

ASPECTOS FÁTICOS, ÉTICOS E JURÍDICOS ATINENTES A TRANSPLANTES E DOAÇÃO DE ÓRGÃOS

IZABELLA DISCHINGER DE BARROS FERLINI
Professora da Faculdade de Direito da UFRGS

Fatos há que despertam a atenção e, por vezes, até sacodem a opinião pública. Um dos problemas, entre os múltiplos que ora centram as atenções, é o dos transplantes.

Em torno do assunto, dramáticas descrições têm sido feitas. É particularmente doloroso o que se menciona quando se trata de transplantes de coração, uma das multiformes facetas da possibilidade de transplante, em que é importante a indagação das condições do precioso órgão no momento de sua extirpação, com a básica averiguação em torno da morte ou não daquele de quem vai ser utilizado o mencionado órgão.

Em “O Jornal do Jockyman”, dos dias 12/13 do mês de maio do ano em curso de 1990, extensamente se tecem considerações sobre aspectos relativos a transplante, sob o título de “O Banco de Órgãos”.

Há anos atrás, em “A Tutela Penal do Coração”, Serrano Neves apresentou dois tópicos a motivar profunda impressão e despertar preocupação. O primeiro tem o seguinte teor: “Disputa-se no mundo agitada olimpíada cardíaca, em que o homem disfarçado marca pontos consagradores, sob o olhar indiferente de um Direito Penal miseravelmente sublime”. O segundo texto nos diz: “Penosa é a impressão que nos causou recente manchete do ‘Daily Telegraph’, de Londres, encimada por estarrecedora revelação do cientista Geoffrey Spencer — médico do St. Thomas Hospital -, para quem “pacientes moribundos ficam cercados de médicos de transplante, como um bando de abutres, a querer extrair-lhes todos os órgãos úteis, desde a córnea até o coração”. (1)

No momento atual, muitos registros de ordem fática — gratificantes uns, dolorosos e decepcionantes outros — se podem registrar.

Constata-se que, cada vez mais, cresce o número de partes do corpo que são aproveitadas para enxertos e transplantes, tais como pele, córnea, músculos, pulmão, rim, coração. Ocorrem utilizações de elementos de uma para outra parte do organismo na própria pessoa ou, então, de um ser vivo para outro, ou de morto para vivo.

(1) SERRANO NEVES, *Da Tutela Penal do Coração*, capa e pág. 15.

Toda a problemática fica em função de normas seguras a pautar o agir, trazendo à ordem jurídica preceitos da deontologia.

Hoje, agitam-se as discussões, mas cumpre ressaltar que transplante não é algo novo, como muitos crêem.

Segundo colhemos em relatos históricos, já Cosme e Damião teriam realizado transplante ao amputarem uma perna gangrenada, substituindo-a por uma sadia.

Não só fática, mas também doutrinariamente, não se cuida de algo recente. Já em Tomás de Aquino, embora com enfoque no âmbito da filosofia, encontramos o aflorar da problemática da *Summa Secunda Secundae*, onde são analisados aspectos atinentes à mutilação (quaestio LXV 65 articulus 1 — *Utrum mutilare aliquem membro in aliquo casu possit esse licitum*). Em tratados de moral, diretivas várias nos apontam seus autores, em diversas épocas, quanto ao que pertine ao direito à vida e atos relacionados à disposição do corpo. Constata-se que há um acompanhar da problemática que vai se apresentando e que requer o posicionamento face a novas indagações. Antônio Peinador, entre outros, trata de mutilações lícitas, das de duvidosa licitude, da licitude do transplante de órgãos pares em favor de terceira pessoa e, também, da punção do coração e da mutilação de cadáveres para fins terapêuticos. Quanto à punção do coração, Peinador, o professor eminente da Pontifícia Universidade de Salamanca, manifesta que são contestes os teólogos quanto à ilicitude da punção do coração ou a secção arterial de um defunto com o fim exclusivo de assegurar a morte e evitar o horror de uma inumação no período de morte aparente, nem mesmo quando solicitado pelo defunto antes de morrer e de que se não houvesse morrido ainda, se trataria de verdadeiro homicídio(2).

