

UNIVERSIDADE DO OESTE DE SANTA CATARINA – UNOESC  
ÁREA DAS CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL CIVIL

JEAN CARLO RUZZA

A POSSIBILIDADE DE DISPOSIÇÃO DO PRÓPRIO CORPO E A DOAÇÃO DE  
ÓRGÃOS NO ESTADO DE SANTA CATARINA

Videira – SC, 2014.

JEAN CARLO RUZZA

A POSSIBILIDADE DE DISPOSIÇÃO DO PRÓPRIO CORPO E A DOAÇÃO DE  
ÓRGÃOS NO ESTADO DE SANTA CATARINA

Trabalho de Conclusão Curso de Pós-graduação  
em Direito Material e Processual Civil da Área das  
Ciências Sociais Aplicadas, da Universidade do  
Oeste de Santa Catarina, Campus de Videira.

Orientador: Jociane Machiavelli Oufella

Videira – SC, 2013.

## RESUMO

Na atualidade, no Brasil e no mundo o tema doação de órgãos e transplantes está em grande destaque. Os meios de comunicação têm debatido frequentemente sobre o assunto, com objetivo de conscientizar a população a favor da doação de órgãos. O tema é justificado pela grande preocupação e dúvidas que o assunto desperta em nossa sociedade. Tem-se que o direito ao próprio corpo vivo ou morto, enquadra-se nos direitos da personalidade, desta forma questiona-se em sendo um direito ínsito, inato do ser humano, sendo assim, o estudo pode proporcionar maior segurança jurídica para quem se utiliza do transplante de órgãos, tanto para o doador como para o receptor. As inovações tecnológicas e científicas modificam a vida social de forma bem acelerada, porém, este avanço acabou por criar inúmeras questões relativas à personalidade jurídica, assim, necessitam de resoluções seguras no campo jurídico. Desde a doação de um órgão, até que esse seja transplantado, estão incutidos alguns direitos fundamentais pertinentes ao doador e ao receptor, como o direito à vida, a formação dos direitos de personalidade, a integridade física e o direito ao próprio corpo, a liberdade de consciência e o poder de disposição do próprio corpo.

## ABSTRACT

Today, in Brazil and in the world the subject of organ donation and transplantation is featured prominently. The media have often debated on the subject, aiming to raise awareness for organ donation. The subject is justified by the great concern and doubts that it awakens in our society. Has the right to live or dead body, fits the personality rights, thus wonders in being a right in born, innate human, so the study may provide greater legal certainty for those use of organ transplantation, both the donor and the recipient. The scientific and technological innovations alter the social life and accelerated manner, however, this progressed up creating numerous questions concerning legal personality thus require secure resolutions in the legal field. Since the donation of an organ, until it is transplanted, instilled some are relevant to both giver and receiver fundamental rights such as the right to life, the formation of personality rights, physical integrity and the right to her own body, freedom of consciousness and power of disposal of the body.

## SUMÁRIO

|  |           |
|--|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO .....</b>  | <b>04</b> |
| <b>1 DISPOSIÇÃO DE TECIDOS, ÓRGÃOS E PARTES DO CORPO HUMANO PARA FINS DE TRANSPLANTES .....</b>                | <b>06</b> |
| 1.1 TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E OS PRINCÍPIOS NORTEADORES .....  | 07        |
| 1.1.1 Princípios Constitucionais .....   | 09        |
| 1.1.2 Princípios da Bioética .....   | 11        |
| 1.1.2.1 Bioética de proteção.....  | 16        |
| 1.1.3 Biodireito .....   | 17        |
| 1.1.4 Dignidade da pessoa humana.....  | 19        |
| 1.2 PROCESSO DO TRANSPLANTE.....   | 22        |
| <b>2 REGULAMENTAÇÃO DO TRANSPLANTE.....</b>  | <b>26</b> |
| 2.1 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....   | 32        |
| 2.2 TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS E OS DIREITOS DE PERSONALIDADE....  | 35        |
| 2.2.1 Direito da personalidade.....  | 36        |
| 2.3 INTEGRIDADE FÍSICA E AUTONOMIA DE VONTADE.....   | 41        |
| <b>3 A POSSIBILIDADE DE DISPOSIÇÃO DO PRÓPRIO CORPO E A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS NO ESTADO DE SANTA CATARINA .....</b> | <b>46</b> |
| 3.1 DOAÇÃO DE ÓRGÃOS NO ESTADO DE SANTA CATARINA .....   | 46        |
| 3.2 MORTE ENCEFÁLICA.....  | 51        |
| 3.2.1 Consentimento livre e esclarecido.....   | 53        |
| 3.2.3 Consentimento <i>post mortem</i> e entre vivos .....   | 56        |
| 3.3 ASPECTOS ÉTICOS DOS TRANSPLANTES .....   | 60        |
| <b>4 CONCLUSÃO .....</b>   | <b>66</b> |
| <b>5 REFERÊNCIAS.....</b>  | <b>68</b> |

