

Sete Chefes contra Tebas: a ponderação de interesses nos transplantes de órgãos e tecidos "post mortem"

¹Deise Zalsizeski Pereira

“Em um tempo em que os deuses habitavam o Olimpo e os mortais viviam nas terras banhadas pelo Egeu, nos vales da Lacônia ou nas planícies da Beócia surgiu o mais belo exemplo de amor filial e fraternal que a mitologia grega nos legou: Antígona, a filha de Édipo e Jocasta e irmã de Etéocles e Polinice.

A jovem, fruto do famoso incesto, acompanhou seu pai pela dolorosa trajetória após a expulsão de Tebas. Morto Édipo, Antígona retornou a Tebas, convulsionada pela disputa do trono entre Etéocles e Polinice, que haviam combinado dividir o poder, alternando-se na direção da cidade após um ano de governo. Etéocles, descumprindo o pacto, não entregou o poder ao irmão, o qual aliou-se aos reinos inimigos, marchando em direção à cidade, dando origem à expedição dos Sete Chefes contra Tebas.

Sitiada a cidade e com vitórias e derrotas de ambos os lados, decidiram os generais que a disputa entre os dois irmãos deveria ser decidida em um único combate entre eles. Nesse combate, os dois quedaram mortos, o que deu causa ao reinício da luta dos tebanos para a expulsão dos invasores. Tebas acabou vencendo e os inimigos deixaram nos campos de batalha seus mortos insepultos.

Então, Creonte, tio dos príncipes mortos, assumiu o poder na cidade, ordenando que Etéocles fosse sepultado com todas as honras militares e que o corpo de Polinice, o príncipe aliado dos invasores, fosse deixado no campo de batalha, à espera dos abutres, proibindo seu sepultamento, sob pena de morte do transgressor. O terrível edito, privando Polinice do sepultamento, revoltou Antígona e essa, apesar das súplicas dos conterrâneos, resolveu desobedecê-lo e enterrou o corpo do irmão com as próprias mãos. O ato corajoso e digno custou-lhe a vida, pois descoberta durante o sepultamento foi condenada à morte por desobediência à ordem do edito, tendo sido encerrada viva em uma tumba rochosa e suicidou-se.

Essa tragédia, tão bem descrita por Sófocles, pode ser vista por três ângulos: o do afeto extremado de uma irmã pelo irmão, que enseja uma relação de amor e como relação de amor não pôde ser alcançada pela lei (edito de Creonte), porque o amor, já em tempos imemoriais, não se deixava forçar pela lei; o de uma relação de dominação do vencedor sobre o vencido – ainda que morto – sujeito, portanto, a uma punição (cadáver deixado aos abutres); e o de uma relação jurídica, se assim podemos defini-la, entre Antígona – a súdita e o reino de Tebas, representado por Creonte – e o Estado, o qual estabeleceu punição para a desobediência de seus súditos. Antígona, utilizando-se de seu direito de resistência, infringiu a ordem, mas garantiu a integridade do cadáver do irmão, ao mesmo tempo tendo defendido a memória e dignidade do morto, dignidade, aqui, na condição inerente ao ser humano (BOLSON, 2004, p. 130-132).

1 – Considerações iniciais

Traçando paralelo com os dias atuais, Antígona – heroína grega – insurrecionou-se corajosamente contra a violação de direitos da personalidade, hoje assim denominados, como o direito ao corpo, direito ao sepultamento. Direitos estes estendidos, inclusive, para depois da morte do indivíduo.

¹ Advogada e Assessora na Procuradoria Geral do Município de Içara/SC.

Com este conto da mitologia grega, alertamos para a atenção e a contínua atualidade do tema – direitos da personalidade – com foco no princípio fundamental da proteção da dignidade da pessoa humana, intrínseco ao cerne deste artigo, que é justamente sua implicação nos transplantes de órgãos e tecidos “*post mortem*” e a ponderação de interesses que o caso envolve.

Nas últimas décadas, a sociedade tem presenciado o enorme avanço científico, em especial no campo da biotecnologia, com o fito de garantir e prolongar a vida humana; e, quando a ciência se debruça à garantia da vida, surgem celeumas de cunho ético, moral e legal.

Uma das técnicas desenvolvidas pela ciência para garantir e prolongar a vida humana são os transplantes de órgãos e tecidos, que podem ser “*inter vivos*”, como “*post mortem*”. Esta última modalidade é, justamente, a mais polêmica.

O objetivo do presente artigo é analisar a questão do consentimento “*post mortem*” nos transplantes de órgãos e tecidos sob enfoque da ponderação de interesses existentes no caso.

O trabalho justifica-se pela constatação de conflito de interesses existentes no caso: de um lado, a família do potencial doador que visa preservar o corpo do falecido; de outro, milhares de pessoas doentes à espera de um fio de vida. Verifica-se assim, a necessidade de chegar-se a uma solução mais justa e descobrir qual o método mais adequado para alcançar essa solução.

Neste artigo, **elaboram**-se conceitos básicos e é delineada a evolução histórica-legislativa dos transplantes. Após, analisa-se a relação com os direitos da personalidade, a natureza do corpo humano, conceitos operacionais do consentimento “*post mortem*” e **expõem**-se as incongruências da Lei dos Transplantes. Por derradeiro, aponta-se a ponderação dos interesses como método adequado para solucionar o conflito de interesses, com base nos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana, no qual prevalece o direito à vida.

2 – Conceituação e evolução histórica dos transplantes de órgãos e tecidos

A palavra “transplante” provém do latim “*transplantare*”, e consiste na transferência de órgãos ou porção deste de uma parte para outra parte do mesmo indivíduo, ou ainda, de um indivíduo (vivo ou morto) para um outro indivíduo (BANDEIRA, 2001, p. 27).

No que tange à evolução histórica dos transplantes, percebe-se que, a longa data, a humanidade insiste em garantir e prolongar a vida. A história dos transplantes de órgãos e tecidos trilhou os mesmos caminhos da medicina, iniciando com a assistência hospitalar no Ocidente, com o advento da Cristianismo em Roma, explica Leite (2000, p. 103).

Estudos arqueológicos no Egito, Roma, e mesmo na América Pré-colombiana comprovam a prática de transplantes de dentes. Os hindus provêm as primeiras técnicas de reconstrução do nariz, por volta de 750-800 anos antes de Cristo, com pele oriunda da testa, lançando veredas na reconstrução facial (LEITE, 2000, p. 104).

