclarecido consenso do paciente constitui o ideal da terapêutica científica. A consagração dessa idéia vem elencada no Código de ética médica nos artigo 46, onde ainda nos artigos 56 e 59 esclarece que o paciente tem livre arbítrio de se decidir ou não por um tratamento salvo : iminente risco de vida, ou revelações a respeito de estado de saúde pessoal que possam comprometer o seu bem estar ou sua saúde.

Existem porém situações em que o paciente não estiver em condições de exprimir a sua vontade e for urgente a intervenção médica , a este é lícito adotar a conduta mais adequada mesmo sem o consentimento do paciente ou de seus familiares, como no caso do estado de necessidade em face de um iminente perigo de vida do paciente frente à inexecução de um determinado procedimento.

Pelo **princípio da beneficência** a prática médica deve buscar sempre o bem estar do paciente, evitando na medida do possível, quaisquer danos ou riscos de vida, só se pode realizar tratamento ou indicar cirurgia para o expresso bem do paciente/enfermo. O **princípio da não maleficência** traduz uma obrigação de não acarretar dano ao paciente, finalmente existe o **direito de recusa de algum tratamento arriscado**, é direito básico do paciente o de não ser constrangido a submeter-se , com risco de vida a tratamento ou cirurgia, ou ainda de não aceitar a continuidade terapêutica.

A medicina tem como escopo fundamental , como bem trata Maria Helena Diniz a restituição da saúde de pacientes crônicos ou agudos tendo como base o juramento de Hipócrates.Os direitos dos pacientes constituem uma extensão dos direitos da personalidade, acompanhado pelo princípio da dignidade da pessoa humana e até mesmo a criação de um comitê médico dos direitos humanos como ocorre nos USA, com o objetivo de possibilitar aos pacientes uma participação mais ativa em seu tratamento.

São direitos dos pacientes :

1. a escolha do médico de sua confiança
- 2.a conclusão do contrato de prestações de serviços médicos no momento em que julgar conveniente
- 3.pleto acordo frente os custos do tratamento e honorários médicos
4. A informação detalhada sobre seu estado de saúde e o tratamento a ser seguido, para que possa dar ou não o seu consentimento livre e esclarecido, ou este ser dado através de seu representante legal .
5. oportunidade de requerer outra opinião
6. recusa de algum tratamento ou não aceitação da continuidade terapêutica em caso de sofrimento atroz
7. proteção de confidencialidade de seu estado de saúde e tratamento
8. possibilidade de demandar contra o profissional da saúde ou hospital pelos danos sofridos, pleiteando uma indenização.

Ponderou Washington de Barros Monteiro que a medicina em si busca a vida e não o fim da vida , inter-relacionadamente com a ética médica para o exercício da profissão e o consentimento livre e informado do paciente ou do seu responsável legal , deparamo-nos com a problemática da situação onde por motivos religiosos ou razão de foro íntimo, impeça-se que os filhos menores ou parentes incapacitados para dicernir receba transfusão de sangue, vital para sua recuperação? Como ocorre entre as testemunhas de Jeová , ou que recebam alimentos que se considere sem base científica impuros mas que possam ser vitais para a recuperação de um paciente?

Para solucionar estas questões o Conselho Federal de Medicina através da Resolução n° 1021/80 regulamentou que em caso de haver recusa em permitir a transfusão de sangue, o médico, obedecendo a seu Código de Ética Médica, deverá adotar a seguinte conduta: Em não havendo iminente risco de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis, no caso contrário, o médico praticará a transfusão de sangue ,independentemente do consentimento do paciente ou de seus responsáveis, valendo-se da supremacia da vida humana e do princípio da beneficência.

Responsabilidade civil dos médicos

Para Maria Helena Diniz é uma responsabilidade contratual, os serviços médicos são de meio e não de resultado, sem nenhuma modalidade de culpa – negligência,imprudência ou imperícia- fica demonstrado que como não há risco profissional, independente de culpa, deixará de haver base para a fixação da responsabilidade civil, pois as correlações

orgânicas ainda são pouco conhecidas e surgem às vezes resultados inesperados e desconhecidos .TJSP , 1980 , nº 80418 ⁶¹ .

