

A AUTONOMIA PRIVADA DOS MORTOS E SEUS SUCESSORES E O DIREITO À VIDA: A LEI DE TRANSPLANTES E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

CESAR CALO PEGHINI¹

THIAGO MELIM BRAGA²

RENATO MELLO LEAL³

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO – 2 UM CONCEITO DE AUTONOMIA PRIVADA, DE DIREITO À VIDA E DE MORTE NO DIREITO BRASILEIRO – 3 O TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS NO

¹ Pós-doutorando em Direito pela Università degli Studi di Messina, Itália. Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Especialista em Direito do Consumidor na experiência do Tribunal de Justiça da União Europeia e na Jurisprudência Espanhola, pela Universidade de Castilla-La Mancha, em Toledo, Espanha. Especialista em Direito Civil pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Escola Paulista de Direito (EPD). Graduado em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Professor titular permanente do programa de pós-graduação *stricto sensu* (mestrado) da Escola Paulista de Direito (EPD). Professor dos cursos de pós-graduação *lato sensu* da Escola Paulista de Direito (EPD). Professor convidado no curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro fundador e diretor de eventos do Instituto Brasileiro de Direito Contratual (IBDCont). Associado e diretor de eventos do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM/SP). Associado ao Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (BRASILCON). Advogado e consultor jurídico em São Paulo/SP. E-mail principal: cesar@renatolealadv.com.br. E-mail adicional: E-mail: cesar_peghini@hotmail.com.

² Doutorando e mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP (PUC/SP). Especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP (PUC/SP). Professor em cursos de pós-graduação *lato sensu* da Faculdade INSTED (Campo Grande/MS). Advogado em São Paulo/SP. E-mail principal: thiago@renatolealadv.com.br. E-mail adicional: thiagomelimbraga@gmail.com.

³ Mestre em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Especialista em Direito Contratual pela Escola Paulista de Direito (EPD). Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor em cursos de pós-graduação *lato sensu* da Escola Paulista de Direito (EPD). Advogado em São Paulo/SP. E-mail principal: renato@renatolealadv.com.br. E-mail adicional: renatomleal@gmail.com.

BRASIL E A LEGISLAÇÃO ACERCA DO TEMA – 4
UM DOS “PRINCIPAIS” IMPEDITIVOS PARA A
LIVRE CONCORDÂNCIA COM OS
TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS E TECIDOS: A
RELIGIÃO – 5 A SOLUÇÃO DO CONFLITO ENTRE
AUTONOMIA PRIVADA, DIREITO À VIDA E
DIREITO À LIBERDADE DE CRENÇA: UMA
PROPOSTA DE ANÁLISE CONCLUSIVA –
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo o estudo acerca da atual regulação da doação de órgãos e tecidos à luz de nossa Constituição Federal de 1988, especialmente analisando o enfrentamento entre o direito fundamental à liberdade de escolha (autonomia privada) e o direito à vida frente ao direito, também fundamental, à liberdade de crença e de religião, partindo da análise de alguns conceitos dos direitos envolvidos para, em seguida, ingressar na questão específica sobre o tema proposto, analisando a legislação, a doutrina e a jurisprudência correlata à questão e as comparando com dispositivos e interpretações possíveis de nossa Constituição. Adotam-se, para tanto, duas abordagens metodológicas distintas: a primeira exploratória, justamente do enquadramento conceitual de cada um dos principais objetos que envolvem a questão analisada, por meio de uma pesquisa eminentemente bibliográfica; e a segunda, por sua vez, analítica-quantitativa, observando e analisando alguns dados brasileiros sobre a questão da doação. O artigo pretendeu, portanto, fazer uma abordagem teórica sobre os aludidos tópicos e, ao final, verificou a possibilidade, de acordo com uma interpretação constitucional, de obrigatoriedade na doação de órgãos e tecidos *post mortem* na hipótese de o *de cuius* não ter se autodeclarado.

PALAVRAS-CHAVE: Autonomia privada. Direito à liberdade de escolha. Direito à vida. Interpretação constitucional. Transplante de órgãos e tecidos.

**THE PRIVATE AUTONOMY OF THE DECEASED AND THEIR
SUCCESSORS AND THE RIGHT TO LIFE: THE LAW OF
TRANSPLANTS AND THE FEDERAL CONSTITUTION**

ABSTRACT: This article aims to study the current regulation of organ and tissue donation in the light of our Federal Constitution of 1988, especially analyzing the confrontation between the fundamental right to freedom of choice (private autonomy) and the right to life against the right, also fundamental, to freedom of belief and religion, starting from the analysis of some concepts of the rights involved to then enter the specific issue on the proposed theme, analyzing the legislation, doctrine and jurisprudence related to the issue and comparing them

with possible devices and interpretations of our Constitution. For this purpose, two distinct methodological approaches are adopted: the first is exploratory, precisely the conceptual framing of each of the main objects that involve the question analyzed, by means of an eminently bibliographical research; and the second, in turn, is analytical-quantitative, observing and analyzing some Brazilian data on the issue of donation. The article intended, therefore, to make a theoretical approach on the mentioned topics and, at the end, verified the possibility, according to a constitutional interpretation, of obligatory donation of organs and tissues post mortem in the hypothesis that the deceased person had not self-declared.

Key Words: Autonomy of will. Right to freedom of choice. Right to life. Constitutional interpretation. Organ and tissue transplantation.

INTRODUÇÃO

Precipualemente, a sobreposição da autonomia de vontade dos mortos e/ou de seus sucessores ao direito à vida: uma análise da lei brasileira dos transplantes de órgãos e tecidos à luz da Constituição Federal Brasileira almeja responder a um inquietante questionamento: a autonomia privada para doação de órgãos e tecidos de quem morreu, em razão de sua não informação aos familiares, pode se sobrepor ao direito à vida dos demais cidadãos que estão aguardando na fila para transplantes, dentro da realidade brasileira?

Nesse diapasão, surge um segundo questionamento: a previsão legal de escolha – contemplando a prevalência da autonomia privada a priori – não deveria sequer existir, tornando-se obrigatória a doação de órgãos e tecidos quando o de cujus não tiver declarado ser ou não doador, sempre que possível, respeitados os requisitos médicos necessários e a segurança física e jurídica do receptor?

Estabelecemos, nas linhas que seguem, o que se pretende a título de objetivo geral, bem como a título de objetivos específicos. Em síntese, o objetivo geral do presente artigo é investigar, a partir da delimitação do tema, a possibilidade de inexistência de escolha na doação de órgãos e tecidos para transplante pelo de cujus, quando não havia prestado esta informação, para

minimizar as filas de transplantes no Brasil e prestigiar o direito à vida, digna, dos pacientes que aguardam por um transplante de órgão ou tecido.

Por sua vez, no tocante aos objetivos específicos, temos: realizar estudos de aprofundamento que nos permitam ampliar a perspectiva teórica sobre os conceitos de: autonomia privada, liberdades positiva e negativa, liberdade religiosa e de crença, direito à disposição sobre o próprio corpo e, ainda, renúncia a direitos fundamentais; relacionar os conceitos obtidos com o atual modelo de doação de órgãos e tecidos no Brasil; verificar qual o melhor modelo para a realidade brasileira e, ainda, se justificaria a alteração legislativa sobre a prevalência da autonomia privada, quando o direito à liberdade de escolha colide com o direito à vida, sem deixarmos de considerar conceitos como o da morte digna e questões relacionadas ao pós-morte do de cujus, que optou por não ser doador ou não se autodeclarou, em razão de influxos crença e religião que a pessoa eventualmente professava ou que sua família professava.

