XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO E SAÚDE II

CLEIDE CALGARO

LITON LANES PILAU SOBRINHO

THAIS JANAINA WENCZENOVICZ

REGINALDO DE SOUZA VIEIRA

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito e saúde II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Cleide Calgaro; Liton Lanes Pilau Sobrinho; Reginaldo de Souza Vieira; Thais Janaina Wenczenovicz.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-645-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Saúde. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO E SAÚDE II

Apresentação

Pensar o Direito e a saúde em um período antecedido por uma pandemia traz à luz inúmeras dialogicidades. Nesse contexto, o GT contou com apresentação de 11 artigos.

A abertura do livro realiza-se com a reflexão de Eduardo Augusto Fernandes , Letícia Machado e Jonatas Matias Xavier sob o título de O DIREITO À SAÚDE, O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO NA JUDIACIALIZAÇÃO DA SAÚDE. Tem como tema o direito à saúde, o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento na judicialização da saúde. O objetivo geral consiste em analisar a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana na fundamentação da judicialização da saúde para a tutela do direito à saúde. Frente a reflexão foi possível antever que a judicialização da saúde envolve uma atuação do Judiciário tanto em relação ao Executivo quanto ao Legislativo, e tudo dentro do sistema de freios e contrapesos entre os poderes que caracteriza o Estado Democrático de Direito, mas também quando há violação de direitos saúde, pois a atuação do Judiciário tem por obrigação assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais, utilizando de suas atribuições específicas para alcançar este fim.

O segundo artigo intitulado SUICÍDIO DE IDOSOS NO BRASIL E SEU AUMENTO DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19 com autoria de Maíla Mello Campolina Pontes dialoga com os eixos temáticos envelhecimento, suicídio e saúde mental. A reflexão analisa os principais fatores motivadores do suicídio entre os idosos. Em momento subsequente, o objetivo foi verificar se a pandemia de COVID-19 promoveu o aumento do autoextermínio entre os idosos. Para esse fim, foram utilizados os resultados de duas pesquisas recém-publicadas, que compararam o número de suicídios em idosos no ano de 2020, com aquele que seria estimado para o período, em um contexto de normalidade, com base nas taxas dos últimos anos. Os resultados obtidos pelas duas pesquisas tiveram divergências, mas ambos mostraram que os efeitos da pandemia de COVID-19 ocasionaram o agravamento de fatores relacionados ao autoextermínio entre os idosos. Também causaram impactos de proporções diferentes nas cinco macrorregiões brasileiras. Ao final, foram sugeridas propostas para mitigação desse problema.

O terceiro texto escrito por Dani Rudnicki , Valdir Florisbal Jung e Bruna Vidal da Rocha analisa o funcionamento do Complexo Penitenciário de Canoas, instalado na região

metropolitana de Porto Alegre (RS) sob o ponto de vista da saúde pública do encarcerado. A instituição foi arquitetada para ser uma prisão modelo, que inclui sistema de bloqueador de sinal de celular. Existe, nela, a política de não receber presos ligados a grupos criminosos e, também, parcerias com a sociedade civil e poder público para oportunizar vagas de trabalho. A Superintendência de Serviços Penitenciários do RS (SUSEPE), subordinada à Secretaria da Administração Penitenciária (SEAPEN), é o órgão Estadual responsável pela execução administrativa das penas privativas de liberdade e das medidas de segurança. Entre as casas prisionais que administra, está o Complexo Penitenciário de Canoas.

Na sequência encontra-se o estudo denominado OS LIMITES PARA DISPOSIÇÃO DO PRÓPRIO CORPO E A RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL NOS CASOS DE TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS e tem como autoria Márcia Silveira Borges e Flavia De Paiva Medeiros De Oliveira. O texto traz como problemática reflexionar questões da autonomia privada e autonomia da vontade em relação aos direitos da personalidade, observando os limites existentes para disposição do próprio corpo, em especial nos casos que versam sobre transplante de órgãos, apresentando os aspectos da responsabilidade civil envolvidos. A problemática que orienta a trajetória de escrita é verificada principalmente no conflito entre autonomia da vontade e a dignidade humana.

O quarto artigo escrito por Erika Araújo de Castro , Danilo Rinaldi dos Santos Jr. e Clarindo Ferreira Araújo Filho tem como título TESTAMENTO VITAL: GARANTIA DE FINAL DE VIDA DIGNO E EFETIVIDADE DOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO que tangencia debates sobre o testamento vital, suas características e a viabilidade de sua aplicação mesmo no silêncio do ordenamento jurídico brasileiro frente ao constitucionalismo contemporâneo. O trabalho alinha-se na temática voltada ao desenvolvimento de um estudo que traz sua importância e implicações para o indivíduo ao final de sua vida e a necessidade de debate diante da falta de regulamentação específica, em um momento em que as evoluções técnicas e científicas têm possibilitado estender os dias de vida de pacientes com doenças graves e incuráveis, considerando os impactos dessa sobrevida para a dignidade e certa qualidade de vida. O presente estudo traz uma pesquisa exploratória bibliográfica que promove a intersecção dos aspectos éticos-médicos e jurídicos em torno do testamento vital, com destaque para os princípios constitucionais da autonomia, liberdade e dignidade. Tem-se como objetivo solidificar a legalidade e a importância na utilização do instrumento, diferenciando-o das práticas ilegais, bem como promover a conscientização sobre sua utilização visando garantir a dignidade ao final da vida.

Sob autoria de Letícia Machado , Eduardo Augusto Fernandes e Lauriane Ferreira da Silva mostra por meio de uma pesquisa bibliográfica o reforço da indispensabilidade da utilização das Soft Skills para melhor gerir a comunicação e empatia nas relações da saúde, sem excluir a importância, também, das Hard Skills. Assevera a necessidade do profissional da área da saúde em desenvolver tais habilidades comportamentais, sendo considerada aptidão necessária para o profissional do futuro. Tem o propósito de ressaltar os problemas que são causados por falta das habilidades sociais de empatia e comunicação assertiva, o que culmina em desgastes, preocupações, desrespeito a dignidade humana e possíveis demandas judiciais. Por fim, o estudo com o avanço tecnológico demonstrando que a fórmula futura do sucesso é o desenvolvimento das capacidades e habilidades comportamentais, não somente para o profissional da área da saúde, mas também para todo e qualquer profissional que queira se destacar no mercado de trabalho competitivo, tendo em vista o constante avançar da quarta revolução industrial.