Nos séculos XV e XVI, leciona Leite (2000, p. 104), foram descritos intentos de transplantes, sem sucesso, devido os rudimentares procedimentos e infecções. Foi com a cirurgia moderna, com instrumentais adequados, anestesia,

antibióticos, imunossuppressores que se começa a obter êxito nessas intervenções cirúrgicas. Contudo, o sucesso em transplantes, inicia-se 1954 (em Boston), com transplante de rim, relata Diniz (2001, p. 246).

A *revolução biológica*, fruto da descoberta do DNA, em 1953 e o *movimento dos direitos humanos*, nas décadas de 60 e 70, foram essenciais para o desenvolvimento dos transplantes de órgãos e tecidos (BANDEIRA, 2001, p. 39).

A técnica cirúrgica dos transplantes espalhou-se por todo o planeta. Em muitos casos é a melhor alternativa, senão a última e única esperança. Assim, o transplante é somente aceitável quando esgotados todos os outros meios possíveis pela medicina.

3 – Evolução legislativa dos transplantes de órgãos no Brasil

O avanço científico e o êxito nas cirurgias de transplantes forçaram atitude legislativa.

O primeiro diploma legal foi a Lei n.º 4.280, de 6 de novembro de 1963, que era absolutamente restritiva. Previa apenas possibilidade de realização de transplantes “*post mortem*,” mediante autorização por escrito do potencial doador e ainda, a não oposição do cônjuge; familiares (enumerados na Lei); comunidade religiosa e civil a qual pertencia o doador.

Surge a Lei n.º 5.479, de 10 de agosto de 1968, revogando a lei acima, permitindo também a doação “*inter vivos*”, porém, esbarrava em vários obstáculos terminológicos.

Com a Constituição Federal de 1988 intensifica-se a tendência contemporânea da valorização da *autonomia* da vontade do indivíduo quanto à disposição corporal.

Em 18 de novembro de 1992 é publicada a Lei n.º 8.489 e no mesmo ano, é publicada a Lei n.º 8.501, regulando sobre a disposição de cadáveres não reclamados para utilização de pesquisa científica.

Grupos organizados da sociedade passam a provocar reflexão do Congresso Nacional a fim de atenuar as rigorosas exigências legais e cobrir o déficit de órgãos e tecidos destinados para transplantes. E, assim, nasce em 4 de fevereiro de 1997 a famosa Lei n.º 9.434, que não permite aos familiares suprirem nem se oporem ao consentimento expresso ou presumido do falecido. Adotou-se assim, o consentimento presumido, isto é, aquele que em vida não havia expressado sua vontade no sentido de não permitir a colheita de seus órgãos e tecidos após a morte, em documentos como carteira de identidade, carteira nacional de habilitação, era, a partir de então, um potencial doador. Explícita a intenção do legislador em conferir inteira *personalidade* nos atos de disposição corporal, afastando totalmente a legitimidade da família se manifestar.

De outra banda, surgem movimentos sociais contrários ao consentimento presumido adotado pelo legislador, entre eles a OAB e grupos religiosos. Diante da pressão social, surge a Lei n.º 10.211, de 23 de março de 2001, alterando a Lei n.º 9.434/97, fazendo cair por terra o consentimento presumido e conferindo a família o poder decisório, quando em vida o sujeito não tiver expressado sua vontade (art. 4º), muda-se assim o consentimento presumido para informado.

Em 2002, o Código Civil inova: passa a reger direitos antes nunca abrangidos pelo prisma privatístico e patrimonial, regulando a disposição sobre o corpo

(Parte Geral, Livro I, Título I, Capítulo II). Como muito bem pontua Venosa (2004, p. 158), “trata-se de situação incentivada pelo Estado, a fim de propiciar a vida com órgãos dos que já foram. A doação de órgãos “*post mortem*” não deve ter qualquer cunho pecuniário porque imoral e contrário aos bons costumes”.

4 – Direitos da personalidade e transplantes de órgãos e tecidos – qual a natureza do corpo humano?

A personalidade é um atributo jurídico que retrata as características nucleares da pessoa. A personalidade surge com o nascimento e termina com a morte, em tese, pois, indubitavelmente, há direitos que se estendem mesmo após a morte do indivíduo.

Para Pereira (2002, p. 154), a personalidade não é um direito em si, “de sorte que seria erro dizer-se que o homem tem direito à personalidade”, é ponto de apoio para os direitos e obrigações. A personalidade independe de consciência ou vontade do sujeito, assim, loucos e menores, são tidos como pessoas, logo, dotados de personalidade, é portanto, inseparável do ser humano, explica Pereira (2002, p. 142).

A disposição do corpo humano foi por longa data velada por sanções morais e penais; e o que definitivamente quebrou a unidade entre o homem e o corpo foi o desenvolvimento das ciências biomédicas do século XX, cabendo ao Direito privado proteger esses novos direitos, oriundos das invenções do homem, dentre elas, o transplante de órgãos e tecidos, salienta Gediel (2000, p. 03).

Os direitos da personalidade são extra patrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios e necessários, e opõem-se “*erga omnes*” (GOMES, 2002, p. 152).

Enumera Rodrigues (2003, p. 68-75) os direitos da personalidade, a saber: *dispor do próprio corpo*; tratamento médico; ao nome; proteção à palavra e à imagem e proteção à intimidade.

Segundo Pereira (2002, p. 159), os direitos da personalidade envolvem o direito ao corpo, vivo e morto:

No conceito de proteção à integridade física inscreve-se o direito ao corpo, no que se configura a disposição de suas partes, em vida ou para depois da morte, para finalidades científicas ou humanitárias, subordinado contudo à preservação da própria vida ou de sua deformidade. Pode a pessoa fazer disposições sobre o destino de seu corpo para depois da morte.

Detém legitimidade para proteção dos direitos da personalidade da pessoa falecida, conforme dita o parágrafo único do art. 12 do Novo Código Civil: o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau. Venosa (2004, p. 153-154) atenta ainda para a questão de que não se pode negar a(o) companheira(o), na união estável, o direito de defender os interesses do morto.

Feitas estas considerações, surge a dúvida: *o homem tem o corpo ou o homem é corpo?* Qual a natureza do corpo humano a fim de visualizarmos sua disposição nos casos de transplantes de órgãos e tecidos com eficácia “*post mortem*”?

De plano, cumpre ressaltar que há muita divergência doutrinária quanto ao tema da natureza da disposição cadavérica. Mostra Gediel (2000, p. 175) que a doutrina tem apontado várias classificações sobre sua natureza: “semi-pessoa, bem, coisa fora do comércio, coisa”.

Gomes (2002, p. 155) salienta que para alguns escritores, com a separação das partes, deixaria de ser *direito de personalidade* e passaria a ser de *direito de propriedade*. Mas deixa claro o autor que, na verdade, “não perde sua natureza por ser disponível”.