Estabelecidos os objetivos, geral e específicos, o desenvolvimento do presente trabalho consistirá, a priori, em estudo bibliográfico sobre os referidos objetivos. A pesquisa bibliográfica, conseqüentemente, tem a finalidade de explorar problemas a partir de pressupostos teóricos sobre a abordagem do tema em pesquisas científicas, de forma que esta referência não é mera repetição, mas a busca de um novo enfoque ou abordagem, chegando a conclusões inovadoras. Portanto, a fundamentação teórica obtida pela bibliografia que aborda o tema é de extrema relevância para respaldar todo o trabalho científico que se quer apresentar, com a investigação da realidade e dos conteúdos específicos propostos.

Assim, dividiremos o presente artigo em conceituação do direito fundamental à liberdade de escolha (autonomia privada) e o direito à vida frente ao direito, também fundamental, à liberdade de crença e de religião, analisando e delimitando seus conceitos. Sucessivamente, apresentaremos um panorama da atual legislação acerca da doação e do transplante de órgãos e tecidos em nossa realidade, relacionando com normas constitucionais aplicáveis ao tema.

Após os conceitos delimitados e a atual realidade evidenciada, ingressaremos na questão específica sobre o tema proposto, analisando a legislação e a comparando com dispositivos e interpretações possíveis de nossa Constituição, sobre o tema, notadamente com a questão religiosa, um dos impeditivos para a concretização de uma evolução para a questão, inclusive marcada – ou não – pela necessidade de uma política pública mais efetiva para a captação dos órgãos e tecidos que servirão para o transplante, justamente em razão do tempo de isquemia (tempo de retirada de um órgão e transplante deste em outra pessoa).

O artigo pretende, também, fazer uma abordagem teórica sobre os aludidos tópicos e, ao final, verificar se há possibilidade, de acordo com uma interpretação constitucional, de obrigatoriedade na doação de órgãos e tecidos post mortem, em especial na hipótese de o de cujus não ter se autodeclarado, doador ou não doador, relegando assim a escolha, como atualmente ocorre, à sua família.

2 UM CONCEITO DE AUTONOMIA PRIVADA, DE DIREITO À VIDA E DE MORTE NO DIREITO BRASILEIRO

O esforço teórico empreendido pela doutrina em pesquisar acerca do direito à liberdade de escolha, à vida, à saúde, à autonomia privada na disposição sobre o próprio corpo e à morte digna visa não apenas à sua ciência e delimitação de cada um dos referidos temas, mas também à necessidade de entender quais seus limites, se é que realmente existem e, se existem, quais são, bem como compatibilizá-los de maneira geral e abstrata, através de um comando legislativo, através de suas inúmeras espécies, ou de maneira casuística, devendo ser analisados a partir de cada caso que se apresenta, com influxos dos referidos direitos.

Positivados estes paradigmas, quais sejam, a necessidade de conceituação e, mais, de delimitação sobre os temas, impõe-se, continuamente

e em termos constitucionais, à doutrina jurídica, realizar o esforço dogmático de modo a atualizar as pesquisas acerca do referencial teórico de tais direitos e de os verificar em situações de relevância social, especialmente no Brasil, como no caso dos transplantes de órgãos e tecidos, a que se propõe o presente artigo.

A Constituição Federal, que inaugurou uma nova ordem constitucional em 1988, apresenta um rol de direitos e garantias fundamentais, os quais se realizam especialmente nas relações sociais, com o Estado e entre particulares⁴, razão pela qual é fundamental que seja garantida a sua força normativa⁵, a fim de que não seja uma mera folha de papel⁶ e que efetivamente seja capaz de evidenciar, dentro de suas normas (abarcados os conteúdos de regras e princípios), quais seus limites.

Contudo, é relevante que o tema seja tratado também pensando a alteração da forma clássica de separação dos poderes⁷, analisando o Poder Judiciário por um prisma diferente, com a função também de conformar o sistema democrático no qual estamos inseridos, nos apropriando do conceito de judicialização da política que, para Boaventura de Souza Santos, “[h]á *judicialização da política sempre que os tribunais, no desempenho normal das suas funções, afectam de modo significativo as condições da acção política, sem nos esquecermos da questão relacionada ao “ativismo judicial”*⁸.

Nessa esteira, parece-nos necessária a delimitação dos conceitos dos institutos que adotaremos, como liberdade de escolha, no sentido de autonomia privada, e, por sua vez, direito à vida, atrelando a este uma qualificadora, qual

⁴ Sobre a temática: CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Colisões de direitos fundamentais nas relações jurídicas travadas entre particulares e a regra da proporcionalidade: potencialidades e limites da sua utilização a partir da análise de dois casos. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro (Coords.) **Lições de direito constitucional**: em homenagem ao professor Jorge Miranda. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

⁵ Principalmente de acordo com: HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

⁶ De acordo com a obra de: LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

⁷ TAVARES, André Ramos. A superação da doutrina tripartite dos “poderes” do Estado. **Revista de Direito Constitucional e Internacional** (RDCI 29/66) – out.-dez.,1999

⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A judicialização da política**. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/opinioao/bss/078en.php>>. Acesso em: 23 abr.2021.

seja, a dignidade, que nos parece hoje ser utilizada indistintamente, com a finalidade de validar e maximizar alguns posicionamentos.

Iniciando com a delimitação do conceito de autonomia privada a ser adotado, temos a seguinte expressão a considerar, que cunhava a autonomia da vontade do indivíduo:

Muitos estudiosos que se dedicam à Bioética entendem o respeito ao ser humano como o princípio máximo, do qual devem emanar os princípios éticos de tudo e de todos que com este se lidam, como é o caso da Medicina. Fica implícito, assim, que o respeito à autonomia do indivíduo é um dos pontos básicos em que necessariamente se deve fundamentar toda relação entre seres humanos⁹.

Indubitavelmente, a questão abordada é de bioética e, portanto, nos leva a considerar a autonomia da vontade, que pode ser conceituada como:

Autonomia da vontade é aquela sua propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objectos do querer). O princípio da autonomia é portanto: não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal. Que esta regra prática seja um imperativo, quer dizer que a vontade de todo o ser racional esteja necessariamente ligada a ela como condição, é coisa que não pode demonstrar-se pela simples análise dos conceitos nela contidos, pois se trata de uma proposição sintética; teria que passar-se além do conhecimento dos objectos e entrar numa crítica do sujeito, isto é da razão prática pura; pois esta proposição sintética, que ordena apodicticamente, tem que poder reconhecer-se inteiramente a priori¹⁰.

⁹ LEONE, Cláudio. A criança, o adolescente e a autonomia. **Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, v.6, n.1, 1998. p. 1. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/324/392>. Acesso em 23 abr. 2021

¹⁰ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007, pp. 85-86, traduzida do alemão por Paulo Quintela.

Contudo, o princípio da autonomia da vontade, que, no liberalismo, fundia-se com a concepção de soberania absoluta dos e entre particulares, atualmente (não tanto assim, já que o termo passa a ser desenvolvido após a 2ª Guerra Mundial), recebe nomenclatura diversa. Começa-se a utilizar o termo autonomia privada, como forma de demonstrar a superação desse dogma do arbítrio ilimitado e supremo. Esta, por sua vez, se eleva à condição de direito fundamental e é, ao mesmo tempo, delimitada por outros direitos fundamentais (pelo próprio ordenamento jurídico, portanto), mas preserva

[...] o poder criador, modificativo e extintivo de situações e relações jurídicas, no âmbito e na forma previstas pelo mesmo ordenamento que concede este poder. Ao regulamentar, de forma direta e individual, seus próprios interesses pessoais, o sujeito faz coincidir sua autonomia privada com os interesses que o ordenamento escolhe proteger. A competência pessoal e jurídica que o sujeito tem para autorregular certos interesses encontra sua fonte no ordenamento jurídico¹¹.

De outro lado, cumpre-nos estabelecer o que adotaremos como conceito de direito à vida, para delimitarmos, ao fim deste item, a definição de morte para o nosso direito. O direito à vida pode ser considerado como “*premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo*”¹². Outrossim, “*aparece vinculado aos direitos à integridade física, alimentação adequada, a se vestir com dignidade, a moradia, a serviços médicos, ao descanso e aos serviços sociais indispensáveis*”¹³. Todavia, os autores ainda alertam para uma questão que se revela crucial para o desenvolvimento do presente tema: “*o direito à vida cola-se ao ser humano, desde que este surge e até o momento de sua morte*”¹⁴.

