

AUTONOMIA DA VONTADE E DISPOSIÇÃO DO CORPO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

LIBERTAD DE LA VOLUNTAD Y DISPOSICIÓN DEL CUERPO HUMANO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO BRASILEÑO

Roni Edson Fabro¹

Narciso Leandro Xavier Baez²

Resumo: O estudo trata da autonomia da vontade e a disposição do corpo humano no ordenamento jurídico brasileiro. A vontade, como elemento básico do negócio jurídico, proporciona às pessoas a liberdade de contratação, pois pressupõe a existência de uma relação jurídica que visa ao atendimento de uma necessidade pontual. O poder de autodeterminação sobre o corpo não é ilimitado, especialmente quando atenta contra a vida. A Constituição Federal, o Código Civil e a Lei de Transplantes de Órgãos, com seu Decreto Regulamentador, se constituem no ordenamento jurídico brasileiro objeto da pesquisa sobre a disposição do corpo. O Estado ou o ordenamento jurídico não pode limitar a autonomia da vontade da pessoa, especialmente quando a vontade é livre e o negócio jurídico é celebrado de acordo com os ditames legais, ao invés, deve fornecer os elementos e as condições necessárias para o pleno exercício da autonomia da vontade. Eventual limitação somente deve ocorrer quando a vontade livre da pessoa causar prejuízo à dignidade da pessoa humana.

Palavras-Chave: Autonomia da Vontade. Direito à Disposição do Corpo.

Resumen: El estudio trata de la libertad de la voluntad y disposición del cuerpo humano en el ordenamiento jurídico brasileño. La voluntad, como elemento básico de la operación, le da a la gente la libertad de contratación, ya que presupone la existencia de una relación jurídica

¹ Mestrando em Direito Fundamentais Cíveis da Universidade do Oeste de Santa Catarina, *campus* Chapecó(SC). Mestre em Relações Internacionais para o MERCOSUL pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Especialista em Direito Civil pela Universidade do Oeste de Santa Catarina. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade do Contestado. Graduado em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina. Coordenador e Professor do Curso de Direito da UNOESC *campus* de Joaçaba(SC). Advogado desde 1991.

² Professor e Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina. Doutor em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá. Estágio com bolsa PDEE CAPES, no Center for Civil and Human Rights da University of Notre Dame, Indiana, Estados Unidos (fevereiro-julho/2011). Mestre em Direito Público, Especialista em Processo Civil, Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Juiz Federal da Justiça Federal de Santa Catarina desde 1996.

destinada a servir a uma necessidade específica. El poder de la autodeterminación en el cuerpo no es ilimitada, sobre todo cuando los ataques de la vida. La Constitución Federal, el Código Civil y la Ley de Trasplante de Órganos, con su decreto regulador, constituyen el objeto del sistema jurídico brasileño de la investigación sobre la disposición del cuerpo. El Estado o la ley no puede limitar la autonomía de la voluntad de la persona, sobre todo cuando la voluntad es libre y negocio jurídico se aceptará de acuerdo con los dictados legales, en cambio, debe proporcionar la información y las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad. Cualquier limitación sólo debe ocurrir cuando el libre albedrío de la persona que causa daño a la dignidad humana.

Palabras clave: Autonomía de la Voluntad. Derecho a la Disposición del Cuerpo.

I – Introdução

Pretende-se, com o presente estudo, contribuir para a discussão sobre os limites da autonomia da vontade na disposição do corpo humano, especialmente no ordenamento jurídico brasileiro.

A liberdade de contratação é verdadeiro direito de cada pessoa, por conta da significativa inclusão social, a partir da possibilidade que cada um tem de, conscientemente e dentro do âmbito do ordenamento jurídico, buscar a satisfação de seus desejos e, a partir dos efeitos pretendidos, proporcionar bem estar para si e também para seus familiares.

Inicialmente, alguns apontamentos doutrinários sobre a autonomia da vontade serão abordados, para que se esclareça sua extensão, possibilitando um entendimento sobre o conceito da autonomia da vontade.

Na sequência, o ordenamento jurídico vem à baila³, especialmente quando há disposição sobre o corpo humano, considerando breves inserções da Constituição Federal, do

³ Importante ressaltar que, considerando o recorte teórico deste estudo, não haverá discussão concernente ao Projeto de Lei 2126, de 2001, atualmente em trâmite no Congresso Nacional, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil – Marco Civil da Internet, que trata, inclusive, sobre o respeito à liberdade de expressão, tendo como alguns fundamentos os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais, a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e como alguns princípios a garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição e a proteção da privacidade, dentre outros. Disponível em

Código Civil e da Lei de Transplantes de Órgãos e sua regulamentação, no que interessem à pesquisa para, ao final, verificar a necessidade de imposição de limites à autonomia da vontade na disposição do corpo.