O estudo nominado A SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL E OS MODELOS PRIVADOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS sob autoria de Gustavo Assed Ferreira , Carolina Assed Ferreira , Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho analisa os modelos de regulação dos seguros de saúde existentes no sistema capitalista e o papel da saúde suplementar adotado pelo Brasil para que se possa, assim, determinar possibilidades para o seu desenvolvimento sob uma perspectiva comparativa. O mercado de saúde privado está desempenhando um papel cada vez mais importante em países de alta e baixa renda, mas é mal compreendido por pesquisadores e formuladores de políticas. Este artigo mostra que a distinção entre seguro saúde público e privado é frequentemente exagerada, uma vez que mercados de seguro privado bem regulados compartilham muitas características com sistemas de seguro público. Observa que o seguro-saúde privado precedeu muitos sistemas modernos de seguro social na Europa Ocidental, permitindo a esses países desenvolver os mecanismos, instituições e capacidades que posteriormente possibilitaram o acesso universal aos cuidados de saúde. Por fim, revisa-se experiências internacionais com seguros privados, demonstrando que seu papel não se restringe a nenhuma região ou nível de renda nacional em particular. Na medida em que o seguro saúde privado fornece proteção financeira primária para os trabalhadores e suas famílias, enquanto os fundos de saúde pública são direcionados para programas que cobrem as populações pobres e vulneráveis, analisa-se a regulação da saúde suplementar e seu enquadramento dentro dos modelos apresentados.

Os autores Danilo Henrique Nunes , Raul Lemos Maia , Vitor Comassio de Paula Lima versam sobre o Direito à Saúde na sua perspectiva constitucional coletiva e de proteção intergeracional, tendo em vista que – de acordo com a Organização Mundial de Saúde - a vacinação é meio estratégico de imunização de populações contra endemias e pandemias,

especialmente no tocante às crianças. Também teve como objetivo investigar os efeitos sistêmicos de médio e de longo prazo em ações de desestimulo à vacinação infantil, uma vez que, por meio da educação em saúde a partir da primeira infância, inúmeras patologias que já foram consideradas extintas, passaram a ter casos confirmados nos primeiros anos da década de 2020 e os números crescem dia a dia. Assim, com relação à problemática, resta comprovado que há sim, neste sentido, aparente conflito de normas de Direitos Humanos e normas de Direitos Fundamentais, além de constitucionais a serem trazidas. Sim, aparente conflito e não evidente, pois, a escolha do legislador Constituinte Originário de 1988 é a de que o Direito à Saúde é uma forma de concreção do próprio Direito à Vida. Ao final, confirmará a imprescindibilidade da vacinação infantil como política pública de saúde, visando minimizar doenças para as futuras gerações.

O penúltimo texto nomeado PARTICIPAÇÃO POPULAR DAS COMUNIDADES INDÍGENAS NO ÂMBITO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS e resultado do trabalho de Reginaldo de Souza Vieira e Jesser Rodrigues Borges teve como objetivo verificar em que medida o ordenamento jurídico brasileiro permite/estimula a participação popular das comunidades indígenas nos processos de tomada de decisão que envolvem as políticas públicas do Sistema Único de Saúde - SUS a elas direcionadas. A reflexão promoveu-se uma breve retomada histórica do direito à saúde indígena no Brasil, abordando os principais instrumento normativos que tratam da temática, bem como dos órgãos e entidades que compõem o Subsistema de Saúde Indígena. Na sequência, buscou-se identificar os espaços destinados à participação popular de comunidades indígenas no âmbito do SUS. Por fim, concluiu que a participação popular das comunidades indígenas foi resultado de inúmeros movimentos sociais que proporcionaram a sua inclusão na Constituição Federal de 1988 como forma de promover o Estado Democrático de Direito. Contudo, mais recentemente, identificou-se uma série de entraves para a concretização efetiva da participação popular dos povos originários nos processos de tomada de decisão, visto que muitos órgãos colegiados foram extintos por decreto presidencial, bem como que as espaços destinados a este fim são poucos e contam com estrutura limitada.

O último texto denominado A SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E SUA RELAÇÃO COM O MÍNIMO EXISTENCIAL com autoria de

Fernando Gustavo Knoerr , Adriane Garcel e João Marcos Lisboa Feliciano apresenta como tema o direito à saúde, o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento na judicialização da saúde. O objetivo geral circunda na aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana na fundamentação da judicialização da saúde para a tutela do direito à saúde.

Excelente leitura.

As/os organizadores

OS LIMITES PARA DISPOSIÇÃO DO PRÓPRIO CORPO E A RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL NOS CASOS DE TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS

THE LIMITS FOR THE DISPOSITION OF THE OWN BODY AND THE CIVIL AND PENAL RESPONSABILITY ON ORGAN TRANSPLANTATION CASES

Márcia Silveira Borges
Flavia De Paiva Medeiros De Oliveira

Resumo

Esta pesquisa busca avaliar as questões da autonomia privada e autonomia da vontade em relação aos direitos da personalidade, observando os limites existentes para disposição do próprio corpo, em especial nos casos que versam sobre transplante de órgãos, apresentando os aspectos da responsabilidade civil envolvidos. A problemática que orienta esta pesquisa é verificada principalmente no conflito entre autonomia da vontade e a dignidade humana, podendo-se resumir nas seguintes questões: Quais são os limites para disposição do próprio corpo? Como responsabilizar os agentes envolvidos nos casos em que estes limites são extrapolados? Pode-se afirmar que existem diversas maneiras de se dispor do próprio corpo e equivalentes medidas de responsabilização para tal, sendo que aqui serão apresentadas as principais hipóteses, sem o anseio de esgotar o tema. O objetivo geral é apresentar o conflito entre a autonomia da vontade com os limites impostos pela dignidade humana e relacioná-los com a responsabilidade civil. Os objetivos específicos foram divididos em três partes: a) abordar os aspectos gerais dos princípios envolvidos e dos direitos da personalidade; b) explanar sobre os transplantes de órgãos e disposição do próprio corpo; c) apresentar a responsabilidade civil e penal dos agentes envolvidos. O método de pesquisa foi o dedutivo, para esta pesquisa foi utilizada a técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Autonomia da vontade, Limites, Disposição do próprio corpo, Transplantes de órgãos, Responsabilidade civil

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to avaluate the questions about private authonomy and authonomy of will, relating to personality rights, observing the existing limits for the disposition of one's own body, especially in cases involving organ translantation, presenting aspects of civil responsability involved. The problematic that guides this research is verified mainly on the conflict between the authonomy of will and human dignity, and can be summarized on the following questions: which are the limits for one's own body disposition? How to hold accountable the agents involved in cases where this limit has been extrapolated? It can be said that there are several ways to dispose of one's own body and equivalent measures of accountability for such, and here the main hypothesis will be presented with no yearning of running out the topic. The main goal is to present the conflict between the authonomy of will

and the limits imposed by human dignity and relate them to civil liability. The specific objectives were divided in three: a) address the general limits of the principles involved and personality rights; b) explain about organ transplants and the disposition of one's own body; c) present on the civil and penal responsability of the parts involved. The research method was deductive, and the technique of bibliographic research was used.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Authonomy of will, Limits, Disposition of one's own body, Organ transplantation, Civil responsability

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto a análise dos limites da autonomia da vontade nos casos de disposição do próprio corpo e nos transplantes de órgãos e de tecidos. Diante desta realidade, tem-se que a autonomia da vontade é um dos direitos da personalidade mais importantes, tendo em vista o fato de estar diretamente ligado ao princípio da dignidade humana.