Na doutrina jurídica estrangeira, muitos são os estudos sobre o tema em exame, especialmente a partir do século passado. Em nosso país, já de longa data, eminentes juristas na esfera do direito civil e do penal, discorreram sobre o assunto. A partir da legislação sobre transplantes, isto é, da Lei n.º 4.280, de 1963, e da Lei n.º 5.479, de 1968, particularmente se desenvolveu o estudo sobre o assunto.

O progresso da ciência médica quanto ao aproveitamento do corpo humano e de partes do mesmo em enxertos e transplantes, motivaram a apresentação, em 1982, de projeto que foi amplamente debatido. Seu teor foi considerado passível de reparos críticos.

No Projeto Orlando Gomes de Código Civil, no capítulo dos direitos da personalidade, foi contemplado artigo sobre atos de disposição do próprio corpo (artigo 30 e parágrafo), bem como sobre disposição do cadáver e direito ao cadáver (artigos 31 e 32).

(2) ANTONIO PEINADOR, *Tratado de Moral Profissional*, 1967.

O projeto 634-B, com enfoque um pouco diverso, cuidou do assunto nos artigos 13 e 14, contendo no parágrafo único deste último, o valioso mencionar a livre revogabilidade a qualquer tempo, do ato de disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte, com objetivo científico ou altruístico. O que ensejou discussão foi apenas a consideração do que seria objetivo científico ou altruístico.

Em nosso Estado, graças ao empenhoso esforço do operoso Deputado Sanhotene Felice, viemos a ter a Lei dos Transplantes de 9.12.1988, que tem o número 8.750. Por ela é incentivada e disciplinada a disposição em vida, de órgãos suscetíveis de serem transplantados na ocasião da morte. Foi a referida lei aprovada logo após a vigência da atual Constituição.

Sempre mais uma vez está em foco o problema morte-vida e novos estudos e leis são apresentados.

Particularmente cresceu a importância do tema o dispositivo no artigo 199, § 4º, da Constituição de 1988, que tem este teor: "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".

Em decorrência da norma legal citada, foram apresentados, respectivamente pelos senhores deputados Carlos Mosconi e Victor Faccioni, os projetos de lei do número 1.169, de 1988, e 3.953, de 1989.

Fulcro da questão é a vida biológica do homem, ao mesmo tempo um fato e um direito, se consideramos que se acha e precisa achar-se amparada juridicamente. Direito à integridade física e à vida devem não só estar consagradas na Constituição e leis penais, mas também defluir de preceitos específicos relativos a transplantes e doação de órgãos.

Os direitos do homem, em última análise, repousam na realidade metafísica do mesmo. Cabe tomar e traduzir as palavras de Régis Jolivet(3): a pessoa humana jamais deverá tornar-se instrumento e meio, nem procurar transformar em meio e instrumento as outras pessoas".

Assim como tem um direito ao amparo social contra os danos à sua vida e saúde em razão de endemias, insalubridade, poluição e outros fatores, tem o homem direito de não ser injustamente privado de sua vida. É, pois, importante saber quando nos defrontamos com a não-vida, ou seja, o cadáver e o que concerne à disponibilidade do mesmo ou partes do mesmo, ou se ocorre uma situação que imponha uma doação em vida. Pode estar em jo-

(3) RÉGIS JOVILET, *Morale*, pág. 232/233.

go um direito à vida, mas este não envolve o direito de alguém sobre a vida de outrem. É de ser preservado, também, da negociabilidade patrimonial o corpo do ser vivo e do cadáver.

O receio de que disposições legais ou de procedimentos venha a decorrer o encurtamento de suas vidas, a reação de muitos à problemática dos transplantes.