¹¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Autonomia privada e negócio jurídico. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**, Porto Alegre, v.5, p.69-87, set. 2005.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 255.

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 256.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 257.

Para além das concepções acerca de quando a vida tem seu início¹⁵, o direito brasileiro delimita o que se pode conceder como morte, justamente na Lei n.º 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Logo, os artigos 3º e 13 da referida lei são claros ao dispor acerca da morte encefálica, ou seja, a completa e irreversível parada de todas as funções do cérebro.

3 O TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS NO BRASIL E A LEGISLAÇÃO ACERCA DO TEMA

Estabelecidos alguns dos conceitos que nos permitirão prosseguir com o presente trabalho, é necessário ressaltar que não apenas almejamos pesquisar acerca do tema, mas encontrar caminhos para responder ao problema proposto.

Antes de desenvolver o tema legislativo, cumpre-nos delimitar o que entende, a doutrina médica, como transplante, justamente porque a referida palavra é tema central de análise do presente trabalho científico. Logo, uma das conceituações aceita é:

O transplante é um procedimento cirúrgico que consiste na reposição de um órgão (coração, pulmão, rim, pâncreas, fígado) ou tecido (medula óssea, ossos, córneas) de uma pessoa doente (receptor), por outro órgão ou tecido normal de um doador vivo ou morto¹⁶.

Delimitado o conceito de transplante, vale ressaltar que trataremos da doação de órgão e/ou tecido de uma pessoa que esteja morta, diagnosticada

¹⁵ Sobre o tema: MEIRELLES, Jussara Leal de. A vida humana embrionária e sua proteção jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

¹⁶ Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/dicas/142transplante_de_orgaos.html>. Acesso em 23 abr. 2021.

com morte encefálica. A Constituição Federal de 1988, nesse sentido, elenca direitos e garantias fundamentais e cumpre às demais leis de nosso ordenamento jurídico, pela simetria constitucional, guardar relação de observância para com as suas normas, sob pena de serem declaradas inconstitucionais. E é nesse sentido que nos parece ser interessante a análise da Lei n.º 9.434/97, que sofreu alterações desde a sua promulgação – como pela Lei 10.211, do ano de 2001 –, mas que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, dando, ademais, outras providências sobre o tema.

Justamente sobre a relevância da análise da lei supramencionada é que também se debruça a pesquisa proposta acerca do tema veiculado neste artigo, com a atual análise de novas proposições legislativas, como a do projeto de lei 453/2017, de iniciativa do Senado Federal, ou do projeto de lei 3.176/2019, também de iniciativa do Senado Federal.

O projeto n.º 453/2017 visa, dentre outras providências, facilitar a doação de órgãos e tecidos entre vivos e para os casos de doadores que, quando de sua morte, assim ainda não haviam se declarado. A proposta do Senador Lasier Martins (PSD/RS) propõe, em apertada síntese, a alteração do *caput* do art. 4º da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, a fim de tornar explícito que o consentimento familiar, no caso de doação de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para depois da morte, só se faz necessário quando o potencial doador não tenha, em vida, se manifestado expressa e validamente a respeito. Atualmente, o projeto foi remetido à Câmara dos Deputados, com comunicado de apreciação da matéria em caráter terminativo e aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça da casa proponente¹⁷.

De outro lado, o projeto n.º 3.176/2019, de autoria do Senador Major Olímpio (PSL/SP), prevê a alteração da Lei nº 9.434/97 e da Lei nº 8.072/90, para tornar presumida a doação de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, tornar hediondos os crimes que especifica, permitir campanhas para arrecadação de fundos para financiamento de transplante ou enxerto e dá outras

¹⁷ Para acompanhamento da matéria, disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131654>>. Acesso em: 23 abr. 2021.

providências. Em sede de explicação da ementa, a propositura visa tornar presumida a autorização para doação de órgãos de pessoas maiores de 16 anos e tornar hediondos, além de majorar as penas, dos crimes de remoção ilegal de partes do corpo de pessoa ou cadáver, de compra ou venda de partes do corpo humano, de realização de transplante com partes do corpo humano obtidas ilegalmente e de recolhimento, transporte, guarda ou distribuição de partes do corpo humano obtidas ilegalmente. Atualmente, o projeto encontra-se na Comissão de Constituição e Justiça, com relator designado, mas aguardando relatório¹⁸.

Ocorre que através das vias legislativas, em razão do caráter reflexivo da norma e do receio do resultado das próximas eleições, projetos delicados costumam ter seu trâmite mais dilatado, por assim dizer, o que revela a importância de serem tratados em outros âmbitos que não apenas o do Congresso Nacional, mas na doutrina e, por conseguinte, na ciência do Direito. Assim, é também por esta razão que no início do presente tópico chamamos atenção à necessidade de compatibilização das leis infraconstitucionais, nas suas mais diversas espécies normativas, com a própria Constituição Federal, inclusive com o objetivo de entender ou, melhor nos expressando, presumir quais os riscos na promulgação de textos normativos que, posteriormente, serão declarados inconstitucionais. Apenas a título de esclarecimento, ao presente trabalho não cumprirá analisar se há controle prévio de constitucionalidade pela CCJ.

Ainda dentro da perspectiva legislativa, salientamos que, nos dias de hoje, para que o transplante de uma pessoa que morreu, sem sua declaração expressa de doador, seja permitido, deve haver expresse consentimento de sua família, obedecidas as regras trazidas pela legislação vigente. Assim, passemos à detida análise da referida legislação.

Nesse diapasão, o artigo 4º da Lei n.º 9.434/97 dispõe que para a retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas, *post mortem*, portanto, seja para transplantes ou para outra finalidade terapêutica, dependerá

¹⁸ Para acompanhamento da matéria, disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137006>>. Acesso em: 23 abr. 2021.

(parece-nos que pela redação, obrigatoriamente) da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

Incontestavelmente, a dúvida e, assim, o necessário consentimento da família surge exatamente porque a pessoa que morreu não era autodeclarada como doadora de órgãos, sendo certo que a questão do silêncio aqui compreendida, permite que seja mantida a inviolabilidade do corpo, mesmo com a morte encefálica declarada. Esta interpretação, inclusive, é verificada também da interpretação dos artigos 5º e 6º do referido diploma legal, que estabelecem:

Art. 5º A remoção post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa juridicamente incapaz poderá ser feita desde que permitida expressamente por ambos os pais, ou por seus responsáveis legais.

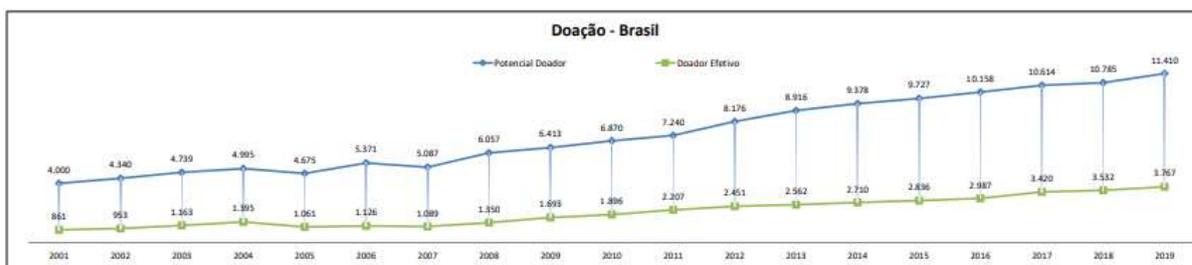
Art. 6º É vedada a remoção post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoas não identificadas.

