

# TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS

*Ana Cláudia Pirajá Bandeira\**

**SUMÁRIO:** *Noções Gerais Sobre Transplantes de Órgãos; Conceito; Problemas Terminológicos e Classificação; Evolução Legal dos Transplantes no Brasil; Aspectos Meta-Jurídicos dos Transplantes de Órgãos; Critério de Alocação de Órgãos para Transplantes; Incentivo Econômico; Aspectos Éticos e Religiosos; Critério Determinativo da Morte; Problema da Disponibilidade do Próprio Corpo; Do Direito Civil; Conclusão.*

## **Capítulo 1. Noções gerais sobre transplantes de órgãos**

Com os progressos da medicina e da cirurgia, a prática de retirar partes do corpo humano para o fim de transplante tornou-se uma realidade, criando-se, deste modo, a necessidade de se adaptar as leis a essa realidade, cada vez mais enriquecida e promissiva.

Não há dúvida de que o transplante de órgãos alterou o curso da medicina, trazendo novas concepções sobre a vida humana e a morte, além de estimular uma nova especialidade, a Imunologia (rejeição do órgão transplantado).

Notável é verificar que, com o surgimento dessa nova técnica cirúrgica curativa, ocorreu importante modificação do conceito da morte do corpo humano, até então compreendido pela parada do coração ou batimentos cardíacos e cessação dos movimentos respiratórios, cedendo lugar à chamada "morte cerebral", assunto de que trataremos, mais adiante.

A eventual remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para realização de transplantes é comportamento que interessa à sociedade e deve, por isso, ser disciplinada pelo direito, a fim de facilitar a convivência harmônica entre os direitos, considerando as diversas percepções e, muitas vezes, os diferentes valores que sustentam seu exercício.

Em se tratando de transplantes de órgãos, pode-se dizer que o homem exerce o seu direito à vida em co-titularidade com a sociedade.

A pessoa humana é um valor social positivo e a ablação de um dos seus órgãos só é possível conjugando a vontade do disponente e os interesses da sociedade, que também estão em jogo. Essa vontade do disponente está

---

\* Mestranda em Direito Civil pela Universidade Estadual de Maringá.

condicionada pela lei, primeiramente, a atender fins humanitários e terapêuticos; segundo, desde que não resulte em prejuízo ou mutilação grave para o disponente; e em terceiro, somente é permitida a ablação desde que seja, comprovadamente, indispensável para o paciente receptor.

Deve-se atentar, ainda, que a lei tem como preocupação a cura ou recuperação do paciente, desde que esgotadas as possibilidades comumente oferecidas pela medicina.

Portanto, em razão da solidariedade humana, nas relações de amizade ou de família, ou mesmo em decorrência da imposição da lei, a ablação dos órgãos e utilização destes para finalidade terapêutica é um ato altamente louvável, uma vez que a esperança de vida, para aqueles que necessitam de um órgão sadio para sobreviver, só se materializa pelo ato solidário da doação.

### Seção 1. Conceito

A palavra transplante - derivada do latim *transplantare* - significa transferir (órgão ou porção deste) de uma para outra parte do mesmo indivíduo, ou ainda, de indivíduo vivo ou morto para outro indivíduo.<sup>1</sup> Ato ou efeito de transplantar.

Embora poucas obras específicas sobre o transplante forneçam sua conceituação, Ricardo Antequera Parili o define como: “a retirada de um órgão ou material anatómico proveniente de um corpo, vivo ou morto, e sua utilização com fins terapêuticos em um ser humano”.<sup>2</sup>

Entende-se que, quanto ao transplante: “Trata-se de uma técnica cirúrgica, denominada cirurgia substitutiva, que se caracteriza em essência porque se introduz no corpo do paciente um órgão ou tecido pertencente a outro ser humano, vivo ou falecido, com o fim de substituir a outros da mesma entidade pertencente ao receptor, porém, que se tenham perdido total ou sensivelmente sua função. A natureza desse tipo de intervenção do ponto de vista do receptor - posto que com relação ao doador a situação é diversa - é de estimá-la, em consequência, como uma intervenção curativa, sempre que exista a indicação terapêutica e se aplique a técnica adequada ao caso”.<sup>3</sup>

Embora, freqüentemente, se fale de enxertos e transplantes como palavras sinônimas, elas devem ser diferenciadas, uma vez que por enxerto se entende “a secção de uma porção de organismo, próprio ou alheio, para a instalação no próprio ou organismo alheio, com fins estéticos e terapêuticos, *sem* exercício de função autônoma”.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário da Língua Portuguesa, pág. 1703.

<sup>2</sup> Apud. Santos, Maria Celeste Cordeiro Leite. Transplantes de Órgãos e Eutanásia. Pág. 139.

<sup>3</sup> Santos, Maria Celeste Cordeiro Leite. Op. cit. pág. 140.

<sup>4</sup> Chaves, Antônio. Direito à Vida e ao Próprio Corpo, pág. 213.

O transplante, diferentemente, é a amputação ou ablação de um órgão, com função própria, de um organismo para se instalar em outro, a fim de exercer, neste, as mesmas funções que no anterior.

Nota-se, entretanto, que com a evolução do conhecimento científico, os transplantes têm experimentado um enorme progresso nas últimas décadas, tornando-se, cada vez mais comum, o que requer a edição de regras claras e eficientes para a obtenção e distribuição de órgãos, com embasamento ético e legal por parte dos profissionais envolvidos nesse tipo de tratamento.

## Seção 2. Problemas terminológicos e classificação

O estudo médico legal dos transplantes adota extensa e controvertida terminologia. Em geral, prevalecem usos incertos para designar diferentes tipos de transplantes, não obstante os termos acolhidos como mais precisos sejam:

- a) *autotransplante*: transferência de tecido ou órgão de um lugar a outro, na mesma pessoa. Também denominado *autógeno*, *transplante autoplástico*;
- b) *transplante isógeno ou isotransplante*: transplante de tecido ou órgão entre indivíduos do mesmo gênero e com caracteres hereditários idênticos, por exemplo: gêmeos univitelinos;
- c) *alotransplante ou homotransplante*: transplante de tecido ou órgão entre indivíduos do mesmo gênero, porém com diferentes caracteres hereditários, ou seja, transplantes entre seres da mesma espécie. O homotransplante pode ser entre vivos ou do cadáver;
- d) *xenotransplante ou heterotransplante*: é o transplante que se faz entre um indivíduo de um gênero a um ser vivo de outro gênero, por exemplo, do chimpanzé ao homem;
- e) *doador e receptor*: são as designações adotadas para os indivíduos que, respectivamente, cedem e recebem os tecidos ou órgãos transplantados.