II – Autonomia da vontade

A autonomia da vontade⁴, sob o ponto de vista de cada um, pode ser entendida como a intenção de estabelecer determinado negócio jurídico com alguém, objetivando constituir uma relação jurídica que atenda a uma necessidade pontual, desde que observados os preceitos legais inerentes. É claro que o Estado não deve obstar as contratações, mas proporcionar que as pessoas exerçam seu direito ao exercício da autonomia da vontade, criando mecanismos para evitar abusos e injustiças.

Importante salientar que a autonomia da vontade guarda relação direta com o negócio jurídico. Segundo Roberto Senise Lisboa⁵ (2010, p. 388), negócio jurídico é o acordo de vontades que tem por finalidade a aquisição, a modificação ou a extinção de direito, decorrente do poder de autorregulamentação de interesses que é conferido às partes. Ressaltando o contrato, mas em outra obra⁶, o mesmo autor menciona:

Negócio jurídico é o acordo de vontades que tem por fim a aquisição, a transmissão e a extinção de direitos. É a sucessão de atos jurídicos coordenados entre si, que pode decorrer do consensualismo das partes (é o caso do contrato) ou da aceitação posterior à extinção de sujeito do direito (pessoa física ou pessoa jurídica) de ato jurídico por ela praticado (como, por exemplo, a aceitação de herança outorgada por disposição testamentária).

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=912989&filename=PL+2126/2011>. Acesso em: 31 jan. 2014.

⁴ O presente trabalho se constitui no início das atividades visando ao projeto para dissertação, no qual se tratará do interesse de terceiros, da ordem pública e da dignidade da pessoa humana. No estudo atual, tratar-se-á exclusivamente sobre a dignidade da pessoa humana.

⁵ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**: teoria geral do direito civil. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 388. Insta salientar que, adiante, o Autor menciona (pg. 389): “Com a intervenção estatal sobre o conteúdo dos negócios jurídicos, em geral com o intuito de proceder ao reequilíbrio das relações, fala-se atualmente na adoção de *cláusulas negociais gerais* fixadas pela lei, a serem observadas pelo predisponente e pelo aderente, sem qualquer possibilidade de renúncia aos seus termos, ante a prevalência do interesse social e de ordem pública.”

⁶ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**: contratos e declarações unilaterais: teoria geral e espécies. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 3. Continuando, o autor esclarece (p. 50): “Trata-se o negócio jurídico, pois, de modalidade de relação jurídica da qual o contrato é a sua principal categoria, ou seja, é o vínculo constituído entre duas partes em função de um objeto (bem da vida), a ser transmitido total ou parcialmente, a título provisório ou definitivo, gratuito ou oneroso, mediante a operação adotada (objeto operação).”

Nos pressupostos gerais de validade do negócio jurídico, Pablo Stolze Gagliano e Roberto Pamplona Filho⁷ (2011, p. 370), também incluem a (a) manifestação de vontade *livre e de boa-fé*, desdobrados em dois princípios, (i) da autonomia privada e (ii) da boa-fé, pois “A autonomia privada, conceito umbilicalmente ligado à noção de liberdade negocial, é a pedra de toque de toda a *teoria do negócio jurídico*. Traduz a liberdade de atuação do indivíduo no comércio jurídico, respeitados ditames mínimos de convivência social e moralidade média.”

A vontade como pressuposto básico do negócio jurídico é ressaltada por Carlos Roberto Gonçalves⁸ (2011, p. 350), segundo o qual a vontade é um elemento de caráter subjetivo, que se revela através da declaração, relacionando a autonomia da vontade com o negócio jurídico: “Pelo tradicional princípio da autonomia da vontade as pessoas têm liberdade de, em conformidade com a lei, celebrar negócios jurídicos, criando direitos e contraindo obrigações.”

Fábio Ulhoa Coelho⁹ (2010, p. 304) também vincula negócio jurídico à declaração de vontade, quando as pessoas regulam seus interesses, de forma, livre: “O reconhecimento, pela lei, da aptidão dos negócios jurídicos – correspondentes a declarações volitivas ou de verdade, tanto faz – para produzir efeitos corresponde a princípio basilar do direito privado: o da autonomia da vontade.”

⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. Na continuação (p. 370), os Autores mencionam os outros pressupostos: “(b) agente emissor da vontade *capaz e legitimado* para o negócio; (c) objeto lícito, *possível e determinado (ou determinável)*; (d) forma *adequada (livre ou legalmente prescrita)*.”

⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p. 350. O Autor ainda menciona (pg. 351) que a fisionomia tradicional do direito civil foi alterada, pois princípios e institutos fundamentais, como a propriedade, o contrato, o casamento, etc., emigraram para o texto das Constituições, dando-se destaque à função social de que se acham revestidos.

⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1. p. 304. Importante ressaltar o que o Autor diz na sequência (pg. 306): “Dar primazia à vontade é respeitar a intenção motivadora do negócio jurídico. Pressupõe-se que o sujeito de direito concordara em praticar tal negócio porque tinha, internamente, determinada intenção. Fossem outras as consequências, o sujeito não teria concordado em praticá-lo. Em sua mente, projetara certos efeitos e queria vê-los realizados, e não outros. Esta foi a *causa* do ato. Se, a final, os efeitos imaginados não se realizarem em razão do descarte da intenção íntima – a ‘verdadeira’ – em favor da declarada, isso equivale a obrigar aquele sujeito *contra* a sua vontade. Mas, por outro lado, é impossível descobrir a intenção do sujeito motivadora de sua participação no negócio jurídico. Ela se manifestou na intimidade cerebral de um homem ou mulher, e ninguém mais lhe tem acesso. O que se comunica é sempre a intenção declarada. Que a declaração não corresponde à vontade, isto é algo que ninguém pode provar. Dar primazia à declaração, assim, é garantir a segurança nas relações jurídicas. Não sendo possível adentrar à intenção motivadora do ato, não há outra alternativa a não ser tomar a declarada como seu fiel retrato.”

Acerca do princípio da autonomia da vontade, César Fiuza¹⁰ (2008, p. 402) tem interessante manifestação: “É o mais importante princípio. É ele que faculta às partes total liberdade para concluir seus contratos. Funda-se na vontade livre, na liberdade de contratar. O contrato é visto como fenômeno da vontade e não como fenômeno econômico-social.”

Ainda no universo da declaração de vontade, Orlando Gomes¹¹ (2007, p. 240) trata da autonomia privada, diretamente ligada ao Direito Privado:

O Direito Positivo reconhece às pessoas o poder de provocar efeitos jurídicos por meio de certos atos. Tal é o território da *autonomia privada*, isto é, do poder atribuído ao particular de partejar, por sua vontade, relações jurídicas concretas, admitidas e reguladas, *in abstracto*, na lei.

Na conceituação de autonomia privada reúnem-se os dois institutos centrais do Direito Privado: a *propriedade* e o *contrato* ou o *negócio jurídico* que, sendo mais amplo, a este abrange.

Um pouco mais além, adentrando na disposição do próprio corpo, importante contribuição vem de Vicente de Paulo Barreto e Janaína Reckziegel¹² (2013, p. 215), acerca do poder, limitado, de disposição do próprio corpo, quando afirmam que o “direito à integridade física consiste em um poder que toda pessoa tem sobre seu próprio corpo, no

¹⁰ FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 12 ed. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 402. Também são relacionados os quatro planos da autonomia da vontade (p. 402): “Exerce-se a autonomia da vontade em quatro planos: 1º) Contratar ou não contratar. Ninguém pode ser obrigado a contratar, apesar de se impossível uma pessoa viver sem celebrar contratos. 2º) Com quem e o que contratar. As pessoas devem ser livres para escolher seu parceiro contratual e o objeto do contrato. 3º) Estabelecer as cláusulas contratuais, respeitados os limites da Lei. 4º) Mobilizar ou não o Poder Judiciário para fazer respeitar o contrato, que, uma vez celebrado, torna-se fonte formal de Direito. Um pouco mais além, o Autor (pgs. 402-4), sobre a principiologia clássica do Direito Contratual, menciona ainda o princípio da obrigatoriedade contratual, traduzido pelo brocardo latino *pacta sunt servanda* e o princípio do consensualismo, considerado a regra geral dos contratos, mas limitado por algumas exceções, quando a Lei exige formalidades determinadas para alguns contratos. Ambos os princípios seriam desdobramentos do princípio da autonomia da vontade.”

¹¹ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19. ed. rev. atual. e aum. por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 240. Na continuação, os atualizadores da obra mencionam que (pg. 240): “A função mais característica do *negócio jurídico* é, porém, servir de meio de atuação das pessoas na esfera de sua autonomia. É através dos negócios jurídicos que os particulares *auto-regulam* seus interesses, estatuidos as regras a que voluntariamente quiseram subordinar o próprio comportamento. Domina atualmente o pensamento de que o negócio jurídico exprime o poder de autodeterminação dos sujeitos de direito, notadamente no campo das relações patrimoniais. Encarado esse poder na sua função de autodisciplina das próprias pessoas interessadas na constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica, apresenta-se como expressão de *autonomia privada*. Salienta-se a correlação entre *negócio jurídico* e *autonomia privada*, dizendo-se que se a autonomia privada é o poder de autodeterminação, e o negócio jurídico é o instrumento através do qual o poder de autodeterminação se concretiza.”

¹² BARRETO, Vicente de Paulo; RICKZIEGEL, Janaína. Dignidade humana, experiências científicas e Direito Humanos. In: ALEXY, Robert *et al* (Orgs.). **Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Cíveis e Sociais**: um diálogo Brasil e Alemanha. Joaçaba: Ed. UNOESC, 2013. p. 215 Continuando, os autores asseveram que (p. 215): “Enquanto o direito à vida é indisponível, o direito à integridade física o é – em certo limite, haja vista que o consentimento é proibido quando cause uma diminuição permanente da integridade, ou quando seja por outra forma contrária à lei, à ordem pública ou aos bons costumes.”

entanto, o poder de autodeterminação sobre o corpo não deve ser interpretado como um direito ilimitado, isso porque sua licitude irá se perder a partir do momento em que atentar contra o bem superior que é a vida.”