Chaves (1994, p. 228) frisa que o cadáver é coisa fora do comércio, exigindo o respeito coletivo:

O respeito coletivo pelo cadáver, confortado por antiqüíssimas tradições religiosas, exige a conservação de sua dignidade, o que impede, na concepção ainda vigente, qualquer forma de utilização econômica: trata-se de coisa extra commercium, objeto de um direito privado não patrimonial, de origem consuetudinária, correspondente aos parentes do defunto, **em razão do sentimento de piedade que os liga à pessoa falecida, mais um dever do que direito, não para utilidades dedes, mas para permitir a tributação das últimas homenagens.** (Grifou-se).

Para Orlando de Carvalho (*apud* GEDIEL, 2000, p. 175-176), o cadáver é coisa fora do comércio, que deve ter destino legítimo como: cremação; investigação científica; recuperação de outras vidas, o que é o caso dos transplantes de órgãos e tecidos, este além de legítimo, nobre:

O cadáver é, enquanto despojo de uma pessoa humana, uma coisa, por certo, mas uma coisa ainda nimbada do respeito que todos devem à pessoa viva. Sem dúvida, não o objecto estético em que certa mitologia contemporânea tende a convertê-lo: ‘Live fast, die young and leave a good-looking corpse’. Mas objecto de respeito é, por isso como dizem os juristas, **uma res extra commercium, sobre que têm um direito de pietas (piedade) a família ou os conviventes. Devo dizer que me arrepia algum familiarismo estrito e gentílico que tende a reservar esse direito só para a família legítima, esquecendo-se de que se compete a alguém, segundo o direito natural, é aos que amaram o morto.** Tinha-o Antígona, é duvidoso que o tivesse Ismênia. De todo modo, é o direito-dever de destinar o cadáver a um dos seus fins legítimos: inumação (ou cremação), recuperação de outras vidas, investigação científica. **Por aqui se vê que a colheita de órgãos para fins de transplantação é inteiramente harmônica com o respeito pelos despojos humanos. Na concepção moderna destas coisas, diremos mesmo que é o seu destino mais nobre.** Mas o cadáver não é res nullius, um ‘no man’s land’. O titular do direito de pietas é que pode destiná-lo, salvo se o *de cuius* já o fez em vida ou o fez por testamento. Se o fez, a colheita será perfeitamente consentida – não sendo de exigir uma declaração expressa, bastando qualquer insinuação. Se não o fez, deve em direitas contas, fazê-lo que ex jure amoris tem mais direito ao cadáver. (Grifou-se).

Ensina Junges (1999, p. 207) que a concepção sobre corpo é uma construção social e cultural. Assim, as sociedades ocidentais tinham uma visão sobre o

corpo como anatômico-fisiológica² e na sua evolução, dirigiu-se para uma visão possessiva do corpo – o modelo cultural individualista.

Segundo Junges (1999, p. 76), a palavra corpo possui três significados: o primeiro, como substância material, isto é, totalidade física, por exemplo, o cadáver; o segundo como organismo vivo, ou seja, aos tecidos e órgãos incumbe a missão da vida biológica, vivificam o corpo; e o terceiro que enxerga o corpo como “evento social”. Para arrematar, o ser humano “é dotado de consciência, autonomia, responsabilidade, historicidade e comunicação.” (JUNGES, 1999, p. 106).³

O corpo é “*um bem da personalidade*”, é o que exterioriza alguém, essencial, de tal modo que sem ele não existimos no plano físico, segundo Leite (2000, p. 77).

Afirma Leite (2000, p. 85) que mesmo quando as partes são separadas do corpo, continuam sendo *bens da personalidade*, pertencendo a gama de direitos da personalidade. Tanto é, que é vedada sua comercialização e não são passíveis de aquisição por usucapião, não há direito de seqüela nem de preferência – traços básicos dos direito reais.

Para Junges (1999, p. 118-119), a pessoa “subsiste no corpo”, conseqüentemente, também subsistem no corpo “a dimensão psíquica e espiritual da pessoa”. O corpo é “a manifestação da pessoa na sua totalidade”. E explica o autor que é esta dimensão da vida (corporal, psíquica e espiritual) que faz com que qualquer decisão sobre ela seja difícil de ser tomada e é também a que justifica o fato de expor a integridade física em prol de um bem ainda maior, ato este, que deve estar assentado em pleno consentimento e com “*intenção de solidariedade e beneficência*”.

5 – O consentimento “post mortem” nos transplantes de órgãos e tecidos e as incongruências da Lei n.º 9.434/97

Para a realização dos transplantes são necessárias a *doação* de órgãos e tecidos e a constatação da *morte encefálica*⁴.

No caso de transplantes “*post mortem*”, exige-se que o diagnóstico de morte encefálica seja feito por dois médicos, um pelo menos seja neurologista e nenhum

² A concepção anatômico-fisiológica surgiu no século XVI, resultante de análises de cadáveres, de estudo e secularização do corpo, pois até então, o corpo era sagrado e intocável. Dá-se origem, assim, à separação do sujeito e o seu corpo, posto que, para isso era necessário então diferenciá-lo da pessoa para manipulá-lo. Firma-se, assim, a autonomia do homem para dispor de seu próprio corpo (JUNGES, 1999, p. 207-209).

³ De acordo com o autor supracitado, é necessário compreender filosoficamente o corpo através de uma visão transcendental. Pois, para o mesmo autor, o “corpo é o próprio sujeito”, ou seja, é o que traduz sua “presença exteriorizada no mundo”, é o corpo que identifica a pessoa. De outra banda, “o ser humano não é seu corpo, porque pode tomar distância e transcender os limites do corpo, projetar-se para além de sua presença imediata no mundo” (JUNGES, 1999, p. 78-79).

⁴ Leciona Leite (2000, p. 137; 140-141) que a primeira definição clássica sobre morte do ser humano se deve à Hipócrates, 500 anos antes de Cristo, o qual retratava-se pelas modificações do rosto no período imediato após a morte. Para os gregos, a morte se dava quando ocorria a parada cardíaca. Para a tradição judaico-cristã, o que indicava a morte era o pulmão. Até três ou quatro séculos, para constatação da morte havia necessidade da visualização dos fenômenos da putrefação cadavérica. Porém, os progressos da ciência, a possibilidade da reanimação dos batimentos cardíacos e aparelhos para manter artificialmente a respiração, provocaram uma reviravolta na definição de morte. Predomina hoje o conceito de morte encefálica e é este o conceito adotado pela legislação brasileira.

deles pode fazer parte da equipe médica que faz transplantes. O diagnóstico de morte encefálica é um exame clínico, mas a legislação brasileira exige que este diagnóstico deva ser confirmado com outro método de análise: eletroencefalograma, angiografia cerebral, entre outros. Em alguns países essa exigência não existe. A princípio, a morte encefálica pode ser diagnosticada em qualquer hospital, posto que o diagnóstico é clínico. Todavia, alguns hospitais não têm condições de complementar esse diagnóstico com um exame laboratorial, conforme exige a legislação pátria. Entretanto, desde que haja necessidade, uma equipe médica e equipamentos podem ser deslocados de um hospital para outro (ABTO, 2005).

