



TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS: ASPECTOS MÉDICOS, ÉTICOS E JURÍDICOS

Isadora Buchalla Tieghi

RESUMO : O presente projeto de pesquisa propõe-se a compreender o transplante de órgãos dentro das possibilidades médicas de tratamento e de cura para as mais variadas doenças e sua sistemática legal. Fundamenta-se por um lado no progresso científico que ocorre continuamente na medicina, e de outro pelas questões suscitadas por juristas quanto aos problemas éticos, morais e psicológicos advindos da prática do transplante. O ordenamento jurídico brasileiro configura uma relação jurídica entre o doador e o receptor, ou entre a família do doador e receptor, tendo como bem jurídico tutelado o da vida e o da morte. De início, apresentaremos uma breve introdução histórica e filosófica sobre o tema em análise; continuando, destacaremos as espécies de transplantes de órgãos, a necessidade do consentimento do doador, o direito à integridade física; e por fim, abordaremos a legislação relacionada com esse procedimento médico; bem como faremos algumas considerações referentes ao atual Sistema Nacional de Transplantes vigente no Brasil. O presente trabalho buscará compreender essa técnica médica e seus desdobramentos no sistema jurídico para que, assim, se verifique os limites do homem no que diz respeito ao seu bem maior, a vida.

PALAVRAS-CHAVE: transplante de órgãos. Direito à integridade física. Consentimento. Legislação.

ABSTRACT: This research project aims to understand the organ transplant within the possibilities of medical treatment and cure for various diseases and their systematic cool. It is based on the one hand the scientific progress that occurs continuously in medicine, and other issues raised by the lawyers about the ethical, moral and psychological arising from the practice of transplantation. The Brazilian legal system sets a legal relationship between the giver and receiver, or between the family of the giver and receiver, as well as having the legal ward of life and death. Initially, we present a brief historical introduction and philosophical about the theme in question; continuing, we will highlight species organ transplants, need the consent of the donor, the right to physical integrity, and finally, discuss legislation related to this medical procedure, and we will make some considerations regarding the current National Transplant System Brazil. The prevailing in this paper aims to understand this medical technique and its developments in the legal system so well, it appears the limits of man in relation to his greater good, life.

KEYWORDS: organ transplantation. Right to physical integrity. Consent. Legislation

1. INTRODUÇÃO

Com o advento da técnica cirúrgica de transplante de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, foi necessário ao legislador regulamentar a prática desse tratamento terapêutico e, ao mesmo tempo incentivar a doação intervivos ou *post mortem*, tendo como requisito nesse caso, a comprovação da morte encefálica do doador.

Pode-se dizer que o transplante é uma atividade médica, que tem início quando o paciente solicita ao médico a cirurgia, formando-se entre ambos uma relação obrigacional.

Isadora Buchalla Tieghi

Curso de Direito – Departamento de Direito Público - Universidade Estadual de Maringá – Direito

Então, sendo uma relação regida por um contrato, devem ser aplicadas aos médicos que realizam os transplantes as mesmas regras impostas a quaisquer outros profissionais médicos, cabendo ao hospital uma responsabilidade objetiva.

A doutrinadora Ana Cláudia Pirajá Bandeira diz que

No Brasil, a Lei 9.434, de 04.02.97, alterada pela Medida Provisória 1.959-27, de 24.10.00 e regulamentada pelo Decreto 2.268, de 30.06.97, introduz o consentimento informado para doação de órgãos, ou seja, o receptor deve ser esclarecido de todos os riscos da intervenção cirúrgica, do tratamento e da excepcionalidade do procedimento para a validade da permissão.¹

O ato da retirada dos órgãos deve ser consentido pelo doador. Em relação à doação de órgãos *post mortem*, há uma presunção por parte da família em reconhecer qual era a vontade do *de cuius*, podendo autorizar ou não a doação. Ana Cláudia Pirajá Bandeira diz então, que

esse consentimento do paciente contribui para legitimar a atuação médica, por ser uma manifestação de poder de disposição sobre o próprio corpo, do qual toda pessoa goza, sob a ótica do direito personalíssimo, e em razão do princípio constitucional disposto no art. 5º da Constituição Federal^{2, 3}.

A doação de órgãos está sendo cada vez mais incentivada, ao passo que seu real significado está sendo compreendido pela sociedade, que é o da perpetuação do organismo, e não uma mutilação do mesmo.

2. TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS

O transplante de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, não é um problema eminentemente técnico-médico, na medida que traz em si aspectos sociais de ordem ética e jurídica. Circundam dentro desses aspectos, entre outros: vedação de comercialização, estabelecimento de critérios seguros para determinação de morte, consentimento prévio e esclarecido do doador e receptor.

Em se tratando do consentimento prévio, o tema fica mais complexo em relação aos transplantes *post mortem*. Primeiramente, o falecido não dará seu consentimento no momento do ato. Ainda que este seja dado antes de sua morte, suscita-se a questão dos direitos que recaem sobre o cadáver, do respeito que se deve ter com o corpo humano. Seria então necessário estar vivo para consentir com o ato da doação de órgãos? É claro que a doação é um gesto solidário e humanitário, que salvará muitas vidas, exercendo grande utilidade. Porém, e se a família do *de cuius* não consentir com esse ato, afirmando ser uma falta de respeito com o corpo do falecido? Há uma constatação de conflito de interesses existentes no caso: de um lado, a família do potencial doador que visa preservar o corpo do falecido; de outro, milhares de pessoas doentes à espera de um fio de vida.

A existência da pessoa natural cessa com a morte, conforme estabelecido no art. 10 do Código Civil Brasileiro. Diante disso, a pessoa não possui mais as relações jurídicas. Possui então, direito ainda sobre o seu corpo?

A doutrinadora Maria de Fátima Freire de Sá em sua obra relata que

¹ Bandeira, Ana Cláudia Pirajá. A questão jurídica do consentimento no transplante de órgãos. Curitiba: Juruá, 2001, p. 15

² 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(...)".

³ BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá. *Op. cit.* p. 120

Com a morte termina a vontade do homem e, pois, a sua manifestabilidade. Pode a pessoa, antes da morte, ter querido e manifestado a sua vontade, ou ter querido em ato-fato jurídico, ou em ato ilícito relativo ou absoluto (ato ilícito stricto sensu)⁴

Segundo Pereira,

“Os direitos da personalidade envolvem” o direito ao corpo vivo e morto: No conceito de proteção à integridade física inscreve-se o direito ao corpo, no que se configura a disposição de suas partes, em vida ou para depois da morte, para finalidades científicas ou humanitárias, subordinado contudo à preservação da própria vida ou de sua deformidade. Pode a pessoa fazer disposições sobre o destino de seu corpo para depois da morte.⁵

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

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

A aceleração do progresso científico e tecnológico nesses últimos anos tem direcionado as pessoas a se questionarem de maneira nova sobre antigas questões.

É neste sentido que, perante os avanços médico-científico-tecnológicos, tem-se utilizado os termos "Bioética" e "Biodireito", no sentido de proteção da vida humana, principalmente com o intuito de proteger todos os seres humanos que estejam direta, ou indiretamente, envolvidos em experimentos científicos.

Segundo Diaféria, bioética é:

(...) um neologismo derivado das palavras gregas *mos* (vida) e *ethike* (ética). Pode-se defini-la como sendo o estudo sistematizado das dimensões morais - incluindo visão, decisão, conduta e normas morais - das ciências da vida e da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto interdisciplinar.⁶

Há os princípios norteadores da bioética, entre os quais estão: a beneficência, a autonomia e a justiça.

A seguir, uma breve análise destes:

-PRINCÍPIO DA AUTONOMIA:

A autonomia pode ser definida como a capacidade do homem se autogovernar. Como dito em tópico acima, é o livre-arbítrio do ser humano. Nas sábias palavras de Aristóteles, autonomia é “a capacidade de pensar, decidir e agir de modo livre e independente.” Porém, para uma pessoa decidir sobre algo, como no caso sobre um transplante de órgão é necessário que esteja bem informada pelos médicos, acerca de todos os riscos e consequências que pode sofrer, tendo assim uma opinião livre e ao mesmo tempo consciente.

⁴ SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito e direito ao próprio corpo : doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei n. 9434/97, com as alterações introduzidas pela Lei. N. 10.211/01*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v.01. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002., p. 159

⁶ DIAFÉRIA, Adriana. *Clonagem, aspectos jurídicos e bioéticos*. São Paulo: Edipro, 1999. P. 84

-PRINCÍPIO DA BENEFICIÊNCIA:

Está intimamente ligado ao princípio da não – maleficência, ordenando os médicos que não façam qualquer ato que cause ou possa causar algum mal ao paciente. Em resumo, visa preencher os interesses dos indivíduos, mas na medida do possível, evitando-lhe danos. Liga-se desse modo ao princípio da autonomia, vez que o médico deve explicar sucintamente sobre o procedimento a ser feito, com todos os riscos ofertados porém garantindo a saúde psíquica e física do paciente ao mesmo tempo. Este princípio relaciona-se com as palavras do grande filósofo Hipócrates: “Usarei o tratamento para o bem dos enfermos, segundo minha capacidade e juízo, mas nunca para fazer o mal e a injustiça.”