Em que pese o esforço legislativo empreendido e demonstrado nas linhas que antecederam a esta, o atual modelo nacional é o de necessidade de autorização, vedada a remoção, se esta não for realizada nos termos da legislação vigente e, inclusive, implicando em responsabilidade no âmbito criminal, tal como a tipificação de vilipêndio de cadáver, conforme artigo 212 do Código Penal.

Entretanto, para além da questão do cometimento ou não de crime e, ainda, a responsabilização em outros âmbitos, civil e administrativo, há uma realidade apontada nos números e relacionada à questão legislativa que merece destaque, qual seja, o Sistema Nacional de Transplantes (SNT), bem como o portal governamental de saúde do Governo Federal, fornecem números, estatísticas, seccionados por região do Brasil ou mesmo por Estado,

subdividindo em “doadores por local - Brasil e regiões”, “transplantes por local - Brasil e regiões”, “transplantes por local – PMP - Brasil e regiões”¹⁹.

Enfrentando a realidade, iremos nos ater aos dados brasileiros em geral. Analisando os números²⁰, presentes também na tabela abaixo, podemos observar um crescente número de potenciais doadores:



De outro lado, observamos que o número de doadores efetivos não cresce no mesmo exponencial que os potenciais doadores²¹. E, a fim de irmos adiante, o próximo gráfico demonstra a estabilidade no número de recusa familiar, após a realização da entrevista:



Analisando, pois, a partir do ano de 2013 até o ano de 2018, portanto, um passado recente, é possível constatar a estabilidade do porcentual, na verdade variação mínima, de negativa familiar, que se mantém entre 39,4% e 44,3%.

A problemática, diante dos dados apresentados, revela-se extremamente relevante, posto que é um dado de realidade estatística o *déficit* no número de transplantes de órgãos e tecidos no Brasil, ainda mais quando comparamos o

¹⁹ Disponível em: <<https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z-1/d/doacao-de-orgaos>>. Acesso em: 23 abr. 2021.

²⁰ Disponível em: <<https://antigo.saude.gov.br/images/pdf/2020/June/15/Brasil.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2021.

²¹ Idem.

crescente número de doadores em potencial, bem como a questão da natalidade em um país com dimensões continentais como é o nosso caso. Outrossim – para além da questão numérica da recusa, que precisa ser analisada e entendida, até para sabermos quais os reais motivos de recusa familiar, – temos que nos atentar ao fato de que inúmeros são os casos e relatos de espera na fila do Sistema Único de Saúde em que há morte em razão da ausência de órgãos e tecidos em número suficiente para os transplantes necessários. Assim, partamos para um dos impeditivos em nossa realidade.

4. UM DOS “PRINCIPAIS” IMPEDITIVOS PARA A LIVRE CONCORDÂNCIA COM OS TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS E TECIDOS: A RELIGIÃO

Poderíamos elencar alguns fatores como limitadores da concordância, para os casos de pessoas que morreram e não se declaravam doadores, como, por exemplo, a falta de conhecimento/ignorância sobre o tema ou, eventualmente, preconceito em relação ao tema, bem como uma suposição de que a pessoa que morreu não estaria de acordo com tal prática. Entretanto, uma questão que merece destaque, até por se tratar de um direito fundamental, é a liberdade religiosa como limitadora da possibilidade de autorização familiar.

A questão ora vertente, portanto, perpassa uma análise acerca do que vem a ser liberdade, bem como seus dois principais conceitos²², dentre outros. A liberdade, filosoficamente compreendida, pode ser conceituada de diversas formas. Neste diapasão, "*a liberdade é antes de tudo um fenômeno existencial [...]*"²³.

Como o objetivo deste trabalho não é discutir a liberdade, única e exclusivamente a partir de um matiz filosófico, pois, caso o fosse, deveríamos

²² De acordo com: BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. **Estudos sobre a humanidade**: uma antologia de ensaios. São Paulo: Brasiliense, 1999, p. 226-272.

²³ OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **A Proteção Constitucional e Internacional do Direito à Liberdade de Religião**. 1. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 33.

adentrar no campo do idealismo e da metafísica, iremos nos ater aos conceitos de liberdade interna e externa, positiva e negativa²⁴. A liberdade interna pode ser denominada, também, de subjetiva, consistindo no livre arbítrio, podendo ser conceituada como vontade interior, não externalizada. No tocante à liberdade externa, também denominada como objetiva, podemos considerá-la como poder de escolha que gerará consequências a partir de uma escolha feita; "isto é, se se têm condições objetivas para atuar no sentido da escolha feita, e, aí, se põe a questão da *liberdade externa*"²⁵.

A liberdade relaciona-se, de igual maneira, com o conceito de legalidade, no sentido de o direito de fazer tudo o que as leis permitem²⁶. Assim, José Afonso da Silva leciona no sentido de que "[...] o princípio é de que todos têm liberdade de fazer e de não fazer o que bem entender, salvo quando a lei determine em contrário"²⁷. A ideia de legalidade, por outro lado e como justificado acima, foi superada até mesmo pelas inovações da teoria inicialmente pensada por Montesquieu²⁸.

Aqui, todavia, em razão da abertura da vertente no tocante à inter-relação entre liberdade e legalidade, é relevante considerar como lei qualquer norma elaborada pelo Poder Público, posto que, diante do Estado Constitucional Democrático de Direito atual, a lei, que obrigue ou não a fazer alguma coisa, deve ser constitucional e legítima, por esta razão também nos parece relevante analisar a lei dos transplantes de órgãos e tecidos no Brasil, da maneira como está conformada atualmente, tentando, outrossim, observar o futuro da discussão que envolve o presente tema, em razão das alterações legislativas supracitadas.

A análise do contexto filosófico de liberdade demonstrou diversas vertentes, algumas baseadas por juristas e não filósofos. Superada a vertente

²⁴ BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. **Estudos sobre a humanidade**: uma antologia de ensaios. São Paulo: Brasiliense, 1999, p. 226-272

²⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 231.

²⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **De l'esprit de lois**, Paris, Édition Garnier Frères, 1956, XI, 3.

²⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 235.

²⁸ Contribuições nesse sentido: TAVARES, André Ramos. A superação da doutrina tripartite dos "poderes" do Estado. **Revista de Direito Constitucional e Internacional** (RDCI 29/66) – out.-dez., 1999

histórica, existencial e legalista, a liberdade pode ser conceituada como *"um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade"*²⁹. E, ainda, *"a liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal"*³⁰.

Até o momento, podemos concluir que a liberdade, partindo da análise filosófica e até mesmo sociológica, tem atribuídas ao seu conceito várias acepções, sendo a inter-relação com a felicidade uma delas, no sentido de que a liberdade é capaz de proporcionar ao homem a transposição dos obstáculos que se opõem à realização de sua personalidade. Analisando de maneira mais aprofundada, é capaz de proporcionar a transposição dos obstáculos que se opõem à realização de sua própria felicidade. Em detida análise ao aspecto ora abordado, um conceito que se amolda perfeitamente é o de que *"a liberdade é um poder de autodeterminação, em virtude do qual o homem escolhe por si mesmo seu comportamento pessoal"*³¹.

Sinteticamente, não se pode olvidar que a liberdade está em constante evolução e conquista, bem como que as conceituações filosóficas e sociológicas nos ajudam a compreender os atuais conceitos de liberdade, mas nos ocuparemos da análise da liberdade a partir da ideia de direito fundamental à disposição do próprio corpo, liberdade de escolha, buscando compatibilizá-lo com conceitos como o da autonomia privada e o da renúncia a direitos fundamentais³².

Não nos parece difícil definir que a pessoa, ainda em vida, possa dispor sobre o que pretende seja feito com seus órgãos e tecidos após a sua morte. Há, no entanto, possibilidades – que não serão abordadas no presente trabalho, até mesmo pelo corte epistemológico realizado – permissivas de se discutir, em razão dos direitos fundamentais em conflito, quais sejam, vida de quem espera por um transplante e a liberdade de escolha, autonomia privada, de quem opta

²⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 233.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ RIVERO, Jean. **Lés libertés publiques - 1. Les droits de l'Homme**. Paris, PUF, 1973, p. 14.

³² NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo: a relevância da vontade na configuração do seu regime**. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 652-685.

por não doar, sobre a mitigação do direito à disposição sobre o próprio corpo após à morte. Entretanto, nos cumpre analisar os casos em que a pessoa não se declarou doadora e, portanto, há negativa por parte da família e, no mais das vezes, o óbice é religioso.

“A religião é um conceito interpretativo”³³, mas que obviamente merece ser analisada quando há implicação na diferenciação entre corpo e matéria e, ainda, quando há religiões que levam em consideração a preservação do corpo, a fim de que possa atingir o plano do divino. Nesse mesmo sentido, não se presta o presente trabalho a analisar todas as religiões ou, ainda, a ausência de religião, mas observar que a liberdade religiosa, direito fundamental, deve ser (ou não) preservado quando a questão envolver a possibilidade (ou não) de negativa da família no transplante de órgãos e tecidos.

Nas linhas que seguem, portanto, tratemos mais detidamente da religião e, posteriormente, do direito fundamental à liberdade religiosa. Sobre a religião, esta pode ser definida como:

um sistema de símbolos que atua para estabelecer poderosas, penetrantes e duradouras disposições e motivações nos homens através da formulação de conceitos de uma ordem de existência geral e vestindo essas concepções com tal aura de fatualidade que as disposições e motivações parecem singularmente realistas.³⁴

A definição de religião, ainda que sofra pequenas alterações, é também acompanhada de questões que a envolvem, tais como: não coercitividade, proselitismo e laicidade do Estado. Assim, “a não coercitividade teórica das asserções ligadas a assuntos de religião se deve a uma separação dotada de valor de verdade e uma asserção que só pode possuir valor de crença”³⁵.

³³ DWORKIN, Ronald. **Religion without God**. Cambridge: Harvar University Press, 2013, p. 7.

³⁴ GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. 1. Ed. Rio de Janeiro: LTC, 2014, p. 67.

³⁵ KLEIN, Joel Thiago. Liberdade e Religião: a relação entre religião, política e direito em Kant, pp. 95-140. In: KLEIN, Joel Thiago; NAHRA, Cinara; MENEZES; Antônio Basílio N. T. de. **A religião em questão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 98.

De outro lado, não há como se afastar a análise acerca dos referidos temas mencionados no parágrafo antecedente, uma vez que faz parte da religião, em que se professa uma fé, a busca da conversão por parte daqueles que acreditam, em relação justamente àqueles que não possuem crença alguma ou, melhor, que acreditam na inexistência de qualquer ser superior.

Contudo, estando adstritos a um Estado Laico, no nosso caso brasileiro, devemos defender, por suposto, a fundamentalidade do direito à liberdade religiosa³⁶, sem, todavia, nos afastarmos justamente da existência de outros direitos e garantias fundamentais, bem como da possibilidade de limitação ou mitigação de tais direitos e garantias fundamentais a depender do caso concreto que se apresenta à solução, utilizando-se, para tanto, dos métodos para a colisão entre os direitos e garantias fundamentais dos referidos casos concretos (método da proporcionalidade, tópico ou, ainda, de hierarquização entre direitos fundamentais).

Em recente julgamento do Supremo Tribunal Federal, sobre o ensino religioso em escolas da rede pública (ADI 4439³⁷), foram catalogadas mais de

³⁶ Sobre o tema: DUTRA, Delamar José Volpato. Sobre a fundamentalidade do direito à liberdade religiosa, pp. 185-194. In: KLEIN, Joel Thiago; NAHRA, Cinara; MENEZES; Antônio Basílio N. T. de. **A religião em questão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

³⁷ ENSINO RELIGIOSO NAS ESCOLAS PÚBLICAS. CONTEÚDO CONFSSIONAL E MATRÍCULA FACULTATIVA. RESPEITO AO BINÔMIO LAICIDADE DO ESTADO/LIBERDADE RELIGIOSA. IGUALDADE DE ACESSO E TRATAMENTO A TODAS AS CONFISSÕES RELIGIOSAS. CONFORMIDADE COM ART. 210, §1º, DO TEXTO CONSTITUCIONAL. CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 33, CAPUT E §§ 1º E 2º, DA LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL E DO ESTATUTO JURÍDICO DA IGREJA CATÓLICA NO BRASIL PROMULGADO PELO DECRETO 7.107/2010. AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE. 1. A relação entre o Estado e as religiões, histórica, jurídica e culturalmente, é um dos mais importantes temas estruturais do Estado. A interpretação da Carta Magna brasileira, que, mantendo a nossa tradição republicana de ampla liberdade religiosa, consagrou a inviolabilidade de crença e cultos religiosos, deve ser realizada em sua dupla acepção: (a) proteger o indivíduo e as diversas confissões religiosas de quaisquer intervenções ou mandamentos estatais; (b) assegurar a laicidade do Estado, prevendo total liberdade de atuação estatal em relação aos dogmas e princípios religiosos. 2. A interdependência e complementariedade das noções de Estado Laico e Liberdade de Crença e de Culto são premissas básicas para a interpretação do ensino religioso de matrícula facultativa previsto na Constituição Federal, pois a matéria alcança a própria liberdade de expressão de pensamento sob a luz da tolerância e diversidade de opiniões. 3. A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e compreende não somente as informações consideradas como inofensivas, indiferentes ou favoráveis, mas também as que possam causar transtornos, resistência, inquietar pessoas, pois a Democracia somente existe baseada na consagração do pluralismo de ideias e pensamentos políticos, filosóficos, religiosos e da tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo. 4. A singularidade da previsão constitucional de ensino religioso, de matrícula facultativa, observado o binômio Laicidade do Estado (CF, art. 19, I)/Consagração da Liberdade religiosa (CF, art. 5º, VI), implica regulamentação integral do cumprimento do preceito constitucional previsto no artigo 210, §1º, autorizando à rede pública o oferecimento, em igualdade de condições (CF, art. 5º, caput), de ensino confessional das diversas crenças. 5. A Constituição

140 denominações religiosas encontradas, o que nos impede, até em razão do tamanho do presente trabalho acadêmico e já exposto acima, analisar cada uma delas, mas necessário se faz reconhecer a sua relevância e, por conseguinte, influência em relações como a negativa ou autorizativa no tocante à doação de órgãos e/ou tecidos para transplante. O que se almeja, portanto, não é uma análise visando uma “*antirreligiosidade seletiva*”³⁸, mas apenas elencar duas ou três denominações religiosas em que o problema proposto pode ser melhor visualizado.

Diante do âmbito de incidência a que se propõe o presente trabalho, defensor dos direitos e garantias fundamentais, antes de adentrarmos na exemplificação de algumas denominações religiosas, devemos ressaltar que a liberdade religiosa é gênero, dos quais são espécies: liberdade de crença, de culto e de organização religiosa e, ainda, revela-se um princípio estrutural do Estado, nele compreendidos a Separação do Estado da Igreja.