Temem que se encare o homem como abstração, muitos dos que opinam na vida corrente, ponderando que isto acarretaria o solapar de direitos da personalidade à vida e à integridade física, ao estabelecer preceitos que, embora estatuídos com intuito benemerente, sejam antes de uma conquista para uns, um não reconhecimento do direito de outros.

Há preocupação de que se olvide que o corpo do ser humano vivo não é objeto, não é coisa a ser como tal tratada. Neste sentido, pronunciamentos quanto ao direito sobre o próprio corpo, quando ocorre notícia relativa a leis ou projetos de lei que enfoquem situações em que se busca socorrer as deficiências orgânicas.

Um dos fatores importantes a considerar é o da determinação da morte, tarefa que nos diz Marciano Vidal, pertence à ciência. Citando Pio XII, diz que este declarou ser da competência do médico e não da teologia, a confirmação do momento da morte. Lemos, outrossim, na obra do referido autor: “a irreversibilidade é o que caracteriza fundamentalmente a morte”. E, ainda, “a falha do coração perdeu o valor significativo da irreversibilidade que é a própria morte”; mais adiante, “ao prevalecer a função do cérebro em lugar do coração, existe atualmente unanimidade em determinar o momento da morte, quando há lugar a morte orgânica do cérebro”. No mesmo autor, ainda encontramos a avaliação moral dos transplantes e a indicação de aspectos a ter em conta em sua realização(4).

O extraordinário progresso da medicina, a descoberta de novos processos terapêuticos e o nascer de novas necessidades, exigem do estudioso, do legislador e, quantas vezes também, do julgador, apreciação sob nova ótica, mas levando em linha de conta o que é ínsito à natureza humana.

Citando Welzel, em seu artigo sobre Aspectos Jurídicos do Ato Médico no Transplante de Órgãos, nos diz Miguel Reale Júnior que “por trás da proibição de matar está o dever de zelar pelo valor da vida alheia(5).

Encontramos aí uma preocupação fundamental com a preservação da vida, que pode estar se revestindo de dúplice enfoque — o de uma vida a preservar, que está bruxoleante e que, contudo, pode ser chama que se reacende; e o de outra vida que está se extinguindo, mas que pode-se salvar, não em detrimento de outrem, mas, porque há possibilidade de obtenção daquilo que lhe falta: um rim, um pulmão ou outro órgão.

(4) MARCIANO VIDAL, *Moral de Atitudes*, vol. 2, *Ética da Pessoa*.

(5) REVISTA DOS TRIBUNAIS n° 424, pág. 463.

Constata-se a permanente contradição dos homens buscando novas vidas e querendo extinguir outras de modos vários. Seria lícito, no caso, aceitar ou buscar neste ente a solução de outros males e sofrer ? Haveria ali sanidade ainda a se buscar para alguma regeneração de algo em outrem ? Uma das muitas perguntas a serem formuladas. Cabe considerar que não é justo seja sacrificado o que deve ser amparado juridicamente. Não há nisto realce de concepção individualista, mas sim o reconhecimento do que deve ser respeitado.

Uma das particularidades a considerar é o do consentimento de quem de direito. É o que realmente ocorre no caso da lei federal em vigor e em nossa lei estadual, nas quais de seu teor se averigüa que o que se exige é o necessário consentimento de quem de direito e, também, nos casos de transplante por morte, a prova inequívoca da ocorrência do óbito.

Na França, um dos aspectos que tem sido alvo de atenção é o momento da morte a levar em conta para os casos de transplante de órgãos. Entre outros estudos e trabalhos é de se mencionar o que escreveu L. M. Raymond, Diretor do Centro de Estudos dos Métodos Objetivos em Ciências Humanas da Faculdade de Ciências de Toulouse, sobre o problema jurídico duma definição de morte a respeito do transplante de órgãos(6).

Na consideração da problemática dos transplantes, cabe referir o que nos diz Hérmogenes Harada no que denominou sua reflexão sobre a Fenomenologia do Corpo(7): “A corporeidade não é objeto, não é coisa, mas sim horizonte. Sendo horizonte, não é possível descrever a corporeidade como uma coisa existente diante de mim, à maneira de um objeto constituído. Mas, sendo ela abertura originária que somos nós, vivemos e nos movemos nela. A corporeidade é a nossa existência ?