Conforme a sociedade evolui, algumas práticas e costumes acabam sendo desenvolvidas. Neste sentido, atualmente a possibilidade de cada indivíduo manifestar sua vontade de maneira a externar o desenvolvimento de sua própria personalidade vem ganhando bastante notoriedade.

Uma das maneiras pela qual determinadas pessoas manifestam suas vontades é pela disposição do próprio corpo, como nos casos da *body art*, *body modification* e dos *wannabes*. Além disso, existem casos em que a manifestação de vontade pode envolver transplante de órgãos internos como meio de obter proveito financeiro.

Neste viés, a presente pesquisa possui como objetivo explanar os conceitos de autonomia da vontade e os direitos da personalidade, bem como o de analisar os efeitos causados pela manifestação de vontade dos indivíduos no sentido de disporem do próprio corpo.

Em um primeiro momento, conforme indicado acima, serão analisados os aspectos gerais da autonomia da vontade e a sua relação com os direitos da personalidade, de modo que, em seguida possam ser abordados os atributos e modalidades de transplantes e disposição do próprio corpo. Por fim, serão apresentados os problemas resultantes da disposição do próprio corpo e os limites impostos pela responsabilidade civil e penal dos agentes envolvidos, indicando quais são os sujeitos, as condutas que ensejam responsabilização e os possíveis danos decorrentes dos transplantes, principalmente em relação aos médicos que atuam com transplantes de órgãos e tecidos.

Para tanto, procede-se à metodologia de pesquisa bibliográfica, por meio de doutrinadores brasileiros consagrados, como também a indicação da legislação nacional pertinente. O método de abordagem é dedutivo, partindo de uma conceituação geral para uma aplicação específica.

Em suma, o presente trabalho busca analisar a autonomia da vontade como um direito da personalidade e determinar as implicações da disposição do próprio corpo, relacionando, ao final, esta manifestação de vontade com os limites impostos pela responsabilidade civil e penal.

2 ASPECTOS GERAIS DA AUTONOMIA PRIVADA E DIREITOS DA PERSONALIDADE

Ao adentrar nas questões da autonomia privada, é de suma importância ter como base a sua conceituação, neste sentido, para Janaina Reckziegel e Roni Edson Fabro (2015, p. 15) a autonomia privada seria a liberdade que o indivíduo possui para práticas cotidianas e negócios jurídicos que busquem inseri-lo na sociedade ou satisfazer algum desejo pessoal, preservando-se, sempre, a dignidade deste indivíduo.

Por certo, que desde os primórdios da ideia de autonomia privada até os dias atuais ocorreram diversas mudanças no seu conceito e aplicação. Atualmente o que ocorre em sua aplicabilidade é um dever de observância ao princípio da função social dentro da autonomia privada.

Marcelo de Mello Vieira e Bráulio Lopes de Assis (2015, p. 4) entendem que "a autonomia privada deve ser concebida em um contexto relacional, com o conhecimento recíproco dos sujeitos. Ainda, observa-se que ela deve acompanhar uma função social", deste modo, pode-se entender que o interesse ou benefício coletivo prevalecerá ao individual até mesmo quando se trata da autonomia privada.

Já Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2007, p. 47) conceitua em sentido amplo como:

> O poder atribuído pelo ordenamento jurídico ao indivíduo para que este possa reger, com efeitos jurídicos, suas próprias relações. Esse poder confere às pessoas a possibilidade de regular, por si mesmas, as próprias ações e suas consequências jurídicas, ou de determinar o conteúdo e os efeitos de suas relações jurídicas, tendo o reconhecimento e podendo contar com a proteção do ordenamento jurídico.

Tem-se então que a autonomia privada é um direito do indivíduo de autor regulamentar suas condutas e negócios, logicamente que para a validade jurídica desta autonomia o indivíduo deve ser civilmente capaz, conforme o art. 3º do Código Civil, bem como deve ser observada a devida função social.

O que se conclui da autonomia privada é que ela está diretamente ligada a possibilidade de o indivíduo firmar negócios jurídicos, conforme os seus interesses pessoais dando a eles validade jurídica.

Não se pode confundir a autonomia privada com uma mera manifestação de vontade, uma vez que a vontade por si só não possui validade jurídica, ou seja, não pode ser tutelada pelo direito. Ainda segundo Borges (2007, p. 52), para que ocorra a citada validade jurídica deve esta vontade ser manifestada de modo a possibilitar a existência da autonomia privada. Deste modo, o que se pode entender é que a vontade serve como fundamento para a aplicação da autonomia privada.

A autonomia privada é considerada um direito da personalidade, tendo seus aspectos regulados pelo Capítulo II do Código Civil. Isto posto, parte-se então para a análise dos direitos da personalidade propriamente ditos.

Os direitos da personalidade são aqueles que protegem a integridade física, psíquica e moral dos indivíduos, inclusive, estes direitos são considerados como direitos fundamentais, portanto, possuem caráter intransmissível, irrenunciável e sem possibilidade de limitação voluntária, inclusive sendo esta disposição expressa no art. 11 do Código Civil.

Existem dois entendimentos sobre a natureza dos direitos da personalidade, o primeiro é fundamentado pela corrente jusnaturalista a qual entende que os direitos da personalidade existem independente de sua positivação sendo inerentes à própria existência do Ser Humano.

Neste viés, Carlos Alberto Bittar (2015, p. 40-43) salienta que os direitos da personalidade teriam sim essa fonte naturalista e que estes direitos são exercidos naturalmente pelos indivíduos, sendo que o Estado ao positiva-los apenas estaria os reconhecendo e garantindo proteção especificada, mas não poderia se dizer que estavam sendo criados ali.

Em sentido contrário, existe a ideia de que os direitos da personalidade teriam sua fonte no direito positivo, ou seja, apenas seriam criados no momento em que o Estado os positivasse, seja em norma constitucional ou infraconstitucional, entendendo de modo que qualquer direito só teria validade jurídica quando positivado.

Superada esta questão, importante adentrar no fato de que há uma importante distinção entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais, muito embora seja possível dizer que os direitos da personalidade podem considerados como direitos fundamentais, como por exemplo o direito à vida, inclusive, sendo este direito "pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos" (MORAES, 2011, p. 39), entretanto, nem todo direito fundamental pode ser considerado um direito da personalidade.

Cumpre esclarecer que os direitos fundamentais são necessariamente garantidos pela Constituição Federal de 1988, estando previstos do art. 5º ao art. 17, já os direitos da personalidade são considerados inatos ao ser humano, ou seja, como já argumentado anteriormente, não precisam de norma positiva para surtirem efeito, de todo modo, são reconhecidos pelo Estado vez que possuem seus aspectos de indisponibilidade positivados no Código Civil do art. 11 ao art. 21, bem como traz alguns exemplos sucintos desses direitos.

No que se refere ao Código Civil, aos olhos de Fernanda Borghetti Cantali (2009, p. 100) "O Código Civil de 2002 consagrou os direitos da personalidade, mas não renovou a temática, não evoluiu, principalmente tendo em vista que tais direitos fazem parte da cultura jurídica, no mínimo, desde 1988".