Dentre as obrigações contraídas pelo médico, especificamente no que tange aos procedimentos de remoção de órgãos, partes ou tecidos humanos, não se inclui a de curar o paciente, não tendo por conta disso o profissional compromisso com a efetiva obtenção do resultado final almejado pelo paciente, posto que sua obrigação consiste em conduzir com diligência o conhecimento científico permitindo a cura do paciente.⁶²

É inoperante a cláusula de não indenizar nos contratos de prestação de serviços médicos para exonerar-se de danos patrimoniais ou morais que vier a causar ao paciente, somente poderá se admitir como excludentes o caso fortuito e a força maior .Competindo à vítima a prova do dano e do seu montante, apesar de que como sabe-se muito difícil é estabelecer quantitativamente o valor econômico de fato oriundo de culpa médica,o que no entanto não constitui motivo para se eximir o ofensor da reparação.

O sujeito ativo, credor da obrigação de indenizar, na hipótese de doação inter vivos, será o doador ou o receptor, vítima de ato culposo do médico que lhe causou o dano, em relação à doação post mortem,o sujeito ativo, credor da obrigação de indenizar,no caso de desrespeito ao cadáver, ou desconsideração à sua vontade manifestada em vida serão os parentes do falecido, na ordem de sucessão prevista pelo novo diploma legal.Se o dano for ocasionado ao receptor, será este o credor da obrigação de indenizar.

O sujeito passivo da obrigação de indenizar seria o médico e sua equipe solidariamente, ou mesmo o médico e o estabelecimento hospitalar aonde preste serviços dada a solidariedade passiva, do mesmo,à luz do artigo 932,III do CC em vigor.

Com efeito , entendem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, que por força da nova regra da responsabilização objetiva por ato de terceiro, contida no artigo 932,III do CC não há como não estender a responsabilidade às entidades hospitalares,mesmo que sejam estes impregnados de caráter filantrópico ou benemerente,devendo responder pelo dever legal de vigilância e eleição frente aos seus profissionais.

“Entende-se portanto na existência de um liame jurídico entre o médico e a entidade hospitalar, de modo a autorizar a responsabilização objetiva desta última, sem prejuízo de um eventual direito de regresso contra o médico.”⁶³

A responsabilidade civil do médico decorre de culpa comprovada instituindo uma espécie particular de culpa,sendo comprovada a imprudência, imperícia ou negligência, nem erro grosseiro.Havendo dano decorrente de atividade médica oriunda de obrigação

⁶¹ Maria Helena Diniz – O Estado atual do biodireito , saraiva, 2001 , p.548 e 549

⁶² Alaercio Cardoso – Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes, Del Rey, MG,2002,p.347

⁶³ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho – Novo Curso de Direito Civil,Saraiva,vol III,2003,p.247

contratual surge o dever de indenizar , se for uma equipe a responsabilidade será solidária, sendo esta responsabilidade extensiva a todos os profissionais da área da saúde.

Para Antonio Chaves, o ato médico se resumia na relação entre a confiança alçada pelo paciente e a consciência do profissional da saúde, o médico.Advinha daí a sua responsabilização.

No mundo contemporâneo, o desenvolvimento cultural,econômico e científico trouxe melhores condições para o trabalho do médico diminuindo a margem de erro no seu exercício profissional.

A responsabilidade civil dos médicos que atuam no processo de remoção e transplante de tecidos não e órgãos do corpo humano, não difere substancialmente daquela dos demais procedimentos médicos.Como aduz Alaércio Cardoso, “ não há diferença no plano jurídico,mas apenas no plano fático, decorrente da natureza especial da atividade”.⁶⁴

Entende-se contratual o vínculo jurídico que se estabelece entre o médico e o paciente, pois a relação entre ambos é proveniente de um contrato de locação de serviços,, configurando por outro lado uma exceção a essa regra a hipótese em que o médico atenda uma pessoa desmaiada no meio da rua, em cuja hipótese não se configura nenhuma espécie de contrato,como tratam Miguel Kfouri Neto, Silvio Rodrigues e José de Aguiar Dias.

No que tange à remoção de transplantes de tecidos,órgãos e partes do corpo, viola o contrato o médico que deixa de orientar ou o faz de forma inadequada o paciente frente aos riscos que vai enfrentar numa cirurgia desse porte.