Diversos são os tipos de cirurgia substitutiva, bem como suas finalidades. Podem ser enumeradas quanto *ao objeto*, como:

- a) *cirurgia substitutiva com órgãos ou partes de órgãos artificiais* - única fase (*innesto - enxerto*);
- b) *cirurgia do transplante* - tem por objeto partes anatômicas pertencentes ao ser vivo e compreende duas fases: 1) *Transplantes de tecidos ou isotransplantes* - utilizados em virtude de traumatismos ou processos mórbidos irreversíveis e necessários, não só para suprir funções de importância secundária, mas também para reintegrar o organismo em seu aspecto morfológico. 2) *Transplantes de órgãos ou organotransplantes* - destinados a suprir a função global de um órgão

gravado de uma total insuficiência por lesões anatômicas ou circunscritas, não remediáveis com o enxerto daquela parte alterada.<sup>5</sup>

Portanto, a palavra *transplante* utilizada neste trabalho, e que coincide com a atual legislação específica, é mencionada no sentido de retirada de órgãos ou partes de seres humanos para o seu aproveitamento, com fins terapêuticos, em outros seres da mesma espécie.

Os órgãos artificiais são aqueles que substituem, inteiramente, a função de um órgão natural, como coração, rim, pulmão, e que são confundidos com a prótese ou materiais inertes (vasos, válvulas etc.) usados para substituir certas partes anatômicas passivas.

É, ainda, interessante notar que a utilização da palavra doador, para se referir à pessoa a quem se extrai um órgão ou tecido para enxerto em outra, resulta, nos termos do art. 1165 do Código Civil, inadequada. A entrega de um órgão para fins de transplante não tem seu fundamento em um ato de disposição patrimonial - conteúdo econômico - mas de solidariedade humana.

A utilização do termo doação e seus derivados, atendem ao sentido etimológico da palavra (*doni/datio*), entendendo-se como a liberação que uma pessoa exerce a favor de outra, desprendendo-se a primeira, generosamente, de algo que é seu.

## Capítulo 2. Evolução legal dos transplantes no Brasil

No Brasil, no ano de 1963, a Lei nº 4.280, dispõe pela primeira vez sobre a *extirpação de órgão ou tecido de pessoa falecida*. Nessa época, somente se extraía do cadáver córneas, artérias e ossos. A lei preocupou-se com a constatação irrecusável, sem nenhuma dúvida, da morte do doador.

Essa lei também exigia a autorização de quem de direito e a prova cabal da realidade da morte. Porém, em decorrência do sucesso nas cirurgias, principalmente a de coração, houve a necessidade de nova disciplina legal para a matéria.

Surge, então, a **Lei 5.479, de 10/08/68**, que dispõe sobre a *retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes do cadáver para finalidade terapêutica e científica*. Regula, em 15 artigos, a retirada de órgãos e tecidos de cadáver e a retirada em vida.

No art. 1º, estabelece a gratuidade da doação e o direito de dispor de seu futuro cadáver. A lei prevê as seguintes cautelas: *prova incontestável do fato da morte; reconhecimento de certas faculdades decisórias aos parentes do defunto, ou manifestação expressa da vontade do disponente; manifestação expressa por meio de instrumentos públicos, quando se tratar de relativamente incapazes ou*

---

<sup>5</sup> Santos, Maria Celeste Cordeiro dos. Transplantes de Órgãos e Eutanásia, pág. 135.

*analfabetos; proibição do transplante, se o receptor tiver alguma possibilidade de melhorar por meio de tratamento médico ou outra cirurgia; vedação da retirada de partes do cadáver que esteja legalmente sujeito à necrópsia ou à verificação do diagnóstico de causa-mortis, sem autorização do médico legista; proibição do transplante, se houver suspeita de o disponente ser vítima de crime.*

Na ordem, que a lei estabelece, das pessoas que podem permitir a retirada das partes do cadáver para transplante, observa-se o princípio da vontade do disponente; o princípio da custódia do cadáver. Na hipótese de incompatibilidade, observa-se também o interesse da administração da profissão médica, e, na hipótese de necrópsia legalmente obrigatória, o interesse da administração da justiça.

Ainda, no art. 10, permite à pessoa maior e capaz dispor de órgãos e partes do próprio corpo vivo para fins humanitários e terapêuticos. Verifica-se que o consentimento só é válido se estiver satisfeita a condição objetiva da duplicidade de órgãos e se a retirada não causar prejuízo ou mutilação grave para o disponente.<sup>6</sup>

Diante da discussão sobre a possibilidade da realização de transplantes de órgãos, que perturbava a atividade médica especializada e pela falta de regulamentação da lei, a Constituição de 1988, em seu art. 199, § 4º reza que: *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.*

Entendiam os doutrinadores que era, perfeitamente, possível dispensar a edição de uma nova lei, uma vez que a anterior continha todos os pressupostos estabelecidos na Constituição.

Nesse período, diversos projetos de lei foram apresentados para regulamentar a caótica situação da cirurgia de transplantes. Mas, somente, em 2.9.1992, a Comissão de Seguridade Social da Câmara dos Deputados aprovou projeto, que, com a intenção de elevar o número de transplantes, propunha que, se a pessoa se manifestasse em vida como doadora, não seria mais necessária a consulta à família para a retirada de órgãos, depois de sua morte.

Para evitar o comércio de órgãos, a doação em vida para pessoa que não tinha parentesco direto com o doador, dependia de autorização judicial.

Ao contrário da legislação de 1968, que exigia atestado de morte assinado por apenas um médico, define o projeto a morte encefálica, que deve ser atestada por dois médicos, que não pertençam às equipes de retirada ou de transplante de órgãos.