Tal crítica se dá pelo fato de o referido diploma legal ter sido muito comedido ao tratar sobre a temática dos direitos da personalidade, não lhe dando o tratamento que a comunidade jurídica esperava, conquanto é pacífico que a sua positivação já é de relevante importância para o sistema jurídico brasileiro.

Tendo em vista a relevância de tais direitos, esperava-se que o Código Civil abordasse de maneira muito mais completa o referido tema.

Os direitos da personalidade são, em via de regra, extrapatrimoniais, vez que se relacionam com a integridade física, psíquica e moral do indivíduo, não obstante, quando atingida, o objeto da reparação do dano pode ser a pecúnia, haja vista que muitas vezes não resta outra alternativa senão a indenização. Nesta hipótese, embora necessário mensurar e quantificar o valor do dano, não se trata de uma alienação do direito da personalidade (DOS SANTOS, 2014, p. 12).

Apresentadas as questões conceituais de autonomia privada e direitos da personalidade, deve-se comentar sobre os paralelos existentes entre eles e como se comunicam com a possibilidade de transplante de órgãos e disposição do próprio corpo.

Nesta seara, os direitos da personalidade e a autonomia privada devem observar os aspectos principiológicos da bioética, tratando-se de quatro importantes princípios: autonomia, justiça, beneficência e não-maleficência. Importante ressaltar que no que se refere à autonomia, esta deve estar envolta também do princípio da função social.

A autonomia privada é evidente nos casos de transplantes de órgãos ao passo que, nos casos envolvendo apenas pessoas vivas, representa a manifestação da vontade de ambas as partes envolvidas (doador e receptor). Situação esta que se torna um pouco mais complexa quando envolve doador morto, tendo em vista que nesses casos a autonomia privada, no caso a manifestação de vontade do indivíduo em doar pode não prevalecer.

Ocorre que, nesses casos, a decisão de possibilidade de doação incumbe ao familiar responsável, sendo que, mesmo havendo manifestação expressa no interesse de doação *post mortem* o familiar pode decidir pela não doação.

A manifestação de vontade do doador é mais intuitiva para se pensar, todavia, a legislação brasileira também determina que o consentimento do receptor é indispensável, vez que ninguém pode ser obrigado a receber tratamento que não queira, desde que civilmente capaz. O desrespeito à vontade do receptor é, inclusive, passível de responsabilização cível, penal e administrativa por parte do médico que realizar o procedimento, entretanto, tal assunto será melhor abordado nos capítulos subsequentes.

Neste sentido, Bittar (2015, p. 202) salienta que:

> Pode, pois, a pessoa opor-se a tratamento doloroso ou perigoso, inclusive a seccionamento de quaisquer partes do corpo, mesmo das que são disponíveis. Pode rejeitar intervenção ou aplicação de técnicas médicas ou dentárias (como vacinas, injeções, uso de anestésicos, de motores, de laser), salvo quando componentes de programa de interesse público [...]

Importante também mencionar as situações de disposição voluntária do próprio corpo sem a necessidade de ter como finalidade o transplante, essa temática vem ganhando mais relevância com as discussões sobre a apotemnofilia, mais conhecida como o caso dos *wannabes*.

Assis e Vieira (2015, p. 11) indicam que "a apotemnofilia é uma *body integrity identity disorder* (BIID)", ou seja, um transtorno de identidade de integridade corporal. Em outras palavras, significa dizer que essas pessoas não se identificam com o corpo que nasceram, ou com parte do corpo, de modo que acabam buscando uma amputação voluntária.

É neste viés que se cria um enorme debate sobre a possibilidade do indivíduo de poder dispor do próprio corpo, seja nos casos de transplante ou transtornos ou até mesmo pela sua mera manifestação de vontade.

3 TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E DISPOSIÇÃO DO PRÓPRIO CORPO

Existem quatro tipos doutrinários de transplante: o isotransplante, alotransplante, autotransplante e o xenotransplante.

O Isotransplante, também chamado de transplante isogênico, é aquele em que doador e receptor possuem características genéticas idênticas ou muito parecidas, sendo o caso dos

gêmeos univitelinos. Ocorre que pela sua especificidade extremamente restritiva acaba tendo um número prático relativamente baixo (PASZCZUK, 2011, p. 6).

Conforme explicam Lima, Magalhães e Nakamae (1997, p. 2) "dá-se o nome *alotransplatnte* ao transplante entre diferentes membros da mesma espécie". Para exemplificar, este seria o caso dos transplantes entre seres humanos que não tenham características genéticas idênticas, bastando elas serem compatíveis.

Existem também os chamados autotransplantes ou transplantes autógenos, estes consistem nos transplantes em que o doador é também o receptor, é o caso do enxerto, quando se retira pele de uma parte do corpo para colocar em outra. Comum também nos casos de medula óssea em tratamentos com quimioterapia, aqui, retira-se parte da medula óssea para que seja realizada a quimioterapia e, após o tratamento, a medula é transplantada de volta.

Por fim, tem-se a possibilidade do xenotransplante, sendo este o transplante entre espécies completamente distintas. O xenotransplante se subdivide em duas modalidades: concordante e discordante. O primeiro ocorre quando as espécies, embora diferentes, apresentam características semelhantes, como nos casos de macacos e humanos. Já o segundo ocorre quando as espécies não possuem semelhanças genéticas, por exemplo no caso de porcos e humanos (GALVÃO e D'ALBUQUERQUE, 2020, p. 1-3).

Importante mencionar que o xenotransplante não envolve, necessariamente, um ser humano como receptor do órgão transplantado.

Os transplantes de órgãos no Brasil são permitidos pelo ordenamento jurídico, sendo regidos principalmente pela Lei nº 9.434 de 1997, que foi atualizada pela Lei nº 10.211 de 2001, além disso, o Código Civil no capítulo sobre direitos da personalidade aborda superficialmente o tema. Quando se trata de transplante de órgãos há de se falar em dois tipos possíveis: o transplante *post mortem* e o transplante *inter vivos*.

Os transplantes *post mortem* são aqueles em que o doador não está mais com vida, sendo que a sua possibilidade foi positivada no art. 14 do Código Civil, tal permissão se dá com base no princípio do consenso afirmativo, sendo que o referido princípio significa que cada indivíduo tem o direito de manifestar o seu interesse pela doação dos próprios órgãos para depois de sua morte (DINIZ, 2014, p. 93).

Existe aqui um ponto de grande importância vez que o princípio do consenso afirmativo buscar garantir a autonomia do indivíduo, todavia, o art. 4º da Lei nº 9.434/97 condiciona a efetiva doação ao fato de haver permissão do cônjuge ou familiar responsável.

Neste sentido, verifica-se que o próprio legislador acaba criando um limite para o princípio da autonomia referente ao indivíduo que manifestou expressamente a vontade de ser doador de órgãos.