É necessário identificar o potencial doador, constatar-se a morte encefálica, avisar família do óbito e a Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos da Região, que consulta a lista única e indica o receptor compatível. Solicita-se o consentimento da família para, então, se proceder a remoção dos órgãos e tecidos. Por tais razões, o processo de colheita de órgãos e tecidos é tão difícil, frisa Bandeira (2001, p. 105).

O consentimento é a manifestação da vontade. Deve-se destacar que a vontade está assentada no princípio da autonomia. O princípio da autonomia requer que todas as demais pessoas respeitem a escolha e os atos da pessoa, porque são autônomos, devido às pessoas se auto governarem, reconhece ao paciente o domínio sobre sua própria vida.⁵

Clotet (2003, p. 78) explica que autonomia é autodeterminação da vontade, que, porém, não é ilimitada, eis que será ilícito se atentar contra à vida ou próprio corpo, contrariar a norma legal, os bons costumes e os princípios da ordem pública.

Na modernidade o direito de autodeterminação é reforçado, possibilita ao sujeito propiciar mais qualidade de vida para si e para os outros. De tal sorte, pontua Junges (1999, p. 114, 118-119), que “o sacrifício da integridade física própria ou alheia só se justifica fundado num consentimento autônomo e numa intencionalidade de solidariedade e beneficência”.

O consentimento, para surtir efeitos jurídicos, tem que preencher certos requisitos, que consistem em: capacidade, ausência de vícios⁶ e licitude do objeto e da causa. Quanto à forma, geralmente não se exige uma determinada para o consentimento, salvo quando a lei exigir forma essencial para sua validade.

De acordo com o art. 4º da Lei n.º 9.434/97, com redação dada pela Lei n.º 10.211/01, a retirada de órgãos e tecidos da pessoa falecida dependerá da autorização do cônjuge ou parente (maior de idade), sendo que é obedecida a linha sucessória, seja reta ou colateral, inclusive até o segundo grau.

O art. 14 do Código Civil fixa a validade da disposição do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte, sendo que o ato pode ser revogado a qualquer momento. Porém, na prática médica, mesmo quando se sabe da vontade do doador em doar ou não seus órgãos será consultada a família, e adotar-se-á a vontade desta.

⁵ A fundamentação deste princípio está arraigada as idéias de Locke e de Kant, remonta a história do pensamento ético dos séculos XVII e XVIII (CLOTET, 2003, p. 24 e 168).

⁶ O consentimento não pode estar viciado por erro (art. 138 e seguintes do Novo Código Civil), dolo (art. 145 e seguintes do mesmo diploma), coação (art. 151 e seguintes do Código Civil), estado de perigo (art. 156) e lesão (art. 157), sob pena de anulabilidade.

O direito à disposição cadavérica, sob o ângulo da finalidade, pode ser igualmente exercido para escolher o tipo e lugar do cerimonial fúnebre (o chamado “direitos às exéquias”), bem como autorizar a extração e utilização de “elementos cadavéricos” para terceiros com fins terapêuticos ou científicos (GEDIEL, 2000, p. 187).

Quando o próprio sujeito manifesta sobre a disposição, tem-se o exercício de “[...] um verdadeiro direito subjetivo da personalidade, que se concretiza por meio da prática de atos jurídicos, cuja eficácia se verifica ‘post mortem’ do sujeito” (GEDIEL, 2000, p. 188). Já nos regimes jurídicos que estabelecem que terceiros decidirão sobre a colheita de órgãos e tecidos ou não do falecido, reconhece-se que há um “direito subsidiário”, normalmente conferido aos familiares e íntimos do potencial doador, explica Gediel (2000, p. 188).

Nos termos do art. 4º da Lei n.º 9.434/97, em redação dada pela Lei n.º 10.211/01, é necessário que a família autorize a colheita de órgãos e tecidos da pessoa falecida. Portanto, o contato com a família deve ser cauteloso, posto que é feito em momento doloroso, quando os familiares têm a notícia da morte encefálica. Da habilidade quando da solicitação da doação depende o êxito em maior número possível de órgãos e tecidos para fins de transplantes ⁷ (BANDEIRA, 2001, p. 138).

Ponto relevante traz à temática Albrecht, que quando da substituição do consentimento do doador pelo da família “[...] surge a questão de saber como era o relacionamento deste com seus familiares, sobretudo nos casos em que este não era o melhor” (BANDEIRA, 2001, p. 139).

A Lei n.º 9.434/97, quando surgiu, adotava o consentimento presumido. Porém, essa lei foi alterada pela Lei n.º 10.211/01, e adotou-se então, o consentimento informado. Ocorre que a Lei n.º 10.211/01 revogou todos os parágrafos do art. 4º da Lei n.º 9.434/97, que cuidava da forma da manifestação em vida do doador.

Todavia, o Código Civil de 2002, em seu art. 14, dispõe que a pessoa pode dispor de seu corpo para depois da morte. Portanto, se o potencial doador em vida manifestou-se, sua vontade deve prevalecer e não a da família. Daí então, nas palavras de Venosa (2004, p. 159):

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

Bandeira (2001, p. 139) menciona que há corrente que diz que não compete aos familiares decidir sobre o corpo do seu ente, pois eles têm legitimidade apenas para decidir sobre tipo e local de enterro, mesmo porque ao se perguntar à família qual a

⁷ Cumpre frisar ainda que é vedada a remoção de órgãos e tecidos “post mortem” de pessoas não identificadas, conforme disposto no art. 6º da Lei n.º 9.434/97.

vontade do potencial doador, corre-se o risco de ser manifestada a vontade da família e não a do possível doador.⁸

Leciona Gediel (2000, p. 90) que, para a parte da doutrina que entende serem os direitos da personalidade *intransmissíveis*, não haveria qualquer direito para ser transmitido aos familiares, caso contrário, resultar-se-ia em uma espécie de “*repersonalização do cadáver*”, o que em tese contraria o Código Civil, que estabelece que a personalidade jurídica finda-se com a morte.