Converteu-se o projeto na Lei 8.489, de 18.11.92 que dispõe sobre *retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, com fins terapêuticos e*

<sup>6</sup> Luna, Everardo da Cunha. *Disciplina Jurídica do Transplante*. In: Revista Jurídica, v. 64. Ano XXXI, p. 134.

*científicos e dá outras providências.* Foi ela regulamentada pelo Decreto 879 de 22.07.1993. Essa lei versa sobre:<sup>7</sup>

- a) permissibilidade, na forma do diploma legal, da disposição de partes do corpo pós morte;
- b) condições;
- c) recomposição posterior do cadáver;
- d) transplante exclusivo por médicos com capacidade comprovada;
- e) conservação dos prontuários e relatório anual;
- f) retiradas da parte do cadáver só mediante autorização do médico-legista;
- g) despesas a serem regulamentadas;
- h) disponibilidade de órgãos só por pessoas maior e capaz.

Condições:

- i) responsabilidade penal, em casos de inobservância especificados;
- j) obrigatoriedade de notificação em casos de morte encefálica;
- k) regulamentação da lei;
- l) revogação das disposições em contrário.

O cadáver, do ponto de vista jurídico, tal como as partes separadas do corpo humano, é considerado como *res extra commercium*, objeto de um direito privado não patrimonial, sujeito a normas de interesse público e social. Confortado por antiqüíssimas tradições religiosas, o respeito coletivo pelo cadáver exige a conservação de sua dignidade, o que impede qualquer forma de sua utilização econômica.

Vale ressaltar que foi em boa hora que o Dec. 879/93 determinou, no art. 8º., que a retirada de tecidos, órgãos ou parte do corpo humano seja precedida de comprovação e diagnóstico da morte, atestada por médico, nos termos da Lei de Registros Públicos. Isso evita a eutanásia<sup>8</sup>, que é o receio da população. O diagnóstico da morte cerebral deve obedecer critérios tecnológicos e é, absolutamente, seguro, na opinião dos médicos especialistas.

Portanto, prevê a Lei nº 8.489/92 a utilização dos órgãos humanos *post mortem* em duas hipóteses, que são: a) desejo expresso em vida do disponente, através de documento pessoal ou oficial; b) na ausência de documento de doação, se não houver manifestação em contrário por parte do cônjuge, ascendente ou descendente.

Embora essa lei tenha sido um avanço, no que se refere à doação de órgãos, continuou escassa a quantidade de órgãos *post mortem* destinados a transplantes, tendo em vista a difícil decisão da família a ser tomada em hora de perda, dor, que dificulta a expressão do ato de vontade dos familiares.

<sup>7</sup> Chaves, Antonio. *Direito à Vida e ao Próprio Corpo*, pág. 228.

<sup>8</sup> Eutanásia é o ato de, deliberadamente, terminar com a vida de um paciente. Mesmo com a solicitação do próprio paciente ou de seus familiares próximos, é, eticamente, inadequada.

Vários projetos de lei continuaram a ser enviados para o Congresso Nacional, a fim de suprir a escassez de órgãos humanos, que não mais servem aos mortos, mas são preciosos para salvar vidas.

A dificuldade de fazer transplantes, em nosso País, resulta da falta de doadores, possivelmente por falta de informação, falta de equipes e de infraestrutura institucional, e desarticulação entre quem capta os órgãos, quem deles necessita e quem realizaria os transplantes. Foi no sentido de melhorar essa situação que surgiu um novo projeto, agora, tornando doador todo aquele cidadão brasileiro que não manifeste, expressamente, sua recusa em doar os seus órgãos.

Assim, é editada a Lei 9.434, de 4/02/97, que dispõe sobre a *remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento*. Essa legislação, bem como o decreto 2.434/97, que a regulamentava, introduz o consentimento presumido (art. 4º e §§). A doação deverá ser gratuita. Não estão compreendidos entre as partes doáveis sujeitas a essa lei o sangue, o esperma e o óvulo.

Esse preceito baseia-se no princípio de que todo cidadão é doador de órgão, por definição. Possibilita que as equipes de saúde retirem os órgãos de cadáveres, no momento da morte, aumentando, assim, as chances de sucesso no transplante.

Alguns países já adotam o consentimento presumido forte, possibilitando que o médico retire órgãos de todo e qualquer cadáver, independentemente de este ter documentos ou não<sup>9</sup>.

O nosso legislador preferiu adotar o consentimento presumido fraco, facultando ao indivíduo negar a utilização de seus órgãos, considerando todos os demais, independentemente de consulta a seus familiares, como habilitados a terem seus órgãos utilizados para transplantes. A lei estabelece que *esta negativa deve constar na Carteira de Identidade ou na Carteira Nacional de Habilitação*, de forma indelével e inviolável (art. 4º)<sup>10</sup>.

Estabelece esse novo diploma legal que:

- a) a realização do transplante deverá ser feita somente por equipe médico-cirúrgica de remoção e transplante e em estabelecimentos hospitalares previamente autorizados pelo órgão de gestão nacional do SUS;
- b) a retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica mediante os critérios clínicos e tecnológicos definidos pelo Conselho Federal de Medicina;
- c) o diagnóstico de morte deverá ser constatado e registrado por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante;

<sup>9</sup> Áustria, Dinamarca, Polônia, Suíça e França.

<sup>10</sup> Brasil, Finlândia, Grécia, Itália, Noruega, Espanha e Suécia são os países que adotam a doação presumida fraca.

- d) a manifestação de vontade feita na Carteira de Identidade ou na Carteira Nacional de Habilitação poderá ser reformulada a qualquer momento;
- e) a remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo de pessoa incapaz somente poderá ser feita desde que permitida por ambos os pais ou por autorização judicial;
- f) de pessoas não identificadas não poderá ser feita a remoção;
- g) obrigatoriedade de recomposição do cadáver;
- h) é permitida a doação gratuita do próprio corpo vivo para fins de transplante ou terapêuticos, desde que se trate de órgãos duplos;
- i) consentimento expresso do receptor.