Pode-se dizer então que nos casos de transplantes *post mortem* é, de fato aplicado, o princípio da autonomia, mas do familiar responsável pela doação do indivíduo falecido, fato este que pode ser observado também quando o familiar pode decidir pela doação mesmo quando não há manifestação expressa do falecido.

Conforme mencionado anteriormente, a Lei nº 9.434 de 1997 foi atualizada em 2001 pela Lei nº 10.211, sendo que uma importante e interessante mudança feita foi a revogação do §1º do art. 4º, o qual dizia que "a expressão 'não doador de órgãos e de tecidos' deverá ser gravada, de forma indelével e inviolável na Carteira de Identidade Civil e na Carteira Nacional de Habilitação da pessoa que optar por essa condição".

Uma grande discussão ocorria na época acerca do referido texto normativo sobre a violação do mesmo ferir os direitos da personalidade daquele indivíduo que não desejava ser doador.

Por um lado, havia a ideia de que a obrigatoriedade seria invasiva quanto aos direitos dos indivíduos, como por exemplo ao de concepção religiosa, já por outro lado, entendia-se que a norma buscava resguardar o bem da coletividade e, portanto, prevaleceriam frente à direitos individuais. Na prática significava que a inércia do indivíduo findaria no mesmo resultado da manifestação de vontade positiva (STANCIOLI, CARVALHO, RIBEIRO e LARA, 2011, p. 13-14).

Com a falta de aceitação social e a consequente revogação do dispositivo legal no ano de 2001, atualmente o texto normativo pertinente confirma a manifestação de vontade da família possibilitando, ou não, a doação de órgãos após a morte.

Nas palavras de Maynard *et al* (2015, p. 8):

> Atualmente, o artigo 4º da Lei n. 9.434/1997, alterado pela Lei n. 10.211/2001, dispõe que a família é a responsável pela decisão sobre a doação de órgãos de parentes falecidos. Não existe, portanto, amparo jurídico à manifestação de vontade do doador potencial, circunstância que revela a prevalência do monopólio de decisão familiar na hipótese de um confronto entre a vontade do doador e a vontade da própria família.

Já quanto aos transplantes de órgãos *inter vivos* a Lei 9.434 tratou de permitir expressamente, desde que seja feita de maneira gratuita e apenas no caso de órgãos duplos sendo que a retirada não resulte em morte do doador.

Nestes casos tem-se que, de fato, é respeitada a autonomia da vontade dos pacientes, tendo e vista que basta a concordância de doador e receptor, seja na pessoa deles próprios ou representante legal, para que o procedimento ocorra. Muito embora, ainda exista obste para doação de órgãos por pessoa viva, como no caso das gestantes.

Conforme visto acima, o legislador expressamente garantiu a possibilidade da doação de órgãos entre pessoas vivas, desde que observados os requisitos legais, garantindo a autonomia da vontade dos envolvidos, sendo assim, o limite à esta autonomia se dá principalmente na questão da gratuidade do ato.

A legislação veda a possibilidade de que o procedimento no transplante de órgãos seja monetariamente oneroso, ou seja, não pode o "doador" receber qualquer quantia pelo órgão transplantado, e é aqui que se limita a autonomia da vontade.

Como já sabido, nenhum direito é absoluto e, portanto, dentre estes direitos está a autonomia da vontade. Um importante fundamento que a limita é a sua necessidade de adequar-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, para muitos o bem jurídico de maior relevância ao lado da vida, sendo que a própria Constituição Federal ao garantir o direito à vida estabelece que esta deve ser digna.

Neste sentido, há o entendimento de que "reduzir o corpo a um mero objeto, pensa-se, é atentatório contra a dignidade humana, já que a autonomia individual também deverá estar conforme aquela" (ÁVILA *et al*, 2008, p. 13).

Tem-se então que ao possibilitar o comércio de órgãos estar-se-á coisificando o corpo humano e, consequentemente, retirando-lhe a sua dignidade. Ademais, observa-se também que a autonomia da vontade quando se materializa na autonomia privada deve cumprir uma função social, contudo, no caso do comercio de órgãos, por atentar contra a dignidade, não se pode dizer que esta função social esteja sendo cumprida, haja vista o grande malefício causado.

Quanto a preponderância do direito à dignidade, Cantali (2009, p. 84) afirma que "O respeito à dignidade humana tornou-se um comando jurídico no Brasil após duas décadas de ditadura militar". Nesta mesma ideia, Borges (2007, p. 13) sentencia que "Os direitos da personalidade têm sua base no princípio da dignidade da pessoa humana".

Tais posicionamentos concretizam que por mais que a liberdade e a autonomia da vontade sejam fortemente protegidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, ainda assim devem respeitar os limites impostos e a adequação perante princípios constitucionais.

Atualmente, além das hipóteses de transplante de órgãos, ganham notoriedade outras formas de disposição do próprio corpo, tais sejam a *body art*, *body modification* e o caso dos *wannabes* (apotemnofilia).

O art. 13 do Código Civil dispõe que "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". Isto posto, parte-se para a análise das formas de disposição corporal acima citadas.

O *body art* consiste em utilizar o próprio corpo como expressão artística, cultural, política ou social, como por exemplo nos casos em que o indivíduo tatua o corpo inteiro ou nos casos dos indígenas que colocam artefatos de madeira no próprio corpo. Aqui, a disposição corporal não é tão drástica, de modo que não pode o poder judiciário intervir e impossibilitar tal modificação. Já o *body modification* acaba sendo uma manifestação mais drástica, sendo uma modificação deliberada de um aspecto corporal, como o famoso caso do "homem-lagarto" em que o indivíduo transformou o seu corpo no sentido de se assemelhar à um lagarto. Mesmo que seja uma expressão repulsiva para a maioria das pessoas, não pode se enquadrar na proibição normativa determinada pelo Código Civil com o termo "bons costumes", pois caso o fosse, estaria então diante de uma possível afronta aos direitos da personalidade e ao princípio da dignidade humana (SCHREIBER, 2013, p. 35-37).

O caso mais severo dos supracitados é o dos *wannabes*, também chamados de *amputees-by-choice*, conforme já tratado anteriormente, são aqueles que não se identificam com um corpo totalmente saudável e, portanto, buscam a amputação de determinado membro do corpo. Ocorre que tal medida encontra seus limites no art. 13 do Código Civil, haja vista se tratar de uma diminuição permanente do corpo e que não possui exigência médica, além de ser passível ao entendimento de que fere os bons costumes.

Anderson Schreiber (2013, p. 45-46) entende que restringir a manifestação de vontade das pessoas em dispor do próprio corpo aos bons costumes e uma possível exigência médica acaba por ferir a dignidade humana daqueles indivíduos, tendo em vista que impede a manifestação de sua personalidade, inclusive, que a aplicação absoluta do disposto no art. 13 impediria atos corriqueiros como brincos e tatuagens.

Ainda neste sentido, para Cantali (2009, p. 238) o direito ao desenvolvimento da personalidade deve ser protegido pelo ordenamento jurídico estando tal direito diretamente ligado ao princípio da dignidade humana.