Diante da necessidade, o conceito de liberdade religiosa, respeitados os diversos do que ora se apresenta, a ser adotado neste artigo é:

A assim denominada liberdade religiosa, enquanto direito fundamental, há de incluir a liberdade: i) de opção em valores transcendentais (ou não); ii) de crença nesse sistema de valores; iii) de seguir dogmas baseados na fé e não na racionalidade

Federal garante aos alunos, que expressa e voluntariamente se matriculem, o pleno exercício de seu direito subjetivo ao ensino religioso como disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, ministrada de acordo com os princípios de sua confissão religiosa e baseada nos dogmas da fé, inconfundível com outros ramos do conhecimento científico, como história, filosofia ou ciência das religiões. 6. O binômio Laicidade do Estado/Consagração da Liberdade religiosa está presente na medida em que o texto constitucional (a) expressamente garante a voluntariedade da matrícula para o ensino religioso, consagrando, inclusive o dever do Estado de absoluto respeito aos agnósticos e ateus; (b) implicitamente impede que o Poder Público crie de modo artificial seu próprio ensino religioso, com um determinado conteúdo estatal para a disciplina; bem como proíbe o favorecimento ou hierarquização de interpretações bíblicas e religiosas de um ou mais grupos em detrimento dos demais. 7. Ação direta julgada improcedente, declarando-se a constitucionalidade dos artigos 33, caput e §§ 1º e 2º, da Lei 9.394/1996, e do art. 11, § 1º, do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé, relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, e afirmando-se a constitucionalidade do ensino religioso confessional como disciplina facultativa dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental (ADI 4439, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 20-06-2018 PUBLIC 21-06-2018)

³⁸ PINZANI, Alessandro. Estado laico e interferência religiosa, pp. 267-288. In: KLEIN, Joel Thiago; NAHRA, Cinara; MENEZES; Antônio Basílio N. T. de. **A religião em questão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 276.

estrita, iv) da liturgia (cerimonial), o que pressupõe a dimensão coletiva da liberdade; v) do culto propriamente dito, o que inclui um aspecto individual; vi) dos locais de prática do culto; vii) de não ser o indivíduo inquirido pelo Estado sobre as suas convicções; viii) de não ser o indivíduo prejudicado, de qualquer forma, nas suas relações com o Estado, em virtude de sua crença declarada³⁹.

Delimitado, pois, o conceito de liberdade religiosa e verificando a questão religiosa como atinente ao tema central do presente artigo, podemos exemplificar como religião em que não se permite, em razão da morte da pessoa, a doação de órgãos e tecidos para transplantes: budismo. No budismo, a remoção de um órgão de um cadáver é vista como espécie de perturbação existente entre a unidade do corpo e do espírito. De outro lado, no Islã, o corpo é inviolável e, portanto, considerado sagrado durante a vida, mas também depois da morte⁴⁰.

Em que pese a divergência sobre o tema e, ainda, a ideia de sacralidade, não apenas da vida, mas do corpo, mesmo ao fim da vida, não há certeza científica de que alguma religião mais comum proíba formalmente doar ou receber órgãos de doadores vivos ou falecidos, a religião das Testemunhas de Jeová, a exemplo, preceitua a impossibilidade não da doação de órgãos em si, mas da transfusão de sangue em tal prática⁴¹.

Nesse sentido, alguns Ulemás muçulmanos da Ásia e Muftis se opõem à doação em vida ou morte por considerar o corpo sob *tutela de Deus*, sendo inviolável após sua morte. Por sua vez, no catolicismo há defesa e, de certa forma, incentivo, da doação como um ato de amor. Por fim, no Islamismo, o ser humano não é proprietário de uma parte ou totalidade de seu corpo, e seus órgãos não devem ser negociados, mas podem ser doados⁴². Logo, podemos

³⁹ TAVARES, André Ramos. **Religião e neutralidade do Estado**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte, ano 2, n. 5, pp. 13-25, jan./mar. 2008, p. 15.

⁴⁰ Sobre o desenvolvimento do tema nas principais religiões existentes: PESSINI, Léo. A eutanásia na visão das grandes religiões mundiais (budismo, islamismo, judaísmo e cristianismo). **Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, v. 7, n. 1, pp. 83-99, 1999.

⁴¹ Detalhamento da questão em: GARCIA, Clotilde Druck (org.) **Doação e transplante de órgãos e tecidos**. São Paulo: Segmento Farma, 2015, p. 200.

⁴² Sobre a divergência da possibilidade ou não da doação de órgãos e tecidos para transplantes, seja a pessoa viva ou morta: Bruzzone P. *Religious Aspects of Organ Transplantation*. **Transplantation Proceedings**. 2008, pp. 1064-7

admitir que não é tão evidente assim, na doutrina religiosa, a impossibilidade de transplantes.

No caso brasileiro, há artigo científico sobre o tema, explorando justamente a relação entre a religião e os transplantes, do qual se extrai mais uma ausência de conhecimento sobre a questão do que qualquer outra razão, ainda que de fundo religioso, para impedir a possibilidade de transplantes de órgãos e tecidos⁴³. Nesse sentido:

*a negativa das pessoas em considerar-se como doador de órgãos e causada pela dificuldade do ser humano em admitir sua finitude, enfrentando a própria morte, e também por causa da desinformação e de muitas dúvidas ocasionadas pela complexidade do assunto*⁴⁴.

Não estamos negando a questão religiosa em um país como o nosso, bem como não estamos deixando de considerar que a religião interfere no modo de vida e na tomada de decisões tanto de seus fiéis quanto dos familiares destes. Em sentido oposto, inclusive aproximando a ideia cada vez mais comum entre ciência e religião, sem que haja a exclusão de uma pela outra, é fundamental o conhecimento, sobretudo nesta questão, para que haja o efetivo esclarecimento sobre cada uma das visões das principais religiões sobre o tema.

Como exposto acima, a realidade brasileira conta com muitas outras denominações religiosas e nada impede que alguma delas impossibilite a doação de órgãos e tecidos para transplante, mas o que não pode haver, ao nosso sentir, é a utilização de um motivo religioso – para a não autorização da remoção de órgãos para transplante ou deste em si – que sequer existe, tratando-se mais de um caso de ignorância ou desinformação. Neste ponto, inclusive, é que surge talvez a necessidade de desenvolvimento de uma política

⁴³ FERRAZO, Sílvia; VARGAS, Mara Ambrosina de Oliveira; MANCIA, Joel Rolim; RAMOS, Flávia Regina Souza. **Crença religiosa e doação de órgãos e tecidos: revisão integrativa da literatura**. Revista de Enfermagem da UFSM. Santa Maria, set./dez. 2011. pp. 449/460.

⁴⁴ Mais detidamente em: GARCIA, Clotilde Druck (org.) **Doação e transplante de órgãos e tecidos**. São Paulo: Segmento Farma, 2015, p. 197.

pública para esclarecer e fomentar a questão de doação de órgãos e tecidos para a realização de transplantes.

Cabe destacar que, como elucidado ao longo deste tópico, a grande maioria das religiões, de forma geral, não se opõem à prática de doação de órgãos e tecidos para transplantes. Entretanto, o desconhecimento e a divergência de pensamento, que também esbarram em uma questão de liberdade – no caso de pensamento –, podem comprometer a mensagem altruísta que o gesto de doar possui.

Destaca-se, desta forma, a relevância de debates e elucidações nas variadas religiões entre seus fiéis, orientadores, líderes e familiares dessas pessoas. Nessa mesma seara, é essencial que os profissionais de saúde possam compreender e orientar os familiares de um possível doador de modo a realizarem o gesto de solidariedade em consonância com as suas respectivas crenças. Todavia, como fica a questão diante da atual realidade, qual seja, a impossibilidade de doação no caso de mortos que não eram autodeclarados doadores?

5 A SOLUÇÃO DO CONFLITO ENTRE AUTONOMIA PRIVADA, DIREITO À VIDA E DIREITO À LIBERDADE DE CRENÇA: UMA PROPOSTA DE ANÁLISE CONCLUSIVA.

Até o presente momento, o trabalho se ocupou, ainda que de maneira discreta, da discussão acerca da filosofia moral⁴⁵ e da existência de relação entre direito e moral, sem, contudo, admitir que seria a moral que deveria corrigir o direito. Ocorre que compatibilizar os temas como autonomia privada, direito fundamental à disposição do próprio corpo, direito à vida e direito fundamental à liberdade religiosa e de crença, bem como das dimensões

⁴⁵ Encontrada em DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

práticas de concretização da laicidade⁴⁶, não é simples, justamente porque analisar a sobreposição da autonomia de vontade – dos mortos e/ou de seus sucessores – ao direito à vida, através de uma análise da lei dos transplantes de órgãos e tecidos sobre o viés constitucional, requer a consideração, como exposto acima, de outros direitos relacionados ao tema e à própria lei como é conformada na atualidade.