E, mais adiante: “A objetividade cria distância, no sentido de: coloca o outro diante de mim e a mim diante do outro como funções opostas, médico-paciente, paciente-médico”.

Afirma, outrossim: “Como um espaço de possíveis entes, a existência objetiva é um campo de possibilidades, dentro do qual tenho à minha escolha uma infinidade de entes como casos”.

Ao invocar a multiplicidade de casos a considerar, cabe referir apreciação feita relativamente à Lei nº 4.280, de 1963. Entendeu-se que a mesma era muito cautelosa em suas disposições, não abrangendo a ampla gama de situações que ocorrem e que exigem até mesmo pronta decisão e ação, às vezes em questão de momentos, dada a delicadeza de certos casos. Observou-se que, para tais situações, deve existir critérios seguros de aferição quanto à validade e aplicabilidade de certa medida.

Em relação à lei que revogou a de 1963, isto é, a lei 5.479, de 1968,

(6) REVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT CIVIL 1/1969, pág. 29/39.

(7) REVISTA DOS TRIBUNAIS nº 424, pág. 463.

uma das observações feitas e que ora se repetem ante nossa lei estadual é a de que certos doentes acometidos de mal irreversível, em razão de muito sofrer, poderiam, através de um ato pretensamente generoso, estar buscando válvula de escape para seu padecer, com um mais célere enfraquecimento de seu organismo com uma extirpação a acarretar mais rápida morte.

Caberia perguntar a quem assim pensa, se realmente tal organismo seria aceito e se preencheria ainda os requisitos para a receptividade e recuperação de outro organismo.

Não pode, evidentemente, haver renúncia ao bem da vida, mas não é uma forma indireta de eutanásia que se encontra nos consentimentos para transplante.

Realmente, nos casos de enfermidade, poderia haver situações em que válida não fosse a manifestação de vontade ou, pelo menos, despertando dúvidas quanto a suas condições. É o que poderia suceder em circunstâncias como a prevista no artigo 14 da lei de transplantes argentina de nº 21.541, de 1977, em que se diz que, não havendo disposição prévia, deve ser requerida na oportunidade da internação, a declaração para o caso de falecimento. Haveria aí até o acrescer de um outro problema, o de falar-se em falecimento, quando seria de se estar a estimular o enfermo no sentido de sua recuperação. Não é este, porém, o caso de nossa legislação.

Inequivoco deve ser o intuito generoso face a nossas disposições legais. Já a Lei nº 4.280, de 1963, exigia autorização escrita da pessoa. Nossa lei estadual a exige de pessoa maior e capaz e, para maior segurança, determina, no art. 2º, que o doador deve manter em seus documentos comprovante da doação.

Juízo crítico merece é o artigo 3º do Projeto de Lei nº 1.169, em relação à manifestação de vontade, ao propor que a retirada de uma ou de várias partes do corpo possa ser feita de toda a pessoa maior de idade e juridicamente capaz, que não se tenha, durante a vida, manifestado oficialmente em contrário. Já em projeto apresentado em 1982 houve idêntica intenção.

Se difícil se mostra, em alguns casos, saber se houve doação, mais difícil é averiguar, após a morte, se houve manifestação em sentido contrário. Basta pensarmos na inviabilidade de se constatar e descobrir, após a morte, onde, em que momento e em que lugar alguém tenha declarado sua posição a um ato de disposição de seu cadáver. É o que sucederia, por exemplo, com a pessoa que, residindo no extremo norte do país, fizesse lá a declaração em determinado tabelionato; mais tarde, depois de residir em quatro ou cinco lugares diversos, viesse a falecer em São Paulo.