O transplante de órgãos e tecidos, quando realizado “*post mortem*”, assevera Bandeira (2001, p. 157):

[...] não se trata mais de integridade física, mas do espaço de autonomia ética da pessoa, de um direito de autodeterminação a ver respeitadas as suas determinações para depois da morte. Há, portanto, uma impossibilidade de se considerarem os direitos de personalidade um morto, porém, isso não implica que a garantia de proteção à dignidade humana cesse necessariamente. Pode-se dizer que existe um prolongamento da personalidade após a morte.

Atente-se ainda que a legislação brasileira que dispõe sobre a retirada de órgãos e tecidos possui lacunas. À título de ilustração, não há regulamentação nos casos de *não consenso entre os familiares*, por exemplo: a pessoa falece, o pai do “*de cujus*” manifesta-se pela não extração dos órgãos e tecidos e a mãe, por sua vez, é favorável, ou vice-versa. Qual decisão prevalecerá e como será obtida? A nossa lei silencia.

Nossa legislação não determina *quem solicitará a autorização* para a colheita de órgãos e tecidos, a exemplo, se cabe ao médico, a enfermeira, etc.

Merece destaque a questão da *legitimidade* dos familiares. Conforme a Lei dos Transplantes cabe ao cônjuge ou parente, maior de idade, tendo em vista a ordem sucessória, reta ou colateral, até o *segundo grau* inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte. No entanto, para proteção dos direitos da personalidade da pessoa falecida, o Código Civil confere legitimidade ao cônjuge ou qualquer parente, em linha reta ou colateral até o *quarto grau*.

E por derradeiro, a Lei n.º 10.221/01, que altera a Lei n.º 9.434/97, revogou os parágrafos do art. 4º, que regulamentava a manifestação da vontade do doador. Assim, afirma Venosa (2004, p. 158-159) que se o doador manifestou-se em vida num sentido ou em outro, sua vontade deve ser soberana, cabendo à família acatar, conforme o art. 14 do Novo Código Civil.

6 – Ponderação de interesses nos transplantes de órgãos e tecidos “*post mortem*”: de um lado, a vontade da família de preservar o corpo do *de cujus*; de outro, o direito à vida das pessoas doentes

Os princípios são “conquistas éticas da civilização” e, estejam expressos ou não na lei, aplicam-se aos casos concretos, explica Portanova (2003, p. 14).

⁸ Para maior parte da doutrina e jurisprudência portuguesa, os familiares do falecido não dispõem de “direito subsidiário de decisão”, quando em vida não se manifestou o potencial doador sobre colheita de seus órgãos e tecidos após sua morte, salienta Leite (2000, p. 97).

É clássica discussão jurídica sobre distinção existente entre princípios⁹ e regras. Como este não é foco central, não se adentrará nesta seara, porquanto, será adotada a tese de Alexy (2002, p. 86-87), que ensina que princípios são *mandados de otimização*, que podem ser cumpridos em grau e medida, ditadas pelas possibilidades *fáticas e jurídicas*. Regras e princípios distinguem-se não apenas gradualmente, mas especialmente, qualitativamente, haja vista que as regras prescrevem um comando, que deve ser cumprido exatamente como ela exige, nem mais nem menos, enquanto os princípios são abertos e amplos, que possibilitam ponderações de acordo com caso concreto (ALEXY, 2002, p. 86-87).¹⁰

No confronto entre regras, elas não subsistem, excluem-se. O método para eliminação da antinomia¹¹ se dá através de três critérios: 1) a lei posterior revoga a anterior – critério cronológico; 2) a lei superior revoga a inferior – critério hierárquico; e 3) a lei especial revoga a geral – critério da especialidade (TOURINHO, 2004, p. 57).

De outra banda, no caso de conflito entre princípios, não ocorre o mesmo, posto que princípios não se excluem. De tal sorte que o conflito será resolvido por meio do “procedimento de ponderação”, com aplicação dos princípios confrontantes no caso concreto, observadas as limitações que o peso de cada um deles possui, assevera Tourinho (2004, p. 57). Em suma, na lição de Alexy (2002, p. 89), conflitos entre regras, se resolvem na dimensão da validade, já colisão de princípios a solução se dá na dimensão de peso.¹²

Embora haja proximidade entre proporcionalidade e razoabilidade, são distintas, conforme alerta Silva. Este último é tido como a qualidade dos valores que se buscam no caso concreto e aquele é a exigência de proporcionalidade relativamente à conformidade que deve haver entre os meios utilizados e fim objetivado (TOURINHO, 2004, p. 97).¹³

⁹Elenca Bonavides (2004, p. 284) três funções básicas dos princípios: 1) fundamentadora: constituem o fundamento da ordenamento jurídico; 2) interpretativa: os princípios norteiam o intérprete nas soluções jurídicas do caso concreto, indicando ainda, os valores consagrados pelo ordenamento jurídico; 3) supletiva: cabendo assim aos princípios suprir as omissões existentes nas regras jurídicas.

¹⁰ Alexy (2002, p. 86-87): “...los principios son mandatos de optimizacion, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contiene determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio”.

¹¹ Antinomia é nome que se dá ao confronto de regras que não são harmônicas entre si, devendo então operar-se a exclusão de uma ou mais delas.

¹² Alexy (2002, p. 89): “*Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios-como sólo pueden entrar en colisión principios válidos- tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso.*”

¹³ A exemplo, Di Pietro (2003, p. 81) compreende estar o princípio da proporcionalidade contido no princípio da razoabilidade, posto que se houver desproporcionalidade entre os meios e os fins a serem atingidos, não haveria como falar-se em razoabilidade. Igual norte segue Mello (2002, p. 93), que assevera ser o princípio da proporcionalidade uma “faceta do princípio da razoabilidade”. Para Meirelles (2005, p. 93) “a razoabilidade envolve a proporcionalidade, e vice-versa”.

É nos casos de conflitos entre princípios ou entre princípios e regras jurídicas, justamente, que o princípio da proporcionalidade ganha maximização, nas palavras de Palermo (2002, p. 327).

Neste sentido, arremata Barros (2003, p. 30):

A exigência de uma ponderação de interesses em conflito, como demonstrar-se-á, requer do legislador uma tarefa de concordância prática entre os direitos em jogo, de maneira a impedir o sacrifício de um em relação ao outro. Nesse delicado procedimento, **o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro técnico: por meio dele verifica-se se os fatores de restrição tomados em consideração são adequados à realização ótima dos direitos colidentes ou concorrentes. Afinal, o que se busca é a garantia aos indivíduos de uma esfera composta por alguns direitos, tidos por fundamentais, que não possam ser menosprezados a qualquer título.** (Grifou-se).