-PRINCÍPIO DA JUSTIÇA:

A ciência deve ser aplicada de forma igual para todos os membros da espécie humana, não devendo existir distinção em função de classe social, ou capacidade econômica daquele que necessita de tratamento médico.⁷

Esses princípios trazem questionamentos éticos, dentre os quais a possibilidade do transplante como último recurso do doente dentro do princípio da beneficência. O paciente deve ser informado de todos os riscos que um transplante pode oferecer mas ainda assim optar por ele, sendo a última alternativa para sua sobrevivência; a necessidade do consentimento do doador e do receptor dentro do princípio da autonomia; a gratuidade do ato de disposição e o acesso de todos ao transplante dentro do princípio da justiça.

Outra questão muito discutida visando outro lado em relação ao princípio da autonomia é sobre a possibilidade da venda de órgãos, caso o titular dos mesmos resolva dispor dos mesmos mediante contraprestação. Sabe-se que isso é expressamente proibido no Brasil (art. 199, §4º, CF), porém este tabu se contradiz com a autonomia da pessoa quando a sua vontade é sim vender seus órgãos. Abordando sobre o respeito ao corpo do cadáver, prezando pela sua proteção e incolumidade, a doutrina brasileira aceita a classificação do cadáver como *coisa extra commercium*, ou seja, não sendo objeto de direitos patrimoniais e, portanto, não podendo ser comercializado.

A Lei 9.434/97 aborda em seu art. 1º sobre a disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Tratando-se da comercialização dos órgãos, esta é expressamente vedada pelo art. 199, § 4º da CF. A respeito do tema, Antônio Chaves frisa que:

o cadáver é coisa fora do comércio, exigindo o respeito coletivo: O respeito coletivo pelo cadáver, confortado por antiquíssimas tradições religiosas, exige a conservação de sua dignidade, o que impede, na concepção ainda vigente, qualquer forma de utilização econômica: trata-se de coisa extra commercium, objeto de um direito privado não patrimonial, de origem consuetudinária, correspondente aos parentes do defunto, em razão do sentimento de piedade que os liga à pessoa falecida, mais um dever do que direito, não para utilidades dadas, mas para permitir a tributação das últimas homenagens.⁸

Segundo Ana Cláudia Pirajá Bandeira,

⁷ Disponível em : <<http://www.nhu.ufms.br/Bioetica/Textos/Princ%C3%ADpios/Aula%2002%20Principios%20da%20Bioetica.pdf>>

⁸ CHAVES, Antônio. Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes. 2.ed. rev.e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. P. 228.

“A integridade física pode ser definida como um modo de ser físico da pessoa, perceptível mediante os sentidos. Compreende a proteção jurídica à vida, ao próprio corpo – na sua totalidade, ou em relação a tecidos, órgãos e partes do corpo humano, suscetíveis de separação e individualização – ao cadáver, e ainda, o direito e a liberdade de alguém submeter-se ou não a exames e a tratamento médico.⁹”

Questão conflitante é quando a autonomia de uma pessoa se contrapõe a integridade física desta. Alguém pode querer vender um rim, por exemplo, porém este ato não afetaria sua integridade física? Dispõe o art. 13 do nosso Código Civil que “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Atos contrários podem configurar em crimes contra a vida e ao próprio ser humano, como homicídio, suicídio, lesão corporal.

Contudo, existem pessoas que diante do quadro grave de saúde em que se encontram, ou movidos pelo ato da cobiça, acabam por violar as normas previstas desta Lei, cometendo os crimes descritos nos arts. 14 a 20.

Quanto ao previsto no art. 15: “Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano”, a finalidade é coibir o tráfico, seja nacional ou internacional, de órgãos, atividade bastante lucrativa e que possui infra-estrutura de elevada sofisticação, contando com representantes de localidades várias e que incluem até mesmo médicos.

Quanto à compra efetuada por parentes de pessoas em estado terminal e que só poderão salvar-se com o devido transplante, apesar de continuar a ser uma conduta reprovável, não se pode deixar de levar em conta os motivos que determinaram tal ação quando da fixação da pena base pelos critérios do Art. 59, CP: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.”