Dentre os fatos que podem ensejar a responsabilidade civil do médico na Lei de Transplantes, podem ser destacados :A ausência de prova incontestável de morte encefálica , o que configuraria homicídio; a não obtenção do consentimento prévio do doador e do receptor, a remoção de órgão que não seja duplo,a remoção de órgãos de pessoa juridicamente incapaz ou de gestante, a demora na realização do transplante que uma vez efetuada a remoção prévia de órgão comprometeria o material que constitui objeto do transplante,efetivação de transplante sem a realização dos exames prévio necessários , ocasionando transmissão de doenças ao receptor,o estado de necessidade entretanto eximiria a responsabilidade se o profissional provar no caso concreto que não havia tempo suficiente de realiza-los sem que ocorresse a morte do receptor, ausência e notificação de diagnóstico de morte encefálica às centrais de notificação, captação e distribuição de órgãos.⁶⁵

8- Conclusão

⁶⁴ Alaércio Cardoso – Responsabilidade civil e penal dos médicos no caso de transplantes, Del Rey,MG,2002,p.265

⁶⁵ Alaércio Cardoso- Responsabilidade civil e penal dos médicos no caso de transplantes, Del Rey,MG,2002,p.349

A entrada em vigor do Novo Código Civil , trouxe a inclusão de um capítulo especial , referente aos direitos da personalidade.

Houve também o restabelecimento da primazia da pessoa,nas relações familiares,valorizando-se sobretudo a afetividade,a dignidade da pessoa humana e os direitos inerentes a ela.

A evolução da ciência , sobretudo da genética introduziu no mundo moderno diversos questionamentos envolvendo a configuração da pessoa natural , muitas relações se criaram e se extinguiram em face desta.

O atual Código Civil cuida da matéria relativa às relações de parentesco,tratando inclusive da fecundação artificial homóloga e heteróloga, matéria que apresenta grande complexidade.

9- Referências Bibliográficas

1. ALVES, Jones Figueiredo – Algumas questões controvertidas no novo direito de família in:Novo Código Civil questões Controvertidas, ed Método,2003
2. AMABIS,José Mariano,MARTHO,Gilberto Rodrigues e MIZUGUCHI,Yoshito - Biologia , vol 1 ,origem da vida e citologia , 1979
3. ARAÚJO, Luiz Alberto David – A Proteção Constitucional do Transexual, Saraiva,2000
4. AZEVEDO, Álvaro Villaça – Ética,Direito e Reprodução Humana Assistida in :O Direito Civil no Século XXI, Saraiva,2
5. BARROS MONTEIRO, WASHINGTON – Curso de Direito Civil,vol 1 – atualizado por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, 39º ed, SP , Saraiva,2003
6. BITTAR, Carlos Alberto – Os Direitos da Personalidade, 2ºed,forense universitária
7. CARBONIER,Jean-Droit Civil- la famille,Paris,puf,199
8. CORNU,Gerard – Droit Civil – La famille, ed Montchrestien,7ºed,2002
9. COULANGES,Fustel – A Cidade Antiga,Martins Fontes,2000
10. DE MATTIA , Fábio Maria –Direitos da Personalidade :Aspectos gerais – in: Revista de Direito Civil,Imobiliário,Agrário e Empresarial ano 2 jan/mar 1978
11. DIAS, Maria Berenice – União Homossexual O Preconceito e a Justiça, editora livraria do Advogado,2000
12. _____ – Homoafetividade o que diz a justiça! Livraria do advogado editora,2003
13. DINIZ, Maria Helena – O Estado atual do Biodireito,Saraiva,2001
14. _____ Curso de Direito Civil Brasileiro,volumes 1 e 6, Saraiva,200
15. _____ Novo Código Civil Comentado,Saraiva,2002
16. FACHIN,Luiz Edson – Aspectos jurídicos da União de Pessoas do Mesmo sexo, RT vol 85 nº732 out 96
17. _____ Elementos Críticos do direito de Família.RJ,Renovar,1999
18. _____ direito de família,2ºed,Renovar,2003
19. FALLIS D.Bruce e ASHWORTH,Robert D. –Histologia Humana , edart , 1975
20. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco e DIAFÉRIA, Adriana – Biodiversidade e Patrimônio Genético no direito ambiental brasileiro, Max Limonad,1999
21. FRANÇA,Rubens Limongi-Do Nome Civil da Pessoa Natural,ed RT,vol 567
22. _____ - Direitos da Personalidade Coordenadas Fundamentais,Revista do Advogado nº 38
23. _____ - Direitos Privados da Personalidade , in: Revista dos Tribunais ano 55 ago 1966 vol 370
24. FRIGNET,Henry – O Transexualismo,ed Companhia de Freud,2000
25. FUJITA,Jorge Shiguemitsu – Curso de Direito civil – direito de família,2ºed, ed Juarez de oliveira,2003
26. GOGLIANO,Daisy – Direitos Privados da Personalidade , SP,1982 – tese apresentada ao departamento de direito civil da Universidade de São Paulo em 1982
27. _____ O Direito ao Transplante de órgãos e tecidos humanos, tese apresentada ao departamento de direito civil da Universidade de São Paulo em 1986
28. GUYTON,Fisiologia Básica, ed Interamericana,1978
29. HARPER,Harold,Rodwell,Victor e Mayes,Peter -Manual de Química fisiológica,ed Ateneu, 5ºed,1982
30. HIRONAKA,Giselda Maria Fernandes Novaes – Família e Casamento em Evolução.Revista Brasileira de Direito de Família,Porto Alegre:Síntese,1999