Importante também a opinião de Fernanda Borghetti Cantali¹³ (2009, p. 207):

Se a liberdade deve ser entendida como o poder de autodeterminação que a pessoa exerce sobre si mesma, autorregulamentando seu corpo, seus pensamentos, seus comportamentos, sua vontade, tanto na ação como na omissão, determinando os valores que são válidos para si próprio, trata-se de um bem juridicamente tutelado em sua natureza, admitindo as direções e escolhas feitas pelo próprio titular. Embora não tenha conteúdo típico, restrito, não pode ser confundida com arbítrio, já que o exercício da liberdade é dirigido por “coordenadas gerais”, ou seja, ninguém pode ser constrangido a fazer ou deixar de fazer algo que não queira (liberdade negativa), bem como pode o titular praticar qualquer ato que não seja proibido e desde que não atinja a esfera dos direitos e interesses alheios, não seja contrária à boa-fé, à ordem pública, aos bons costumes e às finalidades sociais do Estado, além de não violar a dignidade humana (liberdade positiva).

Tratada a questão da autonomia da vontade, com esclarecimentos sobre seu conceito, as determinações legais do ordenamento jurídico brasileiro devem ser consideradas, para se perquirir acerca do que é possível – e lícito – fazer, na disposição do próprio corpo.

III – Ordenamento Jurídico Brasileiro

A análise dos dispositivos legais que tratam da autonomia da vontade sobre a disposição do corpo humano no ordenamento jurídico brasileiro começa com algumas disposições constitucionais.

Os arts. 1º¹⁴, III, V, 5º¹⁵, II e X, além dos arts. 170¹⁶ e 199¹⁷, § 4º, da Carta Magna, contemplam, respectivamente, a dignidade da pessoa humana e a livre iniciativa como

¹³ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da Personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. Continua a autora (p. 210): “Se a liberdade deve ser entendida como o poder de autodeterminação que a pessoa exerce sobre si mesma, autorregulamentando seu corpo, seus pensamentos, seus comportamentos, sua vontade, tanto na ação como na omissão, determinando os valores que são válidos para si próprio, trata-se de um bem juridicamente tutelado em sua natureza, admitindo as direções e escolhas feitas pelo próprio titular. Embora não tenha conteúdo típico, restrito, não pode ser confundida com arbítrio, já que o exercício da liberdade é dirigido por ‘coordenadas gerais’, ou seja, ninguém pode ser constrangido a fazer ou deixar de fazer algo que não queira (liberdade negativa), bem como pode o titular praticar qualquer ato que não seja proibido e desde que não atinja a esfera dos direitos e interesses alheios, não seja contrária à boa-fé, à ordem pública, aos bons costumes e às finalidades sociais do Estado, além de não violar a dignidade humana (liberdade positiva).”

preceitos fundamentais, garantem a inviolabilidade da vida e da intimidade da vida privada, obrigam a pessoa somente aos termos da lei e dispõem sobre a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, o mesmo quanto às transfusões de sangue e derivados.

Há óbvia garantia do direito à vida às pessoas, embora a efetividade dos preceitos seja questionável, considerando os graves problemas estruturais da saúde, da educação e outros tantos atualmente discutidos e, muitos, judicializados.

O Código Civil, especificamente quando trata dos direitos da personalidade, tem, no art. 11¹⁸, a impossibilidade de limitação voluntária, apesar das exceções legais. O art. 13¹⁹,

¹⁴ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; *In Vade Mecum Universitário RT*. 5.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 15.

¹⁵ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; *Ibid.* p. 15-6.

¹⁶ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente;

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. *Ibid.* p. 116.

¹⁷ Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 4º. A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização. *Ibid.* p. 126.

¹⁸ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. *Ibid.* p. 267.

¹⁹ Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial. *Ibid.* p. 267-8.

por sua vez, proíbe a disposição do próprio corpo, salvo para transplante e desde que não macule, de forma permanente, a integridade física do doador.

O art. 14²⁰ permite, por um lado, a disposição gratuita do próprio corpo, mas somente para depois da morte, com revogação a qualquer tempo. Por outro, a proibição de tratamento ou intervenção cirúrgica, em que haja risco de vida, é terminantemente proibida pelo art. 15²¹ do Código Civil.

O negócio jurídico tem suas condições de validade determinadas pelo art. 104²², quais sejam a capacidade do agente, a forma prescrita ou não defesa em lei e o objeto lícito, possível e determinado (ou determinado), além da questão da forma, mencionada pelo art. 107²³ e da intenção pretendida, que se sobrepõe à linguagem, nos termos do art. 112²⁴, ambos também do Código Civil.