O princípio da proporcionalidade é constituído por três outros sub-princípios, a saber: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (Alexy, 2003). O sub-princípio da adequação (ou conformidade) reza que a medida adotada para atingir determinado fim deve ser apropriada, salienta Dilguerian (2004, p. 181). O sub-princípio da necessidade (ou exigibilidade) prima pela menor ingerência possível, frisa Ávila (2004, p. 373). O sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito é o que trata de verificar se o dano causado a um direito em prol de outro se justifica pelo objetivo (BUECHELE, 1999, p. 134). Assim, a proporcionalidade constitui um “macroprincípio”, que é empregado na ponderação e ainda flexibiliza os direitos fundamentais e outros princípios, a fim de apresentar uma solução para o conflito (BRAGA, 2004, p. 95).

É freqüente o choque, no exercício dos direitos fundamentais, entre eles mesmos e também o conflito desses direitos com outros também consagrados pela Constituição. A esse “*fenômeno*” a doutrina denomina “colisão de direitos fundamentais” (FARIAS, 2000, p. 186).

A colisão de direitos fundamentais pode ser compreendida de forma estrita e ampla. Em sentido amplo, quando as colisões de direitos fundamentais se dão com quaisquer norma ou princípios, são as colisões de direitos fundamentais com bens coletivos, como exemplo apresenta-se o caso de proibir o proprietário de certa atividade em terreno que prejudica a água. Colisões de direitos fundamentais em sentido estrito¹⁴ é

¹⁴ Subdivide Alexy (1999, p. 69-71) as colisões de direitos fundamentais em sentido estrito em: a) Colisões de direitos fundamentais idênticos: há quatro tipos. O primeiro, quando se afeta o mesmo direito fundamental de ambos os lados, como direito de defesa liberal, a título de exemplo, dois grupos políticos que pretendem se apresentar no mesmo local e data, havendo o perigo de choques. O segundo, trata-se do mesmo direito fundamental, mas o de um é como direito de defesa liberal e o do outro é como direito de proteção, exemplo claro disso, é quando se atira no detentor para salvar a vida do refém. O terceiro tipo ocorre nos casos do mesmo direito fundamental, direitos estes que muitas vezes possuem lado negativo e outro positivo, como exemplo tome-se o direito de ter e praticar uma religião e o direito de não ter e de ser livre de sua prática. E o quarto, quando colidem-se os mesmos direitos fundamentais de titulares diferentes, incrementando à questão jurídica elementos fáticos, exemplo nítido ocorre nos casos de custas processuais quando parte é rica e outra é pobre. b) Colisões **de direitos fundamentais de direitos fundamentais diferentes**: ocorre quando diferentes titulares de direitos fundamentais colidem direitos fundamentais diferentes, por exemplo, o confronto entre o titular de direito de liberdade de expressão e o outro indivíduo, titular do direito de intimidade (ALEXY, 1999, p. 69-71).

quando a realização de direito fundamental de um titular de direitos fundamentais implica em efeitos e conseqüências negativas sobre os direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais, direitos fundamentais estes que podem ou não ser os mesmos, ensina Alexy (1999, p. 69-71).

As colisões de direitos fundamentais são colisões de princípios, resolvem-se pela ponderação. Assim, é intrínseca a ligação entre ponderação e princípios:

Princípios e ponderações são dois lados do mesmo objeto. Um é do tipo teórico-normativo, o outro, metodológico. Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações. A discussão sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, uma discussão sobre a ponderação (ALEXY, 1999, p. 75).

Igualmente pontua Branco (2002, p.182) que “os conflitos de direitos fundamentais reconduzem-se a um conflito de princípios.”

A idéia de ponderação sempre esteve associada ao sentido de justiça. Tanto é, que o símbolo da justiça é uma deusa, com uma venda nos olhos, que carrega consigo uma balança, por meio da qual pesa e compara direitos e interesses, aviva Sarmento (2000, p. 19).

Para Alexy (2002, p. 90), a relação de tensão entre os bens garantidos constitucionalmente não pode ser resolvida, priorizando absolutamente um em detrimento de outro, mas sim, por meio de uma ponderação dos interesses opostos, na qual se verifica qual o interesse de maior peso no caso concreto.¹⁵

A ponderação não é apenas um elemento do procedimento de interpretar e aplicar normas de modo a dar um significado à norma e à decisão. E sim um mecanismo de caráter hermenêutico-jurídico, com elaboração de critérios, diante de dados normativos e reais para alcançar a solução mais justa, é:

[...] um modelo de verificação e tipicização da ordenação de bens em concreto. Não é, de modo algum, um modelo de abertura para uma justiça “casuística”, “impressionística” ou de “sentimentos”. Precisamente por isso, é que o método de balancing não dispensa uma cuidadosa topografia do conflito nem uma justificação da solução do conflito através da ponderação (CANOTILHO, 2002, p. 1224-1225).¹⁶

¹⁵ Alexy (2002, p. 90): “Esta relación de tensión no podía ser solucionada em en sentido de una prioridad absoluta de uno de estos deberes del Estado, ninguno de ellos poseería “prioridade sin más”. Más bien, el “conflicto” debería ser solucionado “a través de una ponderación de los intereses opuestos”. En esta ponderación, de lo que se trata es de la ponderación de cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso caso concreto[...]”.

¹⁶ A topografia de conflitos é a descrição de um determinado direito ou interesse, em um caso específico, segundo a norma que o regulamenta, ou seja, cumpre analisar se um direito se sobressai a outro e em que medida e ainda, qual espaço sobra a ambos os bens em conflito, excluída a zona de sobreposição. Serve, então, para traçar a área normativa dos bens em relações de tensão. Desta forma, na primeira etapa, os conflitos se resolvem pelo “teste de razoabilidade”, segundo o qual se opera pelo método de exclusão de conflito de bens pelo fato de um dos direitos pleiteados não se constituir em direito protegido por uma norma constitucional (CANOTILHO, 2002, p. 1225).

Portanto, são pressupostos básicos da ponderação: a existência de pelo menos dois direitos ou bens, protegidos juridicamente, que por conta das circunstâncias do caso, não podem ser realizados em toda sua potencialidade e, em concorrência, necessita a inexistência de regras de prevalência, implicando assim em verificar e ordenar em cada caso específico qual irá prevalecer e, por último, justificar e motivar a regra de prevalência parcial estipulada na ponderação, com base em princípios constitucionais como igualdade, justiça e segurança jurídica (CANOTILHO, 2002, p. 1226).