Contemporaneamente, dentre as evoluções obtidas no tocante à profissão de fé ou de não acreditar em nada, muitas delas alcançadas através dos influxos do Poder Judiciário e da posição de nosso próprio Supremo Tribunal Federal, temos o amadurecimento do direito fundamental não somente à liberdade religiosa e à crença, mas ao discurso religioso⁴⁷, o que não significa dar guarida – ou se dar sim – ao proselitismo, mas, de outro lado, permitir que inclusive em razão da ideia de regime proporcional e de representatividade, projetos de lei tenham em seu conteúdo a presença de ideias que representem ou não a conservação da antiga conformação de um Estado que não era tão laico quanto a Constituição Federal permitia que fosse, em especial se analisarmos o tamanho da bancada denominada “evangélica”, conformada nas recentes eleições de 2018.

Nos últimos anos, outros temas, tais como o relacionado à eutanásia, tornaram-se também mais palatáveis tanto para o Poder Legislativo quanto para o Poder Judiciário, passo tímido, mas relevante à efetividade dos direitos e garantias fundamentais, especialmente ao da morte digna⁴⁸. Certamente, a conformação da lei dos transplantes de órgãos e tecidos também perpassa a ideia de morte digna, especialmente quando a dignidade da morte encontra sua vertente em um fundamento religioso, partindo para a análise através do direito à liberdade religiosa e de crença, uma vez que, para muitos, o mistério da morte representa a existência de uma nova vida, que somente será possível, no plano

⁴⁶ Sobre o desenvolvimento deste tema, sugerimos: ZYLBERSZTAJN, Joana. **O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988**. 2012. 248 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

⁴⁷ Com base em: TAVARES, André Ramos. O direito fundamental ao discurso religioso: divulgação da fé, proselitismo e evangelização. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 3, nº 10, p. 17-47, abr./jun. 2009.

⁴⁸ Sobre o tema: DIAS, Roberto. **O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

espiritual, se o corpo mundano não for alterado, nem mesmo tendo seus órgãos retirados para serem transplantados para outros cidadãos. Todavia, no tópico anterior, tal ideia foi desmistificada, evidenciando ser mais uma vertente de desconhecimento/ignorância do que propriamente religiosa.

Inúmeras discussões têm sido travadas no sentido de que a atual lei de transplantes de órgãos e tecidos está esvaziada quando o viés de análise é permitir que um número maior de transplantes ocorra no Brasil, especialmente porque a permissão de transplantes de órgãos e tecidos é atribuída ao Sistema Único de Saúde (SUS) e ao sistema próprio, SNT (Sistema Nacional de Transplantes), vinculado ao primeiro.

Não se pode olvidar, ademais, que para o tema do aborto, por exemplo, quando a condição econômica permite, os cidadãos procuram clínicas clandestinas ou mesmo outros países, inclusive barcos para realizarem a prática em águas internacionais⁴⁹. Será que no tocante aos transplantes o caminho também será o mesmo?

É inegável a necessidade de nos debruçarmos sobre o tema e a abordagem proposta permite, através do esforço dogmático desenvolvido até aqui, apresentar um novo olhar sobre a questão. A apreciação do conjunto teórico proposto, principalmente em contraste com a evolução histórica do tema, oferece subsídios para a construção de novos conceitos e de um complexo teórico-metodológico eficaz em relação ao objetivo de preservar e efetivar o direito à disposição sobre o próprio corpo, sem deixar de considerar as demais questões que circundam o tema, como o direito dos que morreram e de seus familiares impedir que inúmeras vidas sejam salvas em procedimentos que já são de competência, em grande escala, estatal, mas que as normas hoje colocadas em nosso sistema talvez não sejam capazes de regular a questão com a acuidade que merece.

O conceito adotado de normas é no sentido de que todas contêm uma previsão genérica de um fato, com uma proposição categórica, que será exigível

⁴⁹ Encontramos delimitação do tema em SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 95-137.

e obrigatória. Contudo, o Direito, mesmo dando grande importância para os meios de efetivação de suas normas, também atua como um sistema de criação de normas ideais, de princípios-guia para a atuação social. A elaboração de normas do dever-ser, mesmo que não cheguem a se concretizar, tem a sua função de orientação, de coordenação dos valores sociais que são esperados da sociedade⁵⁰. E quais são os valores sociais que podemos extrair da norma relacionada aos transplantes de órgãos e tecidos?

A resposta não é nada simples, todavia, há aspectos que a sociedade em si talvez não consiga ou, ainda, possa revelar através de seus representantes, razão pela qual a visão do Poder Judiciário, não apenas em âmbito nacional, se revela significativo sobre o tema proposto, cuja resolução costuma ser demonstrada através de técnicas judiciais, como a da ponderação, por exemplo.

Nesse sentido, muitos são os defensores da ponderação⁵¹. Todavia, de maneira simples, reconhecem a possibilidade de seu mau uso, argumentando que ela não é remédio para todas as situações. A legitimidade da ponderação deve ser analisada pela argumentação, pela consistência nos fundamentos normativos, pela universalização de conceitos e compatibilização dos princípios instrumentais e materiais que conformam a ordem constitucional. Neste ponto, explicamos a razão pela qual, mesmo sendo possível, não adotaremos a aplicação da denominada proporcionalidade e de suas três sub-regras.

Não tratamos do conceito de irrazoável como sinônimo de não proporcional, posto que há diferença entre proporcionalidade e razoabilidade⁵², mas nos parece possível pensar sobre alguns vieses quando o assunto é a lei de transplantes de órgãos e tecidos e a sua compatibilização, na atual conformação, com o texto constitucional. De que maneira a resposta – ou uma pretensão de resposta – poderia ser dada? Parece-nos que através de

⁵⁰ De acordo com BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 75.

⁵¹ A exemplo temos: BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁵² De acordo com as lições de SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais** n. 798, 2002, p.23-50. Disponível em: <<https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2021.

uma das funções do Estado, uma vez que é inegável o número de pessoas que não se declaram doadoras, a exemplo, e que em razão disso outras tantas pessoas são diretamente afetadas. Importa saber, em última análise, se a agenda do Brasil não está preparada para enfrentar o tema, especialmente em razão da inação do Poder Legislativo – ou, ainda, se essa inação é uma opção possível dessa função estatal –, ou se o tema deve ser enfrentado pela função judiciária, ao realizar a interpretação da norma (lei dos transplantes de órgãos e tecidos), tal qual ela é conformada nos dias de hoje.

O tema nos parece palpitante e desperta interesse em diversos pontos de análise, sendo o que ora se apresenta apenas uma perspectiva dentro do espectro de possibilidades, até mesmo do tecnológico, já que a impressão de órgãos e tecidos em impressoras de três dimensões (3D) é algo que, em breve, revelar-se-á possível, mas quais seriam os limites éticos para a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico desta área? Enfim, outro tema de abordagem. Em que pese, todavia, as inúmeras possibilidades, apegamo-nos à efetividade dos direitos e garantias fundamentais, para que não estejam dispostos, mas para que sejam, realmente, efetivos.

Dentro de tal seara argumentativa, nos valem da dignidade da pessoa humana, a fim de encontrar uma solução possível ao problema proposto:

A humanidade que mora em cada um de nós é em si mesma o fundamento lógico ou o título de legitimação de tal dignidade. Não cabendo a ele, Direito, outro papel que não seja o de declará-la. Não propriamente o de constituí-la, porque a constitutividade em si já está no humano em nós. Em palavras outras, a circunstância do humano em nós é que nos confere uma dignidade primaz. Dignidade que o Direito reconhece como fator legitimante dele próprio e fundamento do Estado e da sociedade.⁵³

O desenvolvimento do termo humanidade, fundamento lógico da dignidade, conforme exposto acima, permite que nos apropriemos de um

⁵³ BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, pp. 25-26.

princípio, extraído da interpretação da Constituição Federal, artigo 3º, incisos I e IV, denominado da solidariedade.