Observando a situação da disposição do próprio corpo, ainda, sob a égide dos arts. 421²⁵ e 422²⁶, do Código Civil, verifica-se a necessidade de se perquirir acerca da função social do “contrato”, da honestidade da contratação e da boa-fé na execução do contrato, com o denominado “ganha-ganha”, objetivo de toda e qualquer contratação, porquanto a pressuposição é que ninguém contrate alguém ou alguma coisa para descumprir o contrato de maneira voluntária, considerando a existência de eventual cláusula penal.

Como interessa-nos a disposição do corpo ainda durante a vida, somente alguns dispositivos da Lei n. 9434, de 4 de fevereiro de 1997 – Lei de Transplantes de Órgãos serão

²⁰ Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo. Ibid. p. 268

²¹ Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. Ibid. p. 268

²² Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I – agente capaz;

II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III – forma prescrita ou não defesa em lei. Ibid. p. 281.

²³ Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir. Ibid. p. 281

²⁴ Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem. Ibid. p. 282.

²⁵ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Ibid. p. 317.

²⁶ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. Ibid. p. 317.

observados. A utilização de tecidos, órgãos e partes do corpo humano somente é possível dentro dos ditames legais da lei referida e de forma exclusivamente gratuita, conforme dicção expressa do *caput* de seu art. 1^{o27}.

No art. 9^{o28} consta a forma de exteriorização da vontade de alguma pessoa em doar seus órgãos duplos, em vida, sua revogação a qualquer momento, o autotransplante e a doação pelo incapaz. A aceitação pelo receptor consta no art. 10²⁹, a lista prévia que deve existir, bem como a aceitação pelo receptor incapaz, enquanto que o art. 15³⁰ penaliza aquele que comprar

²⁷ Art. 1^o. A disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou *post mortem*, para fins de transplante e tratamento, é permitida na forma desta Lei.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, não estão compreendidos entre os tecidos a que se refere este artigo o sangue, o espermatozoide e o óvulo. *Ibid.* p. 2372.

²⁸ Art. 9^o. É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4^o deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea.

§ 1^o. (VETADO)

§ 2^o. (VETADO)

§ 3^o. Só é permitida a doação referida neste artigo quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora.

§ 4^o. O doador deverá autorizar, preferencialmente por escrito e diante de testemunhas, especificamente o tecido, órgão ou parte do corpo objeto da retirada.

§ 5^o. A doação poderá ser revogada pelo doador ou pelos responsáveis legais a qualquer momento antes de sua concretização.

§ 6^o. O indivíduo juridicamente incapaz, com compatibilidade imunológica comprovada, poderá fazer doação nos casos de transplante de medula óssea, desde que haja consentimento de ambos os pais ou seus responsáveis legais e autorização judicial e o ato não oferecer risco para a sua saúde.

§ 7^o. É vedado à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea e o ato não oferecer risco à sua saúde ou ao feto.

§ 8^o. O auto-transplante depende apenas do consentimento do próprio indivíduo, registrado em seu prontuário médico ou, se ele for juridicamente incapaz, de um de seus pais ou responsáveis legais. *Ibid.* p. 2372

²⁹ Art. 10. O transplante ou enxerto só se fará com o consentimento expresso do receptor, assim inscrito em lista única de espera, após aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento.

§ 1^o. Nos casos em que o receptor seja juridicamente incapaz ou cujas condições de saúde impeçam ou comprometam a manifestação válida da sua vontade, o consentimento de que trata este artigo será dado por um de seus pais ou responsáveis legais.

§ 2^o. A inscrição em lista única de espera não confere ao pretense receptor ou à sua família direito subjetivo a indenização, se o transplante não se realizar em decorrência de alteração do estado de órgãos, tecidos e partes, que lhe seriam destinados, provocado por acidente ou incidente em seu transporte.

Parágrafo único. Nos casos em que o receptor seja juridicamente incapaz ou cujas condições de saúde impeçam ou comprometam a manifestação válida de sua vontade, o consentimento de que trata este artigo será dado por um de seus pais ou responsáveis legais. *Ibid.* p. 2374.

³⁰ Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano:

Pena – reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou auferir qualquer vantagem com a transação. *Ibid.* p. 2375.

ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano com 3 (três) a 8 (oito) anos de reclusão, mais multa, o mesmo ocorrendo com o intermediário da prática.

A regulamentação da Lei de Transplantes se deu a partir do Decreto n. 2268, de 30 de junho de 1997, que institui o Sistema Nacional de Transplante (SNT), sua estrutura e a captação, tratando dos estabelecimentos de saúde, da retirada de partes, dos procedimentos, do transplante e também do enxerto. A manifestação da pessoa, ainda em vida, para a doação de órgãos *post mortem*, independe de consentimento da família, nos termos do art. 14³¹, além de relacionar que tal manifestação da vontade (doação) deve constar dos documentos pessoais.