Condições:

- j) responsabilidade penal, em casos de inobservância especificados;
- k) obrigatoriedade de notificação, em casos de morte encefálica;
- l) regulamentação da lei (Decreto 2.434, de 30 de junho de 1997);
- m) revogação das disposições em contrário.

Em sua justificativa de voto, o Senador José Eduardo Dutra, procurou demonstrar que a saúde, conforme estabelece a atual Constituição Federal, em seu art. 6º., é um direito social. Ou seja, deve ser tratada como um direito do povo, um direito público, que se insere como uma das obrigações do Estado e uma das prioridades nacionais. Portanto, estamos diante de um direito social e não existe direito privado que lhe faça frente, pois nosso ordenamento jurídico opera segundo o princípio da precedência do direito público sobre o direito privado, da superioridade do direito coletivo sobre o individual, da importância maior do direito social sobre as faculdades privadas. Sendo assim, nada mais natural que, na busca por melhor qualidade de vida, encontremos uma forma de facilitar os transplantes de órgãos, o que, certamente, propiciará uma melhoria na saúde da população<sup>11</sup>.

A consequência direta dessa disposição é que todos os cidadãos identificados terão seus tecidos, órgãos e partes do corpo extraídas *post mortem* para servirem de meio de tratamento ou serem transplantados, sempre que deixarem de fazer constar - por desinformação, negligência, ou até mesmo por medo da segregação<sup>12</sup> - em seus documentos, a manifestação de vontade contrária à doação.

Trata-se, como se nota, de questão ética que requer a participação do Estado em sua disciplina, criando o direito subjetivo - para quem necessitar de transplante - de receber tecidos, órgãos ou partes do corpo humano de todos

<sup>11</sup> Justificativa de voto. Sala das Sessões, 16/02/1995.

<sup>12</sup> Ao introduzir um sinal de opção moral em documento de identidade física, a lei está criando potencial elemento de discriminação ética.

aqueles que deixaram de gravar a expressão não-doador de órgãos e tecidos, em seu documento de identidade<sup>13</sup>.

Embora não se negue que a atual Lei de Transplantes tenha sido inspirada em razões humanitárias, ante a propalada falta de doadores e os inúmeros óbitos daí decorrentes, muitas foram as críticas, por parte dos doutrinadores civilistas, com relação a instituição dessa lei no Brasil.

Arnoldo Wald manifestou-se no sentido de que *os direitos da personalidade têm proteção constitucional e legal e caracterização que lhes dão tanto os Tribunais como os doutrinadores, referindo-se a sua indisponibilidade e, em particular, à indisponibilidade do corpo humano*. Ressalta a importância da legislação para resguardar vidas e evitar o comércio de órgãos, constituindo num diploma *de maior relevância e atualidade*. Demonstra o autor que toda a *tradição jurídica é contrária à presunção de doação, exigindo-se, ao contrário, forma escrita, salvo em casos excepcionais (art. 1.168 e parágrafo único do Código Civil)*. Também a *renúncia aos direitos da personalidade não admite presunção dentro da boa técnica jurídica*.

Entende Wald que a solução mais apropriada seria, realmente, incluir na carteira de identidade - e até na carteira de trabalho ou no título de eleitor - uma referência na qual o interessado declararia, desde logo e expressamente, autorizar ou não o transplante dos seus órgãos, sem que houvesse presunção num sentido ou noutro<sup>14</sup>.

Algumas entidades médicas se posicionaram contra a idéia, alegando a falta de infra-estrutura dos hospitais brasileiros para comportar a captação e distribuição de órgãos, sendo a lei omissa nesse ponto.

A OAB foi à Justiça contra a Lei de doação obrigatória de órgãos, uma vez que entendeu que a doação presumida, além de ser arbitrária, vai facilitar o comércio e o tráfico de órgãos humanos<sup>15</sup> e, ainda, é inconstitucional, uma vez que viola o princípio consagrado da liberdade individual, expressamente exaltado na Constituição Federal.

---

<sup>13</sup> É interessante notar que, em 1968, o Instituto dos Advogados do Brasil promoveu um concurso de teses sobre o tema "O Transplante de Órgãos Humanos à Luz do Direito", e a orientação mais plausível foi, em vez de admitir a utilização de partes do cadáver como exceção, mediante autorização, **presumir a aquiescência**, salvo manifestação contrária. Por ser um dos fins do Direito hierarquizar os interesses em conflito, não se justifica enterrar um corpo para sua decomposição, desde que poderia ser utilizado para transplantes, preservando muitas vidas. A Igreja Católica, à época desse concurso, através do Papa Pio XII, manifestou-se a respeito da doação presumida: *"...Por outro lado, é necessário educar o público e explicar-lhe com inteligência e respeito, que consentir expressa ou tacitamente em sérias intervenções contra a integridade do cadáver, no interesse dos que sofrem, não ofende a piedade devida ao defunto quando se têm para isso poderosas razões..."* (Chaves, p.386).

<sup>14</sup> Uma primeira visão da lei de doação de órgãos. Revista Literária do Direito. Set/out 1997.

<sup>15</sup> Nota-se que, com relação ao tráfico de órgãos, entendem os legisladores que com a doação presumida deve aumentar a oferta de órgãos e, conseqüentemente, diminuir o tráfico.

Entende o advogado constitucionalista Celso Bastos, que essa Lei fere os princípios constitucionais garantidos na Constituição Federal de 1988, pelo fato de a constituição consagrar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil<sup>16</sup>.

Por outro lado, a favor da nova Lei, o Ministro do STJ Humberto de Barros comenta que não encontrou qualquer vício de inconstitucionalidade, na Lei 9.434/97, declarando que: *Embora tenha ouvido alguns juristas afirmarem que eles existem, na medida que compromete o direito de dispor do corpo. Mas me parece que não, pois a Lei estabelece uma presunção. O direito funciona em vários aspectos à base de presunções. Se presume, hoje, que aquela pessoa que não autorizou expressamente a disposição de órgãos de seu cadáver ( e aí eu não diria da disposição de seus órgãos, porque se dispõe de órgãos de um cadáver) estaria proibindo que se fizesse isso. Simplesmente se inverteu essa posição, sem nenhuma interferência no direito de escolha.*<sup>17</sup>

Com relação à doação entre vivos, outra crítica que se faz à atual Lei de Transplantes é a dispensa do laço de parentesco e da autorização judicial no caso de não familiares, podendo acarretar o comércio de órgãos, uma vez que não se sabe qual o motivo e os graus de parentesco ou solidariedade que justificam o ato.