Portanto, o que se pode compreender é que no que pese a autonomia da vontade encontre limites na dignidade humana, limita-la ao ponto de impedir que a personalidade do indivíduo se desenvolva acaba afrontando a dignidade daquele indivíduo.

Quanto ao termo “bons costumes” utilizado pelo Código Civil, o que se percebe é que a terminologia retrógrada utilizada acaba deixado de tutelar o direito ao desenvolvimento da personalidade.

Fernanda Borghetti Cantalli (2009, p. 226) conclui que:

> [...] a noção de bons costumes, fruto de um juízo de valor fundado na moralidade, é deveras subjetiva e imprecisa, mostrando-se, dessa forma, insuficiente para limitar a atuação dos particulares no desenvolvimento de seu projeto de vida.

Em assim sendo, importante que o poder judiciário tenha um olhar que enxergue a necessidade do indivíduo de se manifestar no sentido de desenvolver sua própria personalidade em respeito ao princípio da dignidade humana.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL DOS AGENTES

Quando se fala em responsabilidade nos casos de transplante de órgãos, é comum já se pensar que o agente a ser responsabilizado deva ser um médico ou enfermeiro, concepção que não está completamente equivocada, porém, além destes profissionais, existem outros agentes que também podem estar envolvidos no procedimento que respondem pela conduta e o dano causado. Sendo assim, antes de adentrar na responsabilidade médica, há de se falar na responsabilidade desses demais agentes.

Uma relevante conduta passível de responsabilização que está diretamente ligada aos transplantes é o comércio ilegal de órgãos e tecidos. Atualmente o comércio de órgãos pode ser considerado como uma das atividades ilícitas mais lucrativas, com estimativa de que possa movimentar, aproximadamente, até 15 bilhões de dólares por ano. (ÁVILA *et al*, 2008, p. 2).

A Lei 9.434 de 1997, em seu art. 15, determinou que o comércio de órgãos é crime no brasil, inclusive para aqueles que facilitam ou aliciam as vítimas, sendo a pena prevista de 03 a 08 anos de reclusão e multa. Ou seja, o tipo penal para esta conduta está previsto em lei específica, não obstante, o Código Penal também poderá ser aplicado, caso o tráfico ocorra por meio de associação criminosa, neste caso, os agentes envolvidos também incorrerão no crime previsto pelo art. 288 do Código Penal, além disso, responderão pelo crime de lesão corporal previsto no art. 129.

Tendo em vista o princípio da independência da responsabilidade, a previsão da conduta de tráfico ou comércio de órgãos como crime não exime os agentes da responsabilidade civil.

Por óbvio que a conduta por si só já gera um abalo psicológico extremo à pessoa vítima, sendo passível de indenização por dano moral, todavia, a retirada de um órgão resulta também em outra modalidade de dano: o dano estético. O dano estético se configura pela alteração morfológica do corpo ou pela diminuição permanente da integridade física, neste sentido, Arnoldo Wald (2015, p. 42) salienta que "atualmente o dano estético é reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência como uma forma específica de dano, ou seja, com uma dimensão própria e distinta dos danos extrapatrimoniais". Tanto é assim que, no ano de 2009, o Superior Tribunal de Justiça – STJ publicou a Súmula 387 com o seguinte teor "É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral".

Ocorre que, nos casos de tráfico de órgãos, a maioria das vezes compreende a pessoa que terá seus órgãos transplantados como vítima, mas nem sempre é assim. Desta maneira, a disponente também estará praticando conduta criminosa ao comercializar os seus próprios órgãos.

Neste sentido, a maior parte da doutrina brasileira apoia o contido no texto normativo o qual proíbe, expressamente, a comercialização de órgãos, mesmo que feita pelo próprio indivíduo disponente dos órgãos ou tecidos a serem comercializados, entendendo que tal permissão seria uma afronta aos direitos da personalidade (BORGES, 2007, p. 176-179).

Ainda nesta mesma linha de pensamento, Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2007, p. 183) complementa que:

> O ordenamento jurídico não permite a realização de negócios jurídicos que tenham como objeto o corpo humano ou suas partes, se essa disposição puder redundar em extinção da vida ou da saúde de alguém, ou importar deformações ou comprometimentos de suas funções orgânicas, ou se atentar contra os bons costumes, como quando a consequência for uma mutilação, cicatriz ou deformação que a sociedade repugna, como também se a cessão for onerosa.

Por certo que, nesta pesquisa, quando tratada a disposição do próprio corpo, não se refere a unhas e cabelo.

Isto posto, parte-se então para a responsabilização específica dos médicos nos casos de transplante de órgãos. Dessarte, primeiramente cumpre abordar que o Código de Ética Médica, instituído pela Resolução CFM nº 2.217 de 2018 e atualizado pelas resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019, veda aos médicos o descumprimento às normas de transplantes de

órgãos, bem como o envolvimento, direto ou indireto, em casos de comércio de órgãos, nos termos de seus arts. 15 e 46.[1]

Primeiramente, será abordado o tema da responsabilidade civil, já que nas palavras de Sergio Cavalieri Filho (2012, p. 15) tem-se que "a ilicitude – é de todos sabido – não é uma peculiaridade do Direito Penal", complementando ainda que a sua diferenciação principal se dá pela normal que foi descumprida, em suma, será aplicada a responsabilidade civil quando descumprida uma norma do direito civil, observado o princípio da independência entre as responsabilidades.

Aguiar Dias (2012, p. 1) salienta que "toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade". Sendo assim, pode-se adotar como conceito de que "o termo responsabilidade civil é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato, ou negócio danoso", portanto, pode ser entendida como "um dever de indenizar". (VENOSA, 2011, p. 1)

Neste viés, é possível deduzir que toda conduta, por ação ou por omissão, pode ser passível de responsabilização, sendo esta, a aplicação do dever de indenizar para aquele indivíduo que causou um determinado dano.

A responsabilidade civil médica na relação com o paciente será, em via de regra, de natureza contratual, isto pois raríssimas as ocasiões em que a relação poderá ser extracontratual.

A natureza contratual desta relação implica na utilização da Lei nº 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, como norma a ser aplicada nestas relações. Portanto, para responsabilizar o médico deverá ser observado o disposto no art. 14, §4º do referido diploma legal, o qual determina que a responsabilidade civil será aplicada mediante aferição de culpa do profissional.

A necessidade de se aferir culpa na conduta do agente causador do dano é denominada como responsabilidade subjetiva, tendo seu intuito alcançar o equilíbrio da relação jurídica em questão, sendo que a necessidade de buscar este equilíbrio ocorre por se tratar de uma obrigação de meio, ou seja, casos em que a obrigação contratual não garante um resultado plenamente satisfatório, mas sim, implica no fato de que o médico deverá utilizar no procedimento todos os meios possíveis e mais adequados para tentar alcançar o resultado pretendido.