No âmbito do Direito Previdenciário, o princípio constitucional da solidariedade almeja a realização da dignidade da pessoa humana com o objetivo de atender aos fins da justiça social. Por sua vez, o conteúdo normativo de tal princípio possui variações: quanto aos seus limites e às suas possibilidades.

Transpondo a aplicação do princípio para o âmbito do presente tema, qual seja, saúde, a solidariedade se apresenta como contribuição de todos para a fruição por todos. O financiamento da saúde, através dos recursos, é suportado por toda a sociedade, sem vinculação a nenhum beneficiário em específico, mas com o objetivo de atender a toda a sociedade. Através da carga tributária, que não é pequena em nossa realidade, todos pagam ou, em outras palavras, financiam a prestação de serviços a todos.

Seja no âmbito do direito em geral ou no âmbito específico da saúde, a solidariedade revela-se como *“significado ao próximo, correlacionando-se, pois, a um modo de despertar a intencionalidade humana em reconhecer a existência do outro, porque conduz o comportamento à consciência perceptiva do seu ambiente social”*⁵⁴.

Assim, compatibilizando os direitos fundamentais expostos no presente artigo, em especial com a ideia de que a religião, por sua vez, também traz consigo o despertar para uma intenção não egoísta, mas de consciência, cada qual com sua crença (ou com crença alguma), em relação ao todo, ou seja, ao ambiente social, quer nos parecer que a liberdade religiosa não seria um direito, ainda que fundamental, capaz de limitar a possibilidade de uma atividade legiferante, que também será sujeita ao controle de constitucionalidade, sobre o presente tema.

⁵⁴ CARDOSO. Alenilton da Silva. **Princípio da solidariedade:** o paradigma ético do direito contemporâneo. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira. 2010, p. 109.

De outro lado, também não nos parece impossível a concessão, através de decisões judiciais, no sentido de que a família de quem morreu, portanto, do *de cuius*, e não se autodeclarou doador, não possa impedir – em razão da necessidade comprovada por parte do Poder Público de que os órgãos e tecidos viáveis serão utilizados em um transplante – a retirada desses para a realização de transplantes, justamente porque a vida, ao nosso sentir, deve prevalecer sobre um corpo que já não mais vive, não tanto pela aplicação da proporcionalidade, mas pela garantia, constitucional, de solidariedade, notadamente nos casos de direito à saúde.

É a solidariedade que nos aproxima à condição de humanos, que somos; é que permite, portanto, a tramitação de projetos de lei como os que apresentamos e, ainda, o que daria respaldo a decisões judiciais favoráveis à retirada de órgãos e tecidos para a realização de transplantes, seja em razão do tamanho das filas do Sistema Nacional de Transplantes (SNT), seja em razão do número expressivo de recusas nas entrevistas realizadas com os familiares, cuja principal razão – revestida de um suposto apelo ao direito à liberdade de religião e de crença –, na verdade, é o desconhecimento ou, ainda, a ignorância.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. **Estudos sobre a humanidade**: uma antologia de ensaios. São Paulo: Brasiliense, 1999, p. 226-272.

BIBLIOTECA VIRTUAL EM SAÚDE. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/dicas/142transplante_de_orgaos.html>. Acesso em 23 abr. 2021.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Autonomia privada e negócio

jurídico. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**, Porto Alegre, v.5, p.69-87, set. 2005.

BRASIL. STF. ADI 4439/DF. Rel. Min. Roberto Barroso. Julgamento em 27 set. 2017. DJe de 21 jun. 2018.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BRUZZONE, P. *Religious Aspects of Organ Transplantation*. **Transplantation Proceedings**. 2008.

CARDOSO. Alenilton da Silva. **Princípio da solidariedade**: o paradigma ético do direito contemporâneo. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira. 2010.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Colisões de direitos fundamentais nas relações jurídicas travadas entre particulares e a regra da proporcionalidade: potencialidades e limites da sua utilização a partir da análise de dois casos. In: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro (Coords.) **Lições de direito constitucional**: em homenagem ao professor Jorge Miranda. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DIAS, Roberto. **O direito fundamental à morte digna**: uma visão constitucional da eutanásia. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Religion without God**. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

_____. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERRAZO, Sílvia; VARGAS, Mara Ambrosina de Oliveira; MANCIA, Joel Rolim; RAMOS, Flávia Regina Souza. **Crença religiosa e doação de órgãos e tecidos: revisão integrativa da literatura**. Revista de Enfermagem da UFSM. Santa Maria, set./dez. 2011. pp. 449/460.

GARCIA, Clotilde Druck (org.) **Doação e transplante de órgãos e tecidos**. São Paulo: Segmento Farma, 2015.

GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. 1. Ed. Rio de Janeiro: LTC, 2014.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007, traduzida do alemão por Paulo Quintela.

KLEIN, Joel Thiago. Liberdade e Religião: a relação entre religião, política e direito em Kant, pp. 95-140. In: KLEIN, Joel Thiago; NAHRA, Cinara;

MENEZES; Antônio Basílio N. T. de. **A religião em questão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

LEONE, Cláudio. A criança, o adolescente e a autonomia. **Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, v.6, n.1, 1998. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/324/392>. Acesso em 23 abr. 2021.

MARTINS, Leonardo. Liberdade religiosa e liberdade de consciência no sistema da Constituição Federal. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 2, nº 5, p. 27-48, jan./mar. 2008.

MEIRELLES, Jussara Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Disponível em: <<https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z-1/d/doacao-de-orgaos>>. Acesso em: 23 abr. 2021.

_____. Disponível em: <<https://antigo.saude.gov.br/images/pdf/2020/June/15/Brasil.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2021.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **De l'esprit de lois**, Paris, Édition Garnier Frères, 1956, XI, 3.

NETO, Luísa. **O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo: a relevância da vontade na configuração do seu regime**. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 652-685.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra, 2006, Capítulo VI, p. 211-282.

OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **A Proteção Constitucional e Internacional do Direito à Liberdade de Religião**. 1. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

PESSINI, Léo. A eutanásia na visão das grandes religiões mundiais (budismo, islamismo, judaísmo e cristianismo). **Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, v. 7, n. 1, p. 83-99, 1999.

PINZANI, Alessandro. Estado laico e interferência religiosa, pp. 267-288. In: KLEIN, Joel Thiago; NAHRA, Cinara; MENEZES; Antônio Basílio N. T. de. **A religião em questão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

RIVERO, Jean. **Lés libertés publiques - 1. Les droits de l'Homme**. Paris, PUF, 1973.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A judicialização da política**. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/opiniaao/bss/078en.php>>. Acesso em: 23 abr.2021.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Transplante de órgãos e eutanásia: liberdade e responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 1992.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SENADO FEDERAL. PROJETO de lei 453/2017. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131654>>. Acesso em: 23 abr. 2021.

_____. PROJETO de lei 3.176/2019. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137006>>. Acesso em 23 abr. 2021

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais** n. 798, 2002, p.23-50. Disponível em: <<https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2021.

TAVARES, André Ramos. O direito fundamental ao discurso religioso: divulgação da fé, proselitismo e evangelização. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 3, nº 10, p. 17-47, abr./jun. 2009.

_____. **Religião e neutralidade do Estado**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte, ano 2, n. 5, pp. 13-25, jan./mar. 2008.

_____. A superação da doutrina tripartite dos “poderes” do Estado. **Revista de Direito Constitucional e Internacional** (RDCI 29/66) – out.-dez.,1999.

ZYLBERSZTAJN, Joana. **O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988**. 2012. 248 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.