Levando em consideração doador e receptor, seria conveniente acrescentar nos projetos de lei oferecidos artigo semelhante ao da legislação argentina, quando determina prévia advertência médica a doadores e receptores, de

maneira clara, adaptada ao nível cultural dos mesmos, sobre os riscos da ablação e do reimplante.

Positivo o que se propõe no artigo 10 do Projeto nº 1169, que diz respeito à doação em vida, em que se leva em conta o receptor, delimitando as condições de parentesco para fins de transplante.

Com relação aos familiares, uns com relação aos outros, não se pode olvidar o conjunto de deveres dos pais com relação aos filhos menores, suas atribuições no interesse dos mesmos, a obrigação de conservar e propiciar o desenvolvimento da vida dos filhos, o que traz correlatos os direitos para alcançar os objetivos.

Com relação a incapazes, problema levado à apreciação judiciária também é de ser lembrado. Em relação ao caso, ementa de um julgado é de se registrar, definindo o que se deve considerar em tal situação. Encontra-se a mesma na Revista dos Tribunais, volume 585, de julho de 1984, página 89/90, com este teor:

DOAÇÃO — Transplante de órgão de doador vivo e interdito — Ato contrário aos arts. 10 da Lei 5.479/68 e 49 do Código de Ética Médica — Interpretação do art. 428, c/c e o art. 453, ambos do Código Civil. Não cabimento do suprimento de consentimento, até mesmo em face do art. 7º do CC, por parte da curadora apelante.

Há Lei regulando o transplante de órgãos de doador vivo. É a Lei nº 5.479/68, que dispõe, em seu art. 10, que 'é permitido a pessoa maior e capaz dispor de órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins humanitários e terapêuticos'.

A primeira condição que se exige é, portanto, que o doador seja maior e capaz, o que não acontece no caso sub judice. A matéria foge, aliás, à esfera de ação do juiz relativamente a suprimentos de incapacidade."

Estas são algumas reflexões a se fazer em torno da doação de órgãos e dos transplantes, que outras considerações se poderiam aduzir. Em síntese, o que se constata é que o problema se acha intimamente ligado ao grande valor que é a vida.

Tomando as palavras de Miguel Reale Jr., em "Aspectos Jurídicos do Ato Médico no Transplante de Órgãos(8)", cumpre dizer: "Todo o agir é um conduzir-se. A ação não se resume a um aspecto objetivo, mas é, na sua origem, a expressão de um valor. Toda a ação é uma atividade fundada em valores que se põem como fim do agir mesmo. A relevância de um ato não está na eficiência de ocasionar a lesão a um bem jurídico, mas antes na direção da ação, ou seja, no respeito ou desrespeito ao valor implícito ao bem lesado".

(8) REVISTA DOS TRIBUNAIS nº 424, pág. 463.

Em conclusão, cabe citar o que escreveu o Professor Doutor e Monse-
nhor Urbano Zilles ao abordar a problemática da crise dos valores humanos
nas ciências(9):

“Durante milhares de anos de procura, a humanidade tentou estabelecer algumas fontes de referência, alguns princípios ou valores em que pudesse se apoiar. Ora, constatamos que justamente essa segurança pretendida pela tradição, hoje, é questionada. Um dos grandes valores dos tempos modernos, a varinha mágica para a felicidade do homem, pareciam ser as ciências. Essas deram ao homem um poder tão grande, que hoje já redundava numa espécie de vertigem. O homem já não pergunta por aquilo que pode fazer, mas por aquilo que quer fazer. Isso tanto no espaço sideral como no domínio da vida. O poder adquirido pela ciência e pela técnica é tamanho, que a vertigem e a angústia renascem com o medo de ser tragado por suas próprias obras”.

Constatamos, em última análise, estarmos no pórtico de uma nova era, na qual, como lemos em Gaudim et Spes, “testemunhamos o nascimento de um Novo Humanismo, no qual o homem se define, em primeiro lugar, por sua responsabilidade perante os seus irmãos e a História.”

(9) REVISTA DA PUC/RS, 1976, pág. 26.