Nas palavras de Canotilho (2002, p. 1227), a ponderação é estrutura axiológica, devido ao seu peso, e móvel, eis que válida somente no caso concreto dos princípios. Assim, não há uma resposta pré-definida que indique qual deles prevalecerá no caso de conflito, de tal sorte que deverá ser analisado o caso concreto, conferindo-se a unicidade da Constituição, a fim de evitar a exclusão de um princípio frente outro, escreve Stumm (1995, p. 59). Em igual norte Steinmetz (2001, p. 143) sintetiza que “[...] a ponderação de bens deve ser uma ponderação concreta de bens”.

Quanto ao controle da ponderação, a justa medida dependerá do caso concreto, afirma Stumm (1995, p. 85). Mas nem por isso, a ponderação significa insegurança de limites. Muito pelo contrário, visa *racionalizar* o sistema jurídico a fim de garantir convívio social, e acima de tudo, convivência ética da sociedade.

Daí a necessidade de forte motivo para prevalecer um direito em face de outro. Conforme explica Ávila (2004, p. 374) “[...] quanto maior for a restrição causada a um direito fundamental, maior deverá ser a sua razão justificativa”.

Para Sarmiento (2000, p. 74) é a *dignidade da pessoa humana*¹⁷ o principal critério substantivo que guia a ponderação de interesses, protegidos constitucionalmente. A dignidade da pessoa humana é a vertente de todos os direitos fundamentais (SARLET, 2001, p.100).

Chega o momento de desenrolar o fio de Ariadne.¹⁸

Qual interesse prevalecerá: o da família do potencial doador falecido – que em vida não se manifestou – que quer preservar o corpo do “*de cuius*”, optando pela não colheita dos órgãos e tecidos? Ou das milhares de pessoas doentes que aguardam meses e até anos por um órgão ou tecido, para garantir ou prolongar a vida, sendo que muitos falecem antes mesmo de realizar a cirurgia (última, senão única saída para o paciente)?

Os argumentos da família são vários: usurpação dos órgãos e tecidos pelo Estado, que estaria ferindo a dignidade da pessoa falecida; temeridade por possíveis abusos; doação como ato voluntário, como o próprio nome sugere, dotado de generosidade, solidariedade e humanidade. Além disso, a família acredita que deve ser consultada por tratar-se de assunto ético e moral. A questão da religião também influi

¹⁸ Conforme conta a mitologia grega, quando Teseu e jovens atenienses enfrentaram o mar em direção a Creta, sabiam que encontrariam pela frente o temível Minotauro – fruto dos amores da rainha Pasífile com um touro, era metade homem, metade touro. Dédalo construiu um labirinto a pedido de Minos, onde era mantido encerrado o Minotauro. Ariadne, filha do rei, entregou ao herói um novelo de fio branco, o qual deveria ser desenrolado na ida e servir de fio condutor para sair do labirinto. E assim o fez Teseu, após findada a vida da fera. (POUZADOUX, 2001, p. 231-234).

nesses casos, exemplo claro disso é o pensamento dos mulçumanos que acreditam que cada ser tem o tempo de vida determinado. A falta de estrutura do sistema de saúde pública (RAMOS, 1999); o medo dos populares de serem dados como mortos quando na verdade ainda não, apenas para conseguir órgãos e tecidos, são razões para a família não permitir a extração de órgãos e tecidos.

De outra banda, as pessoas doentes, que aguardam em uma fila gigantesca por um órgão ou tecido à espera de um fio de vida, visualizam como razões o direito à vida, à vida digna, à saúde. A existência de órgãos e tecidos para transplantes não incentivaria o tráfico de órgãos e tecidos, muito pelo contrário, se houvesse órgãos e tecidos disponíveis não haveria necessidade do tráfico. O destino dos órgãos e tecidos para transplantes após a morte não fere a dignidade humana, eis que é um fim legítimo e nobre do corpo (RAMOS, 1999).

Estabeleceu-se, neste caso, uma colisão de direitos fundamentais, pois ambos direitos são protegidos constitucionalmente. Sua solução, portanto, deverá ser alcançada através do método da ponderação de interesses.

Assim, o direito à vida pode colidir com o direito a dignidade da pessoa humana, nos casos de transplantes de órgãos e tecidos, aponta Kloepfer (2005, p. 156-157):

[...] eles também podem entrar em conflito entre si no sentido de uma colisão de direitos fundamentais. Onde esse conflito se manifesta, porque a vida de um entra em confronto com a dignidade do outro (por exemplo, na doação de órgãos não consentida), não estamos diante de uma singularidade do ponto de vista dogmático jusfundamental; é preciso que resulte, aqui, uma solução ponderada pautada pelo critério do menor sacrifício possível de direitos fundamentais.

Daí nas palavras de Martins (2003, p. 63) que:

[...] o exposto reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz, em parte, a pretensão constitucional de transformá-lo em um **parâmetro objetivo de harmonização dos diversos dispositivos constitucionais (e de todo o sistema jurídico)**, obrigando o intérprete a buscar uma concordância prática entre eles, na qual o valor acolhido ao princípio, sem desprezar os demais valores constitucionais, seja efetivamente preservado. (Grifou-se).

Os direitos fundamentais não são absolutos, o que implica em dizer que devem conviver em harmonia e são sujeitos à limitação, mas jamais de “*aniquilamento*”, diante de outro direito também garantido pela Constituição (BRAGA, 2004, p. 36).

Ter-se-á que analisar em cada caso concreto qual interesse deve sobressair. Não há uma escala pré-definida determinando o peso de cada princípio, sendo que o direito à vida é o mais elevado, indiscutivelmente, conforme ensina PULIDO:

“Bien difícil resulta establecer una completa graduación preestablecida de pesos abstractos que se formule en términos de la escala triádica. Es posible que la idea de que el derecho a la vida tenga el valor más elevado (4) no oculte ningún desacuerdo.

O direito à vida, explica Kloepfer (2005, p. 158), é o direito de viver, abraça a existência corporal, biológica e física. É pressuposto essencial para a utilização de todos os demais direitos fundamentais. Atualmente, os direitos da personalidade garantem de forma mais detalhada o direito à vida, direito ao corpo, dentre outros, traz consigo desta maneira, ampliação ao direito à saúde, entendida esta como o completo bem-estar psicofísico e social, conseqüentemente, prima-se, então, pelo direito à existência digna (MORAES, 2003, p. 125).

Com apoio do princípio da razoabilidade, pode ser assinalado que a solução mais razoável é a que prima para sobressair-se o direito à vida. Bem como esta solução assenta-se no princípio da proporcionalidade, ante a necessidade de salvar a vida de milhares de pessoas com órgãos e tecidos de quem não mais os utilizam.