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso possui como tema a possibilidade de disposição do próprio corpo e a doação de órgãos no Estado de Santa Catarina.

Verifica-se que a doação de órgãos refere-se à problemática que engloba não só a área da saúde, mas acarreta ênfase especial na área jurídica, pois o direito de dispor ou não do próprio corpo vivo ou morto refere-se a um direito personalíssimo. Pesquisas apontam como problema grave, que impede o maior crescimento dos transplantes, a recusa dos familiares de potenciais doadores. Dentre eles encontram-se o conhecimento limitado da morte encefálica, desconhecimento do desejo do potencial doador, religiosidade, demora na liberação do corpo e o medo da comercialização de órgãos, são alguns dos obstáculos que levam a não-autorização familiar em transplantar órgãos.

O estudo proposto tem por objetivo tecer considerações teóricas relacionadas à doação de órgãos e tecidos, expondo sobre a disposição gratuita do corpo humano e o direito legal da família em consentir ou não a retirada dos órgãos de familiar considerando o direito da personalidade e a autonomia da vontade do doador. Analisar a tensão presente entre os princípios fundamentais do direito à personalidade e a dignidade humana, constitucionalmente assegurados para fins de transplantes.

Tem por objetivos específicos verificar sobre indisponibilidade do corpo humano e as dificuldades encontradas no processo de doação de órgãos; discutir sobre a possibilidade da disposição do próprio corpo e a doação de órgãos no estado de Santa Catarina, no que tange às formas de proteção dos direitos sob a égide da legislação vigente; conhecer a legislação e o processo de doação de órgãos e as disposições normativas que regem sobre o assunto transplantes de órgãos; analisar por meio de doutos doutrinadores com se dá a disposição do próprio corpo ou parte dele, seja em vida ou pós-morte; abordar os valores éticos e morais da sociedade demandando sobre os direitos fundamentais.

O trabalho será dividido em três capítulos, sendo que no primeiro capítulo trataremos sobre a disposição de tecidos, órgãos e partes do corpo humano para fins de transplantes, como é feita a retirada de órgãos, bem como seus princípios norteadores, baseados no fundamento da Constituição Federal Brasileira juntamente

com os princípios da Bioética e Biodireito. Também será relatada sobre o processo dos transplantes, depois de detectada a morte encefálica.

No segundo capítulo será explanado sobre a regulamentação dos transplantes na Legislação Brasileira, tratando dos direitos de personalidade, a integridade física e a autonomia de vontade. Sendo que a doação de órgãos é prevista na Constituição Federal e possui lei específica para regulamentar o assunto, e é tratada pelo Código de Ética Médica, publicado pela Resolução n. 1.246/88 do Conselho Federal de Medicina. Considerando a disposição do corpo no que se referir ao transplante de órgãos e tecidos entre pessoas, analisando de forma detalhada a autonomia privada e o princípio da dignidade da pessoa humana.

E no terceiro e último capítulo, trataremos sobre os transplantes de órgãos no estado de Santa Catarina, através dos avanços das ciências biológicas a possibilidade dos transplantes de órgão trouxe uma nova visão que pode ser dada ao corpo humano – como “condutor” de tecidos e órgãos, criando novas questões de bioética a serem estudadas, por agregarem questões ético-jurídicas e o estado de Santa Catarina, tem liderado o ranking de transplantes nos últimos anos.