Conforme supracitado, a responsabilidade do médico nos casos de transplantes de órgãos e tecidos será subjetiva de natureza contratual, portanto, tem-se que o inadimplemento

---

[1] Art. 15. Descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou de tecidos, esterilização, fecundação artificial, abortamento, manipulação ou terapia genética.
Art. 46. Participar direta ou indiretamente da comercialização de órgãos ou de tecidos humanos.

contratual, o descumprimento de sua obrigação se dará quando verificado que o mesmo não atingiu o resultado pretendido no procedimento pelo fato de não ter empregado todos os meios possíveis e mais adequados para alcançar o sucesso no procedimento, configurando a culpa no referido procedimento.

Por culpa, aqui se considera o seu sentido amplo, ou seja, além da negligência, imprudência e imperícia, considera-as também a hipótese do dolo, também chamado de culpa grave.

No que pese o fato da responsabilidade ser subjetiva, com necessidade de aferir culpa, o que se tem é que conforme o art. 373, §1º, do Código de Processo Civil de 2015[2], há a possibilidade de redistribuição do ônus probatório, significando que o dever de produzir a prova é daquele que está mais próximo dela, salvo nos casos de prova diabólica. Além disso, como a relação jurídica e regida pelo Código de Defesa do Consumidor, poderá ser feita a inversão do ônus da prova nos termos do art. 6º, inciso VIII, vez que, nesses casos o paciente não é apenas vulnerável por determinação principiológica, mas também, hipossuficiente. Sendo assim, o que ocorre na prática é a chamada culpa presumida, deste modo, apesar da necessidade de ser considerada, haverá uma presunção de sua existência, devendo o médico comprovar que não ocorreu. (CARDOSO, 2002, p. 277-285)

Findando a análise da responsabilidade civil e antes de adentrar na responsabilidade criminal e nas hipóteses ensejadoras de responsabilidade, há de se falar nos sujeitos (ativos e passivos) da responsabilidade civil. Segundo Alaércio Cardoso (2002, p. 317-319) o sujeito ativo da relação poderá ser o doador ou o receptor no caso dos transplantes *inter vivos*, já nos transplantes *post mortem* o polo ativo será ocupado pelos familiares do morto ou pelo receptor do órgão ou tecido transplantado. Já quanto ao polo passivo, este será ocupado pelo médico chefe da equipe de operação, resguardada também a possibilidade de se demandar o hospital nos casos em que o médico for empregado do mesmo, modalidade em que o hospital responderá objetivamente, nos termos do art. 932, inciso III, do Código Civil[3].

---

[2] §1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

[3] Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:
III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

Não obstante a aplicação da responsabilidade civil, que possui o ideal de tentar reparar o dano sofrido e desincentivar o agente causador do dano em repetir a conduta, conforme leciona Sílvio de Salvo Venosa (2011, p. 21) "o mesmo ato ou a mesma conduta pode caracterizar concomitantemente um crime e um ilícito civil". Neste sentido, tem-se que, quando a conduta desrespeitar uma norma penal, será também aplicada ao agente a responsabilidade criminal.

No que tange às normas penais, ainda segundo Venosa (2011, p. 22):

> Interessam mais diretamente à sociedade do que exclusivamente ao indivíduo lesado, ao ofendido. No direito privado, o que se tem em mira é a reparação do dano em prol da vítima; no direito penal, como regra, busca-se a punição e a melhor adequação social em prol da sociedade. Quando coincidem as duas ações, haverá duas persecuções, uma em favor da sociedade e outra em favor dos direitos da vítima.

Sendo assim, de maneira sucinta, pode-se entender a responsabilidade penal como uma punição por agir de modo contrário ao disposto na lei penal, o qual possa ter gerado risco à sociedade.

A Lei nº 9.434/97 tratou de tipificar as condutas que serão consideradas crimes nos casos de transplantes de órgãos e tecidos, positivando-as entre o art. 14 e o art. 20. Não obstante, poderá também ser aplicado o Código Penal, desde que este não contrarie o disposto na legislação específica, ou seja, quando a conduta do médico não estiver tipificada na lei específica, mas estiver presente no Código Penal, responderá o médico pelo crime cometido.

Ademais, Alaércio Cardoso (2002, p. 292-300) elenca os possíveis fatos ensejadores de responsabilidade, sendo eles: a) ausência de prova incontestável da morte encefálica; b) não obtenção de consentimento prévio do doador e do receptor; c) remoção de órgão que não seja duplo; d) remoção de órgão de pessoa juridicamente incapaz ou de gestante; e) demora na realização do transplante; f) efetivação do transplante sem a realização dos exames prévios necessários, ocasionando transmissão de doença ao receptor; g) ausência da notificação de diagnóstico de morte encefálica.

Ainda segundo Cardoso (2002, p. 292-301), todas as hipóteses citadas acima são passíveis de reparação por dano patrimonial quando este restar comprovado. Não obstante, por contrariarem o disposto na Lei de Transplantes e causarem um dano efetivo ao paciente, serão todos passíveis de indenização pelos danos extrapatrimoniais. Quando a conduta não causar a morte do paciente doador, será ele o titular do direito, mas quando a conduta resultar na morte

no doador, será aplicada a modalidade conhecida como dano moral indireto, ou por ricochete, sendo os familiares titulares do direito.

Importante ressaltar que, nos casos de demora para realização do transplante e de não notificação da morte encefálica, ocorre uma frustação quanto ao direito do possível receptor do órgão ou tecido, neste caso, será este indivíduo legitimado para pleitear a indenização por perda de uma chance. (CARDOSO, 2002, p. 299-301)

Outra modalidade significativa de dano extrapatrimonial que pode ocorrer nos casos de transplante de órgãos é o chamado dano estético. Vislumbra-se esta possibilidade vez que quando o dano resulta em retirada permanente de algum órgão interno, incorre então no dano estético. (TARTUCE, 2018, p. 476)

Quanto aos danos suportados pelo receptor nos casos em que não há o seu consentimento ou nos casos em que lhe é transmitida doença por ausência de exame prévio necessário, Cardoso (2002, p. 293-300) entende que, no primeiro caso, lhe é cabível pleitear pelos danos morais, haja vista que não consentiu eu suportar os riscos existentes, mesmo que o resultado final tenha sido completamente benéfico. Já no segundo caso, será indenizado pelos danos morais e materiais pela transmissão de doença, salvo quando o médico comprovar que a não efetivação do transplante resultaria em dano muito maior ao paciente, ou seja, a responsabilidade seria excluída com fundamento no estado de necessidade.

Entretanto, cumpre reiterar que, conforme supracitado, a responsabilidade do médico será subjetiva, ou seja, mediante aferição de culpa. Portanto, em qualquer das hipóteses aqui abordadas, será o médico isento da responsabilidade quando comprovar que não houve culpa em sua conduta.

Dessarte, além da responsabilização civil, responderá criminalmente o médico quando sua conduta for de remover órgão ou tecido, realizar transplante ou enxerto, recolher, transportar ou guardar partes de corpo humano em desacordo com o disposto na Lei nº 9.434/97, além dos casos em que estiver envolvido em comércio de órgãos e/ou tecidos ou também quando deixar de recompor o cadáver após a retirada dos órgãos. Conforme já mencionado, resguarda-se ainda a possibilidade de aplicação do Código Penal, como por exemplo, nos casos em que se configurar associação criminosa, infração que está tipificada no art. 288 do Código Penal.