Como ponto positivo, apontam os estudiosos na matéria que essa Lei aumentou a responsabilidade dos médicos e equipes de transplantes, permitindo uma atuação médica mais segura de seus limites.

De um modo geral, pode-se dizer que a Lei vai facilitar a obtenção de órgãos para transplantes. É importante salientar que a demanda de transplantes é maior do que a disponibilidade de órgãos de cadáveres e, obviamente, deve-se fazer todo o esforço para que esta última diminua pela ação de melhor medicina. Foi com este intuito e baseado na experiência dos países que já adotam a doação presumida, que o legislador editou essa Lei e Decreto regulamentar.

### Capítulo 3. Aspectos Meta-Jurídicos dos transplantes de órgãos

#### Seção 1. Princípios fundamentais que prevalecem em matéria de transplantes

O direito à vida e à integridade física são direitos de personalidade com proteção no Direito Privado e no Direito Público e ampla proteção constitucional. A questão dos transplantes se insere no direito à integridade física, por se tratar de decisão individual sobre intervenção cirúrgica perigosa, que envolve duas pessoas.

---

<sup>16</sup> Revista Consulex. Fev/97. Pág. 16.

<sup>17</sup> Revista Consulex. Fevereiro/97. Pág. 14.

Existem princípios gerais de proteção ao corpo do homem que se devem observar: a primazia da pessoa; a dignidade da pessoa; respeito ao ser humano diante da comercialização de sua vida, inviolabilidade do corpo humano e sua integridade, necessidade de terapêutica (consentimentos e limites); integridade da espécie humana, extra-patrimonialidade do corpo humano (não-patrimonialidade do corpo humano); não remuneração ao doador; princípio do anonimato; garantias judiciárias; nascimento e liberdade sexual; esterilização; regulamentação dos nascimentos; interrupção da gravidez; vontade de procriação; assistência médica à procriação; proteção do embrião humano; proteção contra exploração comercial e a experimentação; filiação do embrião; exclusão da ligação biológica entre o doador e a criança; efeitos da filiação; a vida e a utilização do corpo humano; utilização dos órgãos e partes do corpo humano; regime aplicável à transfusão de sangue, utilização de dados genéticos; regras de proteção específica à utilização do corpo; utilização de tecidos, células e produtos do corpo humano<sup>18</sup>.

Maria Isabel de Matos Rocha<sup>19</sup> propõe, também, como princípios para transplantes o direito do doador de dispor de partes do corpo; o direito do receptor de recusar o transplante; o direito do doador e do receptor a um consentimento informado; a finalidade terapêutica científica; o interesse de preservar a saúde, tanto do disponente como do receptor; as vantagens do transplante após a morte do doador; a gratuidade da disposição de órgãos.

## Seção 2. Critério de alocação de órgãos para transplantes

Com a edição da nova Lei de Transplantes (Lei 9434/97), adotando o consentimento presumido, o critério previsto para alocação de órgãos para transplantes é o de igualdade de acesso, ou seja, através de lista de receptores, conforme art. 4º, III c/c art. 7º, § 2º. do Decreto 2.434/97.

Entretanto, seria necessário realizar um estudo para se apurar a melhor maneira de distribuir as partes transplantáveis do cadáver, para os eventuais receptores.

A alocação dos órgãos para transplante, assim como de outros recursos escassos, deve ser feita em dois estágios. O primeiro estágio deve ser realizado pela própria equipe de saúde, contemplando os critérios de elegibilidade, de probabilidade de sucesso e de progresso à ciência, visando a beneficência ampla. O segundo estágio a ser realizado por um Comitê de Bioética pode utilizar os critério de igualdade de acesso, das probabilidades estatísticas envolvidas no caso, da necessidade de tratamento futuro, do valor social do indivíduo receptor, da dependência de outras pessoas, entre outros critérios mais.

<sup>18</sup> Baracho, José Alfredo de Oliveira. O Direito de Experimentação Sobre o Homem e a Biomédica (Cidadania e Ciência). O Sino de Samuel. Belo Horizonte. Março/97. pág. 5.

<sup>19</sup> RT 742/72.

Porém, os critérios mais utilizados para alocação de recursos são: *necessidade, merecimento, efetividade, igualdade de acesso.*

- a) *critério de necessidade:* relaciona-se às condições atuais do paciente. Este critério estabelece a prioridade aos que estão em estado de saúde mais grave, mesmo sabendo que os custos serão altos e os efeitos da intervenção médica terão pouca repercussão. Isto pode ser encarado, por alguns, como desperdício de recursos, pois os mesmos poderiam ser utilizados em pacientes com maiores chances;
- b) *critério da efetividade:* os recursos devem ser alocados para aqueles pacientes que possam fazer o melhor uso para si. O estado de saúde do paciente pode ser usado como critério para alocação de recursos;
- c) *critério do merecimento:* Os recursos devem ser alocados para aqueles pacientes que mereçam recebê-los, com base em ações, registros e eventos que já ocorreram;
- d) *critério de igualdade de acesso:* É a melhor forma de se atingir a igualdade, seja através de sorteios, ou filas de espera, uma vez que preserva a relação médico-paciente, pois o critério de seleção é estabelecido fora deste contexto.

### Seção 3. Incentivo econômico

A compra e venda de órgãos surgiu na Índia, nos anos oitenta. Nossa cultura se contrapõe, frontalmente, a isso. A legislação pátria estabelece que o corpo é *res non commerciabilis*, por razões de princípios; porque pressupõe uma diferença educacional ou econômica; ou mesmo por razões de desigualdade que empurra os mais frágeis em direção à expropriação física do corpo, em qualquer situação.

O ato de dispor deverá ser gratuito. A doutrina predominante considera imoral e nula a cessão onerosa, cometendo o médico responsável um crime sujeito a punições.