Ao que se refere ao art. 19: “Deixar de recompor cadáver, devolvendo-lhe aspecto condigno, para sepultamento ou deixar de entregar ou retardar sua entrega aos familiares ou interessados”, o objeto jurídico do presente dispositivo é o sentimento de respeito aos mortos, seja através de seu aspecto físico, pois em virtude dos procedimentos cirúrgicos sua aparência pode vir a ficar extremamente chocante; seja por seus familiares, que objetivam ter o cadáver de entes queridos próximos de si para as últimas despedidas e realização das cerimônias religiosas, o que revela a proximidade entre esse tipo objetivo e a dos crimes previstos no Capítulo II, do Título V, da Parte Especial do Código Penal.

O art. 20: “Publicar anúncio ou apelo público em desacordo com o disposto no art. 11”, visa proteger a recrutação de doadores para determinadas pessoas através do sistema de mídia impressa, televisiva ou áudio-visual.

Como vimos, o Estado proíbe a venda de parte do corpo humano seja para qualquer prática, mesmo curativa. Diante disso, indaga-se: se o Estado permitisse, o ser humano poderia vender parte do seu corpo? E o ato de não permitir, cabe ao Direito ou à Moral?

Os argumentos que defendem a possibilidade da venda de órgãos humanos têm como pressuposto a existência de dois interesses que seriam atendidos pelo “contrato”. De um lado, estaria o receptor do órgão que teria sua condição de saúde melhorada de

⁹ BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá. *Op. cit.*.p. 77

forma sensível: não dependeria mais de espera em fila de transplante, o que, por vezes, se prolonga de tal maneira que a vida daquele que aguarda acaba antes de ser possível a recepção do órgão. Do outro, colocam o interesse do “doador” que seria remunerado em proporção ao sacrifício que lhe é proposto. Esse tipo de argumento esbarra na inverdade de seus pressupostos pois equipara uma simples prestação pecuniária à entrega de um bem indisponível e, por isso, fora de comércio. O corpo deve ser preservado pela sociedade como um todo, por ser a vida humana de titularidade da Humanidade, em todas as suas dimensões. Portanto, a alienação de partes do corpo em troca de recebimento de prestação em dinheiro é desproporcional do ponto de vista lógico-jurídico, pois trata de forma semelhante bens essencialmente diversos, ferindo o bem jurídico maior: vida, a dignidade humana e os direitos da personalidade do indivíduo. Do ponto de vista moral, o ser humano é um ser autônomo, que possui a faculdade de decidir sobre questões pessoais. Todavia, essa autonomia é relativizada na forma da lei: o homem não é dono de si mesmo de forma absoluta. Limitação esta, promovida pelo Estado, como forma de proteção do próprio ser humano e de garantia da manutenção de sua dignidade bem como dos valores sociais.

O constitucionalista José Afonso da Silva deixa claro a questão ao tratar da disponibilidade de partes do corpo diante do direito à vida:

É que a vida, além de ser um direito fundamental do indivíduo, é também um interesse que, não só ao Estado, mas à própria Humanidade, em função de sua conservação, cabe preservar. Do mesmo modo que a ninguém é legítimo alienar outros direitos fundamentais, como a liberdade, por exemplo, também não se lhe admite alienar a própria vida, em nenhuma de suas dimensões.¹⁰

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O transplante de órgãos é um procedimento utilizado para salvar muitas vidas e de suma importância para a saúde de muitas pessoas, como foi observado durante o estudo. Devido ao fato de abarcar questões conflitantes como a integridade física da pessoa, o respeito ao cadáver, direitos da personalidade inerentes à pessoa, este tema foi regulamentado pela Lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, determinando em quais situações é permitido o transplante e algumas práticas que são proibidas em relação ao tema.

Salienta-se também a responsabilidade médica presente nos transplantes, em que é de extrema importância que o médico só realize o ato cirúrgico com o pleno consentimento do doador e/ou da família deste. Caso contrário, poderá responder pelos crimes elencados acima, até como casos de lesão corporal e homicídio culposos.

4. REFERENCIAS

BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá. *A questão jurídica do consentimento no transplante de órgãos*. Curitiba: Juruá, 2001.

CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes*. 2.ed. rev.e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

¹⁰ DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 23ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 199.

DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, 23ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. v.01. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito e direito ao próprio corpo : doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei n. 9434/97, com as alterações introduzidas pela Lei. N. 10.211/01*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. Direito à Saúde: Efetivação em uma Perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. Disponível em <http://www.unifio.br/files/download/site/mestradodireito/bibliotecadigital/dissertacoes2006/diss_eliana_araujo.pdf>. Acesso em 27/05/2012.