Cumpre mencionar também que, a Lei de transplante também prevê a possibilidade de sanções administrativas entre o seu art. 21 e o art. 23, como a desautorização temporária ou permanente para exercer a atividade e a aplicação de multa, todavia, por não ser a

responsabilidade administrativa objeto da presente pesquisa, este tema não será aprofundado aqui neste trabalho.

Por fim, tem-se que a prática de transplante de órgãos e tecidos é bastante ampla, podendo responsabilizar diversos agentes, sendo eles médicos, indivíduos dispostos a ceder seus órgãos ou terceiros envolvidos com intuito de se beneficiar financeiramente, sendo assim, funcionam a responsabilidade civil e penal como importantes limitadoras da autonomia da vontade e autonomia privada nos casos de transplante de órgãos e tecidos e de disposição do próprio corpo.

5 CONCLUSÃO

O presente artigo analisou os aspectos gerais da autonomia da vontade e autonomia privada como um direito da personalidade, aprofundando-se na manifestação de vontade de disposição do próprio corpo e nos casos de transplantes de órgãos e de tecidos.

Na primeira seção abordou-se o conceito de autonomia privada e autonomia da vontade, delimitando-se a sua distinção. Ainda, foi apresentado o conceito de direitos da personalidade e demonstrado como a manifestação de vontade é considerada um direito da personalidade, bem como a diferença entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais. Aqui, foi levantada também a questão sobre a possibilidade de manifestação de vontade no sentido de dispor do próprio corpo e quais seriam os possíveis limites.

Já na segunda seção, foram analisados alguns exemplos de disposição do próprio corpo como a *body art*, *body modification* e a apotemnofilia. Foram abordadas também as espécies de transplante de órgãos hoje existentes.

No último capítulo o que se abordou foi a responsabilidade civil e penal dos agentes envolvidos nos casos de transplantes de órgãos e disposição do próprio corpo, dando-se ênfase para os casos de comércio de órgãos e a responsabilização dos médicos que atuam na área dos transplantes.

Tendo em vista os resultados atingidos no desenvolvimento deste trabalho, conclui-se que a manifestação de vontade do indivíduo é um importante direito da personalidade a ser tutelado, mesmo quando resulta na disposição do próprio corpo como uma manifestação da própria personalidade. Todavia, o ato de disposição do próprio corpo encontra limites nos princípios da dignidade da pessoa humana e da função social, possibilitando a aplicação das responsabilidades civil e penal dos agentes envolvidos.

Quando se trata de casos de *body art* e *body modification*, deve ser dada maior liberdade ao indivíduo para assim se manifestar, vez que, conforme sustentado acima, são expressões pessoais que não causam qualquer tipo de necessidade especial ou diminuição de capacidade motora. Já nos casos da apotemnofilia o que se conclui é que, pelo fato de causar uma diminuição na capacidade motora de modo permanente, não pode gozar da mesma liberdade dada aos casos de *body art* e *body modification*.

Por fim, concluiu-se também que os limites impostos para os casos de transplante de órgãos são garantidos pela possibilidade de se responsabilizar os agentes envolvidos que contrariam o disposto na Lei nº 9.434/97, tanto no âmbito cível quanto no criminal.

REFERÊNCIAS

BITTAR, C. A. **Os Direitos da Personalidade**. 8. ed. São Paulo: SARAIVA, 2015. *E-book*. Disponível em: https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/epub/580805?title=Os%20Direitos%20da%20Personalidade. Acesso em: 27 maio 2022.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 14 jun. 2022.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 14 jun. 2022.

_____. **Lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm. Acesso em: 15 jun. 2022.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 14 jun. 2022.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 14 jun. 2022.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

CARDOSO, Alaércio. **Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Código de ética médica**. Resolução CFM nº 2.217 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019. Brasília, DF: 2018. Disponível em https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf. Acesso em: 13 jun. 2022.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DE ÁVILA, Gustavo Noronha *et al*. Comércio de órgãos humanos: até onde vai a autonomia do indivíduo?. **Direito & Justiça**, v. 34, n. 1, p. 22-40, jan.-jun. 2008. Disponível em: https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/5157. Acesso em: 01 abr. 2022.

DOS SANTOS, Marcelo Pereira. **Os Direitos da Pessoa Humana na Concepção Civil-Constitucional**: Uma Releitura da Tutela da Personalidade. 2014. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b465588866e56400. Acesso em: 26 maio 2022.

GALVAO, Flavio Henrique Ferreira; D'ALBUQUERQUE, Luiz Augusto Carneiro. Xenotransplante. **Revista de Medicina**, v. 99, n. 1, p. V-IX, 2020. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/revistadc/article/view/167177/159647. Acesso em: 01 jun. 2022.

LIMA, E.D.R.P.; MAGALHÃES, M.B.; NAKAMAE, D.D. Aspectos ético-legais da retirada e transplantes de tecidos, órgãos e partes do corpo humano. **Revista latino-am.enfermagem**, Ribeirão Preto, v. 5, n. 4, p. 5-12, outubro 1997. Disponível em:

https://www.scielo.br/j/rlae/a/jFNYVbHf8HYmGYbP4jjNbKx/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 01 jun. 2022.

MAYNARD, Lorena Oliveira Dantas et al. Os conflitos do consentimento acerca da doação de órgãos post mortem no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, v. 16, n. 3, p. 122-144, 2015. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/111657/109688. Acesso em: 01 jun. 2022.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PASZCZUK, José. Transplantes de órgãos: um direito da personalidade. **Cadernos da Escola de Direito**, v. 2, n. 15, 2011. Disponível em: https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2935/2505. Acesso em: 01 jun. 2022.

RECKZIEGEL, Janaína; FABRO, Roni Edson. Autonomia da vontade e autonomia privada no sistema jurídico brasileiro. **Revista de Direito Brasileira**, v. 8, n. 4, p. 161-177, 2015. Disponível em: https://indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2888/2690. Acesso em: 25 maio 2022.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

STANCIOLI, Brunello *et al*. O Sistema Nacional de Transplantes: Saúde e Autonomia em Discussão. **Revista de direito sanitário**, v. 11, n. 3, p. 123-154, 2011. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13225/15040. Acesso em: 01 jun. 2022.

TARTUCE, Flávio. **Manual de responsabilidade civil**: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atas, 2011.

VIEIRA, Marcelo de Mello; ASSIS, Bráulio Lopes de. Autonomia privada e disposição do próprio corpo: apotemnofilia em debate. **Revista de gênero, sexualidade e direito**, v. 1, n. 1, p. 43-58, 2015.

WALD, Arnoldo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. *E-book*. Disponível em: https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.000023438&lang=pt-br&site=eds-live. Acesso em: 02 jun. 2022.