A Organização Mundial de Saúde estabelece no seu princípio 5: *O corpo humano e as suas partes não podem ser objeto de transações comerciais. Conseqüentemente, é proibido dar ou receber uma contrapartida pecuniária (ou qualquer outra compensação ou recompensa) pelos órgãos*<sup>20</sup>.

Interessante notar que, ainda hoje, é imoral o comércio de órgãos, mas é bem possível que daqui a uma década as idéias sejam diferentes, tal qual, há igual período de tempo, chocava a opinião geral a simples admissibilidade de operações de mudança de sexo, hoje admitidas como perfeitamente legais, nos casos fisiológico-psicológicos indicados.

O Conselho de Assuntos Éticos e Judiciais americano aborda o uso de incentivos econômicos para encorajar a doação de órgãos de cadáveres. Aqueles

<sup>20</sup> RT 742/72.

que propõem incentivos econômicos argumentam que os incentivos para a doação aumentariam o suprimento de órgãos e estenderiam o controle dos indivíduos sobre seus próprios corpos. Embora o Conselho acredite que um mercado aberto e não regulado de doação de órgãos levaria a abusos éticos muito graves, outras formas de incentivos econômicos podem ser eticamente permissíveis.

Para muitos, a idéia de qualquer tipo de incentivo para doação é inerentemente desagradável e sujeita a graves abusos éticos. Muitos temem que os incentivos econômicos para doação prejudicariam o altruísmo na sociedade, seriam coercitivos para os pobres, prejudicariam a qualidade do suprimento de órgãos e desumanizariam a sociedade na medida em que seres humanos e seus órgãos fossem vistos como meros objetos. Embora estas preocupações sejam importantes, o Conselho não acredita que elas justifiquem a proibição de todas as formas de incentivos econômicos.

O Dr. Volnei Garrafa, da Universidade de Brasília, comenta que o advento da venda de órgãos em termos morais, deriva da tendência deste século XX de mercantilizar qualquer coisa: não somente os produtos mas também a natureza, o conhecimento, os sentimentos, o próprio corpo. Em termos científicos, deriva das descobertas que tornaram possíveis a troca e a utilização de partes do corpo, assim como do fato de que alguns campos de pesquisa e atuação foram privilegiados em detrimento de outros (xenotransplantes ou peças de substituição mecânica, de acordo com o caso, já poderiam ter resolvido o problema da escassez de órgãos para transplantes, por exemplo). Em termos econômicos, origina-se do flagrante desequilíbrio entre o excesso de demanda e a insuficiência da oferta (como é evidente na questão do sangue e, outra vez, dos órgãos para transplantes).

A tendência brasileira (e latina, em geral) é direcionada à reafirmação da idéia de que o corpo é *res non commerciabilis*. Ou seja, que o homem e a mulher, suas funções e suas partes, não podem ser mercantilizadas: a) seja por razões de princípio; b) seja porque isso pressupõe uma diferença educacional ou econômica (mesmo quando a compra-venda tenha a aparência de um contrato estipulado entre "iguais"), ou mesmo o aumento da desigualdade que empurra os mais frágeis em direção à expropriação física do corpo, em qualquer situação.

#### **Seção 4. Aspectos éticos e religiosos**

A Ética, em um sentido restrito, é a ciência do dever moral. A responsabilidade ética, no exercício da medicina, é, em essência, um compromisso de consciência, pessoal, adquirido pelo médico para com seu paciente e com a sociedade.

Assim, extraem-se as seguintes conclusões, sob o prisma da Ética: os transplantes, realizados dentro do mesmo organismo, não apresentam problema moral; os xenotransplantes despertam um debate não apenas ético, mas também científico, diante do medo de que os bichos passem ao homem doenças que a

espécie humana não consiga enfrentar; os transplantes de um cadáver para um ser vivo devem pressupor, anteriormente, que seja confirmada a morte do doador, para que não haja obstáculos à utilização de seus órgãos para eventuais transplantes; persistem resistências religiosas. Pio XII, alertou contra duas concepções: a equiparação do cadáver do homem ao de um animal e o respeito absoluto e incondicional que ele merece. Consentir na remoção de órgãos ou tecidos contra a integridade do cadáver, no interesse dos que sofrem, não ofende a piedade devida ao defunto.

O teólogo jesuíta John Lynch distingue a morte médica da morte teológica, entendida essa como a separação da alma e do corpo, que permanecem unidos por tempo indefinido.

Para algumas seitas religiosas cristãs, a terapia dos transplantes está proibida a seus seguidores. A religião muçulmana se opõe, por doutrina, a toda mutilação ou desmembramento de um cadáver.

Aspecto fundamental a que se deve atentar, no momento de se julgar a conveniência (ou não) moral de transplante de órgãos ou partes de um cadáver, deveria ser a influência deste sobre o bem-estar do doente; à licitude de se perseverar em intervenções de grande risco; o perigo de que cadáveres passem a ser disputados como uma verdadeira mercadoria e, ainda, poderia surgir uma forma de eutanásia omissiva criminosa aplicada em pessoas enfermas que pudessem ser úteis. Para resolver esses problemas, os hospitais dos Estados Unidos mantêm, obrigatoriamente, uma Comissão Ética.

## **Capítulo 4. Conceito da morte e a disponibilidade do corpo**

### **Seção 1. Critério determinativo da morte**

Segundo o Conselho da Organização Mundial de Saúde, órgão filiado à UNESCO, a constatação da morte clínica deve ser baseada em :

- a) perda total do sentido ambiente;
- b) debilidade total dos músculos;
- c) paralisação espontânea da respiração;
- d) colapso da pressão sanguínea, no momento em que não for mantida artificialmente;
- e) traçado totalmente linear no eletroencefalógrafo.

Como provas para confirmação da morte cerebral, os médicos estabelecem:

- 1) as pupilas têm um diâmetro fixo e não respondem às bruscas mudanças da intensidade de uma luz incidente;
- 2) não existe reflexo da córnea;
- 3) estão ausentes os reflexos vestibulo-oculares;

- 4) não se pode obter resposta alguma na distribuição dos nervos cranianos ante uma estimulação adequada de qualquer área somática;
- 5) não se produzem movimentos respiratórios, ao ser desconectado o paciente do ventilador mecânico.