Cerca de 63.230 pessoas estão na lista de espera para transplante, conforme dados do SNT do mês de agosto de 2005.

No caso em tela, ao colher-se órgãos e tecidos do potencial doador que em vida não se manifestou, sem consentimento da família, não se está a considerar como consentimento presumido. O caminho é outro. Não se trata de se dar como presumido o consentimento do doador em potencial. A questão jurídica é a ponderação de interesses que estão em jogo nesse caso. Isto é, a falta de informação do próprio doador em vida no sentido de consentir ou não a colheita de órgãos e tecidos para depois de sua morte é muito menos relevante que a necessidade de garantir o direito à vida de milhares de pessoas que aguardam em uma fila enorme, por meses e até anos, posto saber-se ainda que boa parte dessas pessoas vem a óbito antes de realizar a cirurgia.

Garantir o direito à vida dessas pessoas que estão à espera de um fio de vida, acima de tudo, é zelar pela aplicação do *princípio da dignidade da pessoa humana*. Porque é a pessoa humana que guia o ordenamento jurídico, “pessoas sem a proteção de sua vida ou de sua dignidade não inimagináveis do ponto de vista constitucional” (KLOEPFER, 2005, p. 156).

Ademais, não há somente o direito à vida, mas também tem o homem o direito que o Estado concretize tais direitos (ALEXY, 1999, p. 73).

Por derradeiro, o assunto, depende, eminentemente, da cultura e mentalidade da sociedade sobre os transplantes. Necessita-se de forte informação e esclarecimento à população sobre os benefícios que podem ser proporcionados pelos transplantes “*post mortem*”.

Pelas razões acima, é possível apontar para este conflito o método da ponderação de interesses, no qual verifica-se ao fim que prevalece o direito à vida e à dignidade da pessoa humana doente que aguarda em uma fila à espera do transplante “*post mortem*”.

Poder fazer a quem jamais viu seu próprio rosto enxergar; livrar pessoas das máquinas de hemodiálise; fazer o homem respirar uma afável manhã de outono; dar o sopro da vida ao fazer bater um novo coração no peito daquele que estava à beira da morte... é simplesmente fantástico! O homem pode garantir e prolongar a vida de seu semelhante após finda a própria vida.

7 – Considerações finais

O presente artigo destinou-se ao estudo da ponderação de interesses existentes nos casos de transplantes de órgãos e tecidos “post mortem”: de um lado, a família do potencial doador quer preservar o corpo do “*de cuius*”; de outro, milhares de pessoas doentes à espera da realização da cirurgia.

Inicialmente conceituou-se transplante, bem como delineada sua evolução histórico-legislativa em breves linhas. Percebeu-se que a descoberta do DNA e os movimentos sociais dos direitos humanos foram decisivos para a trajetória dos transplantes de órgãos e tecidos. Constatou-se também em relação ao desenvolvimento normativo que a Constituição Federal de 1988 foi de extrema valia, pois realçou tais direitos.

Abordou-se a relação dos transplantes com os direitos da personalidade, umbilical por natureza. Enveredou-se ainda à questão da natureza do corpo humano – afinal o homem tem o corpo ou o homem é corpo? Discussão esta que desemboca no consentimento “*post mortem*”. Teceu-se ainda algumas considerações sobre as incongruências da Lei dos Transplantes.

Por derradeiro, analisou-se a ponderação de interesses nos transplantes “post mortem”, sendo que no caso concreto, entendeu-se prevalecer o direito à vida das pessoas doentes, com respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade e proporcionalidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2002. 607 p.

_____. **Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade**.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS. Disponível em: <http://www.abto.org.br> . Acesso em: 01 out. 2005.

ÁVILA, Humberto. Conteúdo, Limites e Intensidade dos Controles de Razoabilidade, de Proporcionalidade e de Excessividade das Leis. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.º 236, p. 369-384, abr./ jun. 2004.

BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá. **Consentimento no transplante de órgãos: à luz da lei 9.434/97 com alterações posteriores**. Curitiba: Juruá, 2001. 217 p.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. 226 p.

BOLSON, Simone Hegele. Direito da personalidade do consumidor e a cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n.º 52, p. 130-162, out./dez. 2004.

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004. 806 p.
- BRAGA, Valeschka e Silva. **Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade**. Curitiba: Juruá, 2004. 197 p.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. Aspectos da teoria geral dos direitos fundamentais. In MENDES, Gilmar Ferreira (org). **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 2ª tiragem. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 194 p.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002. 1506 p.
- CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes**. 2.ed. rev.e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. 389 p.
- CLOTET, Joaquim. **Bioética: uma aproximação**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. 246 p.
- DILGUERIAN, Mirian Gonçalves. Princípio constitucional da proporcionalidade e sua implicação no direito penal (lato sensu). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 12, n.º 46, p. 160-202, jan./mar. 2004.
- DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001. 792 p.
- FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000. 208 p.
- GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000. 221 p.
- GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 562 p.
- JUNGES, José Roque. **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo: Unisinos, 1999. 322 p.
- KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa. Tradução de Rita Dostal Zanini. Revisão da tradução: Ingo Wolfgang Sarlet. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Béatrice Maurer et al. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 153-184.

- LEITE, Rita de Cássia Curvo. **Transplantes de órgãos e tecidos e direitos da personalidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. 282 p.
- MARTINS, Flademir Jerônimo Beliniti. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003. 141 p.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 105-183.
- PALERMO, Fernanda Kelnner de Oliveira. O princípio da proporcionalidade e as sanções penais nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.º 227, p. 321-337, jan./mar. 2002.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v.01. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 463 p.
- PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 308 p.
- PULIDO, Carlos Bernal. **La ponderació como procedimenot para interpretar derechos fundamentales**.
- POUZADOUX, Claude. **Contos e lendas da mitologia grega**. Ilustrações de Frédérick Mansot. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. 268 p.
- RAMOS, Augusto César. Remoção de órgãos: um ensaio sobre a Lei n.º 9.434/97. **Jus Navegandi**, Teresina, ano 3, maio, 1999. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto>. Acesso em: 20 mar. 2005.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. v.01, 34.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 354 p.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 392 p.
- SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000. 219 p.
- SILVA, Luiz Virgílio Afonso da Silva. **O proporcional e o razoável**.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 223 p.
- STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. 181 p.
- TOURINHO, Rita. **Discricionariedade administrativa: ação de improbidade & controle principiológico**. Curitiba: Juruá, 2004. 259 p.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: parte geral.** v. 01. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2004. 681 p.