O art. 15³² condiciona o pleno exercício da capacidade civil para disposição de tecidos, órgãos e partes do corpo em vida, sem comprometimento das funções vitais, quando

³¹ Art. 14. A retirada de tecidos, órgãos e partes, após a morte, poderá ser efetuada, independentemente de consentimento expresso da família, se, em vida, o falecido a isso não tiver manifestado sua objeção.

§ 1º. A manifestação de vontade em sentido contrário à retirada de tecidos, órgãos e partes será plenamente reconhecida se constar da Carteira de Identidade Civil, expedida pelos órgãos de identificação da União, dos Estados e do Distrito Federal, e da Carteira Nacional de Habilitação, mediante inserção, nesses documentos, da expressão “não-doador de órgãos e tecidos”.

§ 2º. Sem prejuízo para a validade da manifestação de vontade, como doador presumido, resultante da inexistência de anotações nos documentos de pessoas falecidas, admitir-se-á a doação expressa para retirada após a morte, na forma prevista no Decreto nº 2.170, de 4 de março de 1997, e na Resolução nº 828, de 18 de fevereiro de 1977, expedida pelo Conselho Nacional de Trânsito, com a anotação “doador de órgãos e tecidos” ou, ainda, a doação de tecidos, órgãos ou partes específicas, que serão indicados após a expressão “doador de ...”.

§ 3º. Os documentos de que trata o § 1º deste artigo, que venham a ser expedidos, na vigência deste Decreto, conterão, a pedido do interessado, as indicações previstas nos parágrafos anteriores.

§ 4º. Os órgãos públicos referidos no § 1º deverão incluir, nos formulários a serem preenchidos para a expedição dos documentos ali mencionados, espaço a ser utilizado para quem desejar manifestar, em qualquer sentido, a sua vontade em relação à retirada de tecidos, órgãos e partes, após a sua morte.

§ 5º. É vedado aos funcionários dos órgãos de expedição dos documentos mencionados neste artigo, sob pena de responsabilidade administrativa, induzir a opção do interessado, salvo a obrigatoriedade de informá-lo de que, se não assinalar qualquer delas, será considerado doador presumido de seus órgãos para a retirada após a morte.

§ 6º. Equiparam-se à Carteira de Identidade Civil, para os efeitos deste artigo, as carteiras expedidas pelos órgãos de classe, reconhecidas por lei como prova de identidade.

§ 7º. O interessado poderá comparecer aos órgãos oficiais de identificação civil e de trânsito, que procederão à gravação da sua opção na forma dos §§ 1º e 2º deste artigo, em documentos expedidos antes da vigência deste Decreto.

§ 8º. A manifestação de vontade poderá ser alterada, a qualquer tempo, mediante renovação dos documentos. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/D2268.htm>. Acesso em: 31 jan. 2014.

³² Art. 15. Qualquer pessoa capaz, nos termos da lei civil, pode dispor de tecidos, órgãos e partes de seu corpo para serem retirados, em vida, para fins de transplantes ou terapêuticas.

§ 1º. Só é permitida a doação referida neste artigo, quando se tratar de órgãos duplos ou partes de órgãos, tecidos ou partes, cuja retirada não cause ao doador comprometimento de suas funções vitais e aptidões físicas ou mentais e nem lhe provoque deformação.

§ 2º. A retirada, nas condições deste artigo, só será permitida, se corresponder a uma necessidade terapêutica, comprovadamente indispensável e inadiável, da pessoa receptora.

o órgão for duplo e não houver deformação posterior. A doação deve especificar, ainda, qual órgão, tecido ou parte do corpo será doada, para pessoa identificada.

A necessidade de consentimento expresso do receptor consta no art. 22³³, que também obriga à informação acerca do procedimento e de suas perspectivas, enquanto que o art. 23³⁴ condiciona o procedimento à inexistência de outras práticas terapêuticas reversíveis e à doença irreversível ou incapacitante.

Ultrapassada a verificação de dispositivos legais da Constituição Federal, do Código Civil e da Lei de Transplante de Órgãos, indispensável algum comentário sobre a atual mercantilização do corpo humano.

§ 3º. Exigir-se-á, ainda, para a retirada de rins, a comprovação de, pelo menos, quatro compatibilidades em relação aos antígenos leucocitários humanos (HLA), salvo entre cônjuges e consangüíneos, na linha reta ou colateral, até o terceiro grau inclusive.

§ 4º. O doador especificará, em documento escrito, firmado também por duas testemunhas, qual tecido, órgão ou parte do seu corpo está doando para transplante ou enxerto em pessoa que identificará, todos devidamente qualificados, inclusive quanto à indicação de endereço.

§ 5º. O documento de que trata o parágrafo anterior, será expedido, em duas vias, uma das quais será destinada ao órgão do Ministério Público em atuação no lugar de domicílio do doador, com protocolo de recebimento na outra, como condição para concretizar a doação.

§ 6º. Excetua-se do disposto nos §§ 2º, 4º e 5º a doação de medula óssea.