Portanto, a retirada de partes do corpo humano para fins de transplante só poderá ser promovida diante de critérios seguros, para que não se pratique a eutanásia ou homicídio culposo.

O Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 1.480, em 08 de agosto de 1997, adotando critérios para a caracterização da morte encefálica, tendo em vista a nova Lei de Transplantes. Deverão os médicos, ao atestar a morte encefálica, realizar exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprio para determinadas faixas etárias (art. 1º). Ainda, os exames complementares deverão demonstrar de forma inequívoca:

- a) ausência de atividade elétrica cerebral, ou;
- b) ausência de atividade metabólica cerebral, ou;
- c) ausência de perfusão sanguínea cerebral.

## Seção 2. Problema da disponibilidade do próprio corpo

O direito do homem sobre seu cadáver é da mesma natureza que o direito que tem sobre seu próprio corpo. Assim, toda pessoa viva, como sujeito de direito, pode dispor em vida do destino do seu cadáver, no exercício legítimo de um direito de personalidade, estabelecendo as condições de sepultamento, embalsamamento, proteção e incolumidade, já que esta não reside só na pessoa viva, mas no reconhecimento da dignidade humana.

O cadáver, tal como as partes separadas do corpo, é considerado “coisa”. A inviolabilidade da pessoa humana vê-se, hoje, ameaçada por manipulações excepcionais, com a utilização de técnicas gerais, para o desenvolvimento da pesquisa científica, muitas vezes, decorrentes das lógicas do desejo e do lucro. Em face desse perigo, torna-se necessária a produção de normas de emergências, assentadas em regras bioéticas ou deontológicas.

Quando os comportamentos individuais, em matéria de saúde, repercutem sobre o conjunto da coletividade, é preciso passar da saúde privada à saúde pública, circunstância que traduz a dimensão social do problema.

O homem não pode, livremente, dispor de sua vida. A liberdade de morrer substitui, hoje, o conceito antagônico: o direito de viver. Reconheceu-se ao homem, então, o direito de dispor de seu futuro cadáver, desde que o faça para um fim lícito ou não imoral.

Devemos atentar a que os transplantes visam ao benefício social, e não a satisfações “egoísticas”. Na opinião de Todoli<sup>21</sup>, Catedrático da Universidade de

---

<sup>21</sup> Apud. Leite, Gervásio. *A Manifestação da Vontade nos Casos de Transplantes*. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 29, Ano VIII, pág. 09.

Madri, a ablação de um membro, por motivos de transplante, pode chegar a ser obrigatória e heróica. "O fim bom se segue, não a partir de um mal moral, mas de um ato *altamente louvável*".

Ainda, Antônio Chaves preleciona que o respeito coletivo pelo cadáver exige a conservação de sua dignidade, impedindo qualquer forma de utilização econômica: trata-se de coisa *extra-comercium*, objeto de direito privado não patrimonial, de origem consuetudinária, correspondendo aos parentes do defunto, em razão do sentimento de piedade que os liga à pessoa falecida, mais dever do que direito, somente para permitir a tributação das últimas homenagens. Afirma, ainda, que chegará o momento do reconhecimento de que, embora "coisa", o cadáver ou parte dele **não** é objeto de disposição voluntária nem do *de cuius* enquanto vivo, nem da família do mesmo, para que possa ser considerado bem do domínio comum, ou figura jurídica equivalente, mantido sempre o respeito que todos lhe devotamos.

O princípio da retirabilidade de partes do cadáver não viola a média dos sentimentos de moralidade e de religiosidade comuns.

### Seção 3. Do Direito Civil

São pontos principais do ordenamento civil sobre os transplantes o exercício e a tutela dos direitos de personalidade e os respectivos negócios jurídicos (capacidade, objeto e forma). Contempla a lei dos transplantes:

- 1) os direitos da personalidade como: atos de disposição sobre partes separadas do corpo em vida; atos de disposição do corpo, para após morte; atos de disposição do cadáver. Como características do direito em apreço, os atos jurídicos têm por objeto as regras da gratuidade, revogabilidade e causalidade;
- 2) o negócio jurídico como: bilateral inter vivos (a pessoa específica o membro a ser doado e a família ou entidade religiosa, responsável pelo destino do despojos, dá autorização escrita, formalizando o acordo sobre seu aproveitamento); unilateral inter vivos; unilateral mortis causa.

Verificamos que, em momento algum, a legislação em estudo fere os princípios acima enumerados. *Não podemos figurar nossa situação e a de nossos familiares apenas como doadores, mas também como eventuais receptores. O bom senso que deve presidir todas as ações não deve desconsiderar que a saúde de um indivíduo desesperançoso e que aguarda um transplante é muito mais importante que a manutenção de um cadáver intacto*<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Vieira, Tereza Rodrigues. *O Consentimento e os Transplantes*. In: Arquivo do Conselho Regional de Medicina do Paraná. V. 15, n. 57, jan/março-98, p. 46.

## Conclusão

Nas ciências da vida, a utilização de transplantes de órgãos, tecidos e partes do corpo deu um grande salto qualitativo, possibilitando que muitas pessoas condenadas à morte, passassem a viver por mais tempo, graças à solidariedade humana.

O atual estágio da ciência permite usar quase tudo de um cadáver em bom estado; nove vidas, se usadas as partes do corpo morto em pessoas diferentes, poderão ser salvas.

Sem a doação, o máximo que se faz, é entregar a carne aos vermes até o esqueleto se transformar em pó. É com essa visão de que as partes utilizáveis em transplantes podem salvar vidas, e diante da escassez de órgãos humanos hábeis a ser transplantados, que o legislador pátrio editou a Lei 9.434/97, impondo a doação presumida de órgãos.

A Constituição Federal, no art. 199, § 4º circunscreve, em princípio, o conteúdo da Lei de Transplantes. Estabelece que “a lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante...”.