31. KLABIN,Aracy Augusta Leme – Aspectos jurídicos do transexualismo,dissertação de mestrado,USP 1977
32. MALUF,Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus –Direito da Personalidade no Novo Código Civil e os elementos genéticos para a identidade da pessoa humana- Novo Código Civil Questões Controvertidas , ed Método,2003
33. MARTINS, Antônio Carlos – Bioética e Diagnóstico Pré – Natal, Coimbra editora,1996
34. MAZEAUD et CHABAS- Leçons, Paris ,Montchrestien,tit I et II
35. MORAES,Walter – Direito da Personalidade in : Enciclopédia Saraiva de Direito nº26
36. OLIVEIRA,Silvério Costa de – Transexualismo, endereço eletrônico site www.sexodrogas.psc.br
37. PEREIRA,Rodrigo da Cunha – A sexualidade vista pelos tribunais,2ºed,Del Rey,2001
38. _____ Direito de Família : uma abordagem psicanalística. Belo Horizonte, Del Rey,1997
39. PERONA,Javier López-Galiacho – La problemática jurídica de la transexualidad,Mc Graw Hill, Madrid, 1998
40. PINTO FERREIRA – Personalidade-I in : Enciclopédia Saraiva de Direito nº58
41. ROLIM,Luiz Antonio –Instituições de direito romano,2ºed,RT,2003
42. RUGGIERO,Roberto de – Instituições de Direito Civil,vol 1 , Saraiva, tradução de Ary dos santos,1935
43. RUGGIERO-MAROI – Istituzione di Diritto Privato,1940
44. SÁ,Maria de Fátima Freire de – Biodireito,Del Rey,2002
45. SAN TIAGO DANTAS – Programa de Direito Civil , teoria geral,ed forense,3ºed, atualizada por Gustavo Tepedino,Antonio Carlos de Sá,Carlos Edison do Rego Monteiro e Renan Miguel Saad
46. SANTORO-PASSARELLI,Francesco- Dottrine Generali del Diritto Civile,Napoli,casa editrice dott Eugenio Jovene,1954
47. SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos- Biodireito Ciência da vida, os novos desafios,ed RT,2001
48. _____ O Equilíbrio do Pendulo – A Bioética e a Lei implicações médico legais,Ícone Editora,1999
49. SILVA, Regina Beatriz Tavares da- Novo Código Civil Comentado,Saraiva,2002
50. TELLES JR,Goffredo da Silva – Direito Subjetivo in: Enciclopédia Saraiva de Direito, vol 28
51. VENOSA, Silvio de Salvo – Direito Civil,parte geral,ed Atlas,2003
52. _____ Direito Civil, direito de família,ed Atlas,2003
53. VIANA,Rui Geraldo Camargo e Nery, Rosa Maria de Andrade- Temas atuais de direito civil na Constituição Federal, SP,ed RT,2000