§ 7º. A doação poderá ser revogada pelo doador a qualquer momento, antes de iniciado o procedimento de retirada do tecido, órgão ou parte por ele especificado.

§ 8º. A extração de parte da medula óssea de pessoa juridicamente incapaz poderá ser autorizada judicialmente, com o consentimento de ambos os pais ou responsáveis legais, se o ato não oferecer risco para a sua saúde.

§ 9º. A gestante não poderá doar tecidos, órgãos ou partes de seu corpo, salvo da medula óssea, desde que não haja risco para a sua saúde e a do feto. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/D2268.htm>. Acesso em: 31 jan. 2014.

³³ Art. 22. O transplante ou enxerto só se fará com o consentimento expresso do receptor, após devidamente aconselhado sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento.

§ 1º. Se o receptor for juridicamente incapaz ou estiver privado dos meios de comunicação oral ou escrita ou, ainda, não souber ler e escrever, o consentimento para a realização do transplante será dado por um de seus pais ou responsáveis legais, na ausência dos quais, a decisão caberá ao médico assistente, se não for possível, por outro modo, mantê-lo vivo.

§ 2º. A autorização será aposta em documento, que conterà as informações sobre o procedimento e as perspectivas de êxito ou insucesso, transmitidas ao receptor, ou, se for o caso, às pessoas indicadas no parágrafo anterior.

§ 3º. Os riscos considerados aceitáveis pela equipe de transplante ou enxerto, em razão dos testes aplicados na forma do art. 24, serão informados ao receptor que poderá assumi-los, mediante expressa concordância, aposta no documento previsto no parágrafo anterior, com indicação das seqüelas previsíveis. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/D2268.htm>. Acesso em: 31 jan. 2014.

³⁴ Art. 23. Os transplantes somente poderão ser realizados em pacientes com doença progressiva ou incapacitante, irreversível por outras técnicas terapêuticas, cuja classificação, com esse prognóstico, será lançada no documento previsto no § 2º do artigo anterior. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/D2268.htm>. Acesso em: 31 jan. 2014.

Giovanni Berlingher³⁵ (2004, p. 179) ressalta que “As doenças do corpo humano tornam-se uma fonte de lucro, e a sua imagem (em particular a do corpo feminino) é usada como veículo para vender qualquer tipo de mercadoria. Ainda mais relevante no aspecto moral é um novo fenômeno: as partes isoladas e componentes, as ‘peças de reposição’ do corpo e as suas funções, como, por exemplo, a gestação, foram levadas ao mercado.”

Em outra obra do mesmo autor, em parceria com Volnei Garrafa³⁶ (2001, p. 172), a superação de limites e o progresso da ciência são a tônica: “O argumento da autonomia é baseado no direito do indivíduo de dispor do próprio corpo. A sua força está em haver quebrado, nos últimos séculos, muitos limites religiosos e jurídicos que refreavam a livre manifestação dos desejos do corpo e das legítimas aspirações dos indivíduos. A sua concretização e estímulo derivam também do fato de a ciência contribuir para tornar possível, em muitos campos, o controle, a correção e a melhoria das funções corpóreas.”

Ao retratar as perplexidades do Direito, especialmente no que diz respeito à visão diferenciada com que o corpo humano é visto sob o ponto de vista moral, apartado do viés ético, mas mencionando, adiante, o regramento nacional específico, José Antônio Peres Gediél³⁷ (2000, p. 108) lembra que: “A tutela jurídica do corpo humano, ao reafirmar a idéia de sua dignidade intrínseca e da sua singularidade essencial, permitindo a disposição voluntária pelo sujeito, abre espaço, muitas vezes, à reificação e patrimonialização do corpo, com base em parâmetros econômicos, despidos de conteúdo ético. A problemática da disposição do corpo e do cadáver e sua destinação terapêutica enseja, por sua vez, regulamentação por legislação especial, principalmente, em virtude da difusão e aumento da utilização das técnicas de transplantes de órgãos e tecidos humanos.”

³⁵ BERLINGHER, Giovanni. **Bioética cotidiana**. Trad. Lavínia Aguilar Porciúncula. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004. p. 179. O autor prossegue, confirmando o caráter mercantilista de partes do corpo humano (p. 179): “Isso está relacionado à possibilidade, antes inexistente, de usar as partes separadas do corpo humano para combater doenças, remediar a esterilidade, substituir os órgãos e os tecidos deteriorados. O fato novo é que, junto à destinação benéfica desses ‘materiais’, deu-se paralelamente a sua transformação em mercadorias.”

³⁶ BERLINGUER, Giovanni e GARRAFA, Volnei. **O mercado humano**: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo. 2.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 172.

³⁷ GEDIÉL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000. Na sequência, o autor ressalta a legislação nacional (p. 108): “A legislação brasileira especial (Lei nº 9.434/97), seguindo os passos da Constituição Federal de 1988, acolhe o conjunto de princípios ético-jurídicos e de normas deontológicas que vêm sendo formulados e orientam as legislações ocidentais, em geral, no tratamento dessas questões.”