Percebemos, então, da leitura desse preceito constitucional, que o legislador deve respeitar a vontade do disponente e entendemos que a nova lei não feriu esse princípio, pois admite, a qualquer tempo, manifestação de vontade contrária à doação. A lei estabelece uma presunção, sem nenhuma interferência de escolha.

Embora contestado por algumas religiões, o transplante é, no entanto, o único meio de garantir a sobrevivência de muitos doentes graves. O direito precisa acompanhar a evolução biotecnológica, editando normas que favoreçam esse desenvolvimento.

A doação, longe de resultar em mutilação, é uma perpetuação do organismo, e, portanto, deverá ser incentivada, pois favorece a formação de uma comunidade consensual e é a expressão de generosidade e da mais profunda caridade cristã.

## Bibliografia

- Baracho, José Alfredo de Oliveira. *O Direito de Experimentação Sobre o Homem e a Biomédica (Cidadania e Ciência)*. In: O Sino de Samuel. Jornal da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Ano III. N. 21. Março 1997. p.5.
- Bittar Filho, Carlos Alberto. *Tutela da Personalidade no Atual Direito Brasileiro*. In: Revista de Direito Civil. V. 78, p. 5-20.
- Bobbio, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. 3ª. Ed., Brasília: Editora UNB, 1995.

- Chaves, Antônio. *Direito à Vida e ao Próprio Corpo (Intersexualidade, Transexualidade, Transplante)*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1994.
- \_\_\_\_\_. Retirada de Órgãos ou Parte do Corpo Humano para Transplantes. In: Revista Informação Legislativa, a.20, n. 79, jul/set 1983 p.383-420.
- Costa, Bárbara Rita da Silva. *Transplante de Órgãos: A Ciência Médica e o Direito - Ensaio*. In: Ensaio Jurídico: Coletâneas de Monografias do Curso de Especialização em Direito Privado. Niterói, 1994. p.499-533.
- Santos, Mario Ferreira dos. *A Ética como Ciência Concreta*. In: Enciclopédia de Ciências Filosóficas e Sociais, 2ª ed.,v. XI, 1959, p.109-219.
- França, Genival Veloso. *Direito Médico*. 4ª ed. São Paulo: Fundo Editorial BYK, 1987.
- França, Limongi (coord). *Enciclopédia Saraiva*. v. 74, verbete "Transplante", 1977. p. 391-401.
- Gogliano, Daisy. *Paciente Terminais - Morte Encefálica*. In: Revista Curso de direito Universidade Federal de Uberlândia. v. 23 (1/2), 1994. P. 69-92.
- Goldim, José Roberto. *Criação de Comitês de Bioética*. In: Revista Medicina Conselho Federal. Ano X ,n. 88, out/97.p.8-9.
- Gomes, Luiz Roldão de Freitas. *Inegociabilidade da Matéria Orgânica Transplante de Órgãos ou Partes do Corpo*. In: Revista Justitia. V. 68, ano 1970. p. 41-62.
- Gusmão, Paulo Dourado. *Filosofia do Direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- Leite, Gervásio. *A Manifestação da Vontade nos Casos de Transplantes*. In: Revista de Informação Legislativa. N.29, ano VIII, jan.-março/1971, p. 87-94.
- Lepargneur, Hubert. *Força e Fraqueza dos Princípios da Bioética*. In: Revista Bioética, v. 4, n.2,1996 p.131-143.
- Luna, Everardo da Cunha. *Disciplina Jurídica do Transplante*. In: Revista Justitia. V. 64. Ano XXXI, 1º semestre/69. p. 133-136.
- Marques, Marília Bernardes. *A Bioética na Política Pública do Brasil*. In: Revista Bioética, v.4,n.2,1996, p. 145-148.
- Moraes, Irany Novah. *Erro Médico e a Lei*. 3ª ed. São Paulo: RT,1995.
- Neto, José Adriano Marrey. *Transplantes - Considerações Sobre a Lei 5.479, de 10.8.68 Aspectos Éticos, Jurídicos e Médico-Legais*. In: Revista dos Tribunais v. 578 dez/1983. p.16-36.
- Neto, João Antônio. *Implicações Ético-Jurídicas dos Transplantes*. In: Revista forense. p.5-11.
- Neves, Maria do Céu Patrão. *A Fundamentação Antropológica da Bioética*. In: Revista Bioética, v. 4, n. 1, 1996, p. 7-16.
- Norman, Colin. Trad. Mario Salviano Silva. *O Impacto da Biotecnologia*. In: Revista Diálogo, v.16, n. 1, 1983, p. 29-32.
- Oliveira, João Gualberto. *Tribunal de Ética*. In: Enciclopédia Saraiva, v.34. p. 219-229.
- Panasco, Wanderley Lacerda. *A Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos*. 6ª.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984 .

- Pereira, Victor. *Transplantes de Órgãos e Tecidos*. In: Arquivos Médicos. V. XI, n.43/44, 1991 p.79-82.
- Reale Júnior, Miguel. *Aspectos Jurídicos do Ato Médico no Transplante de Órgãos*. In: Revista dos Tribunais. v. 424. Fev/1971. p. 463-466.
- Rocha, Maria Isabel de Matos. *Transplantes de Órgãos Entre Vivos: As Mazelas da Nova Lei*. In: Revista dos Tribunais, ano 86. V. 742, p.67-80.
- Roure, Denise de. *Doação Presumida de Órgãos Humanos Prós e Contras de Uma Lei Polêmica*. In: Revista Consulex. Fevereiro/97 p. 10-17.
- Santos, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Transplantes de Órgãos e Eutanásia (Liberdade e Responsabilidade)*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- Silva, José Barros da. *Os Transplantes Numa Visão Cristã*. In: Família Cristã. Ano 49. N. 570. Junho/83 p.50-51.
- Szaniawski, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua Tutela*. São Paulo: RT, 1993.
- Varella, Flávia e Barros, André. *Solidários por Lei*. In: revista Veja. Ed. Abril. Ano 30, n.6, 1997 p. 58-61.
- Wald, Arnoldo. *Uma Primeira Visão da Lei de Doação de Órgãos*. In: Revista Literária de Direito. Set/out. 1997, p. 30-31.