Em que pese todo o ordenamento jurídico envolvido e relacionado, não se pode olvidar do disposto no já mencionado art. 1º, III, da Constituição da República, que contempla a dignidade da pessoa humana como preceito fundamental e que deve ser respeitado pela legislação infraconstitucional, na qual se encontram o Código Civil e a Lei de Transplante de Órgãos. Para melhor entendimento do que se trata, é possível estabelecer, de forma sucinta, duas dimensões da dignidade da pessoa humana: a dimensão básica e a dimensão cultural³⁸.

Por um lado, a dimensão básica da dignidade possui relação direta com a proteção do indivíduo contra qualquer prática que o reduza à condição de coisa, de mercadoria, reduzindo seu *status* de sujeito de direito. Também pode ser entendida como aquele conjunto de valores mínimos e fundamentais necessários à existência humana.

A dimensão cultural, por outro lado, serve como proteção à diversidade moral, pelas diferentes formas como cada sociedade implementa o nível básico da dignidade, possuindo relação direta com fatores culturais e históricos específicos daquela sociedade.

A denominada “constitucionalização” da dignidade humana, fenômeno muito interessante, decorrente da irradiação das normas e preceitos constitucionais ao ordenamento jurídico infraconstitucional³⁹, é mencionada por Peter Häberle⁴⁰ (2005, p. 95), quando afirma seu aparecimento “no catálogo de direitos fundamentais junto ao princípio da igualdade, impregnando, de outra parte, inclusive o âmbito de proteção de uma série de novas liberdades individuais.”

Entende-se que a dignidade da pessoa humana deve servir como limitadora à autonomia da vontade das pessoas, que não devem poder contratar o que bem entenderem,

³⁸ A partir das aulas da disciplina Morfologia dos Direitos Humanos Fundamentais, ministradas pelo Prof. Dr. Narciso Leandro Xavier Baez, no Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC, *campus* de Chapecó(SC), durante o primeiro semestre letivo de 2013.

³⁹ Importante salientar que no presente trabalho pressupõe-se que as normas e preceitos constitucionais, a teor do § 1º, do art. 5º, da Constituição da República, têm aplicação imediata, inclusive aos negócios jurídicos de caráter privado, aos quais a autonomia da vontade, como fundamento do Direito Privado, está íntima e diretamente relacionada.

⁴⁰ HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 89-152. O autor, adiante (fls. 95), assinala que normas sobre a dignidade humana estão presentes expressamente nas constituições portuguesa, italiana, turca, grega, alemã, espanhola, finlandesa, suíça, polonesa e estônia, inclusive com a menção do dispositivo legal respectivo.

sob pena da redução do *status* do sujeito de direitos à condição de mercadoria ou de coisa, retornando à categoria de *res*, afeta, ainda, ao Direito Romano.

IV – Conclusão

Após uma breve verificação do ordenamento jurídico brasileiro que trata da disposição do corpo, torna-se imperativo que se aponte a necessidade (ou não) da imposição de limites à autonomia da vontade na disposição do corpo humano, haja vista que o Estado ou o ordenamento jurídico não pode limitar a autonomia da vontade da pessoa, especialmente quando a vontade é livre e o negócio jurídico é celebrado de acordo com os ditames legais. Ao invés, deve fornecer os elementos e as condições para o pleno exercício da autonomia da vontade pelas pessoas.

Eventual limitação pode e deve ocorrer somente quando a vontade livre da pessoa natural, na efetivação de negócios jurídicos de caráter privado, ferir a dignidade da pessoa humana, diminuindo ou reduzindo sua condição a simples mercadoria, sem prejuízo de outras situações pontuais, como o prejuízo a terceiros ou à ordem pública, mas estas circunstâncias, devido ao recorte teórico do presente estudo, implicarão na necessidade de outro ensaio, mais aprofundado.

V – Referências

BARRETO, Vicente de Paulo; RICKZIEGEL, Janaína. Dignidade humana, experiências científicas e Direito Humanos. In: ALEXY, Robert *et al* (Orgs.). **Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Civis e Sociais: um diálogo Brasil e Alemanha**. Joaçaba: Ed. UNOESC, 2013.

BERLINGHER, Giovanni. **Bioética cotidiana**. Trad. Lavínia Aguilar Porciúncula. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

BERLINGUER, Giovanni e GARRAFA, Volnei. **O mercado humano: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo**. 2.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

BRASIL. Decreto n. 2268, de 30 de junho de 1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/D2268.htm>. Acesso em: 31 jan. 2014.

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

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 12 ed. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19. ed. rev. atual. e aum. por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 89-152.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**: contratos e declarações unilaterais: teoria geral e espécies. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 3.

_____. **Manual de Direito Civil:** teoria geral do direito civil. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

Vade Mecum Universitário RT. 5.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 15.