## 1 DISPOSIÇÃO DE TECIDOS, ÓRGÃOS E PARTES DO CORPO HUMANO PARA FINS DE TRANSPLANTES

O corpo humano, juridicamente, é considerado coisa fora do comércio. Por isso, não pode ser objeto de negociação. Mas suas partes, em vida ou após a morte, podem ser objeto de doação em benefício da saúde de outrem.

Dispõe o art. 9º da Lei n. 9.434/97 que:

É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos ou partes do próprio corpo vivo para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consangüíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do parágrafo 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea (SÁ, 2003, p. 64).

Conforme as condições citadas neste artigo, a retirada somente será permitida se corresponder à necessidade terapêutica comprovadamente indispensável e inadiável, do indivíduo receptor. Também no art. 9º, parágrafo 3º, do artigo supracitado, dispõe que referida doação só será permitida quando se tratar de órgãos duplos ou partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo, cuja retirada não cause ao doador comprometimento das funções vitais e aptidões físicas ou mentais, nem lhe provoque deformação (SÁ, 2003, p. 64).

Amaral (2006, p. 265), considera que o transplante é a “retirada de um órgão, tecido ou parte do corpo humano, vivo ou morto, e sua utilização, com fins terapêuticos num ser humano”. O transplante aqui tratado é denominado de transplante homogêneo que é realizado “entre seres da mesma espécie” (Chaves, 1994, p. 215).

Sabemos que a doação do corpo ou parte do mesmo fere diretamente ao princípio da indisponibilidade, dentre outros. Porém, por questões éticas, políticas e até mesmo jurídicas, são admitidos disposições gratuita de “partes do corpo humano, vivo ou morto, [...] se não causar prejuízo ao titular e tendo em visa um fim terapêutico, altruístico ou científico” (FARIAS; ROSENVALD, 2006, p.119).

Em suma, temos duas modalidades de disposições: em vida ou *post-mortem*. A doação em vida, “pode ser feita livremente pelo titular, por decisão exclusivamente sua” (FARIAS; ROSENVALD, 2006, p.119). A disposição não é permitida para qualquer fim e para qualquer pessoa que queira realizar a doação. Segundo Francisco Amaral (2006, p. 264), é legal a doação realizada somente por

“pessoa juridicamente capaz, [...] gratuitamente, [...] para fins terapêuticos ou de transplantes”.

No que se referir à gestante, ao feto e ao menor, somente será permitida a doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea, desde que o ato não ofereça risco à saúde (SÁ, 2003, p. 64).

O parágrafo 8º, do art. 9º, trata-se de autotransplante, dispondo que, para sua realização é necessário apenas o consentimento do próprio indivíduo, registrado no respectivo prontuário médico. Em se tratando de incapaz é imprescindível o consentimento de um dos pais ou responsáveis legais (SÁ, 2003, p. 64).

Também deverão ser verificadas as condições de saúde do doador, pois não será permitido doar, se, através de exames prévios, ficar comprovada a debilidade da saúde ou comprometimento das atividades do potencial doador. A Lei impede a mutilação ou o prejuízo grave à saúde, restringindo o campo em que a vontade do indivíduo se manifeste, tornando-a nula, se produzida *contra legem*, não podendo o médico cirurgião efetuar o transplante (SÁ, 2003, p. 65).

A doutrina diverge sobre a natureza jurídica do direito à integridade do homem. Tradicionalmente, sustenta-se que constitui um direito de propriedade. Trata-se da concepção de que o ser humano existencial é intangível e que a violação do corpo humano só seria possível por meio de expresso consentimento do titular, portanto, desde que não se conjugue à violação fática nenhuma violação de direito. Contudo, nos dias atuais, este posicionamento jusromanista não encontrará unânime acolhida. Invocando mesmo os romanistas, poder-se-á afirmar ser inaceitável tratar o corpo humano e a integridade física como direito de propriedade, já que, em sendo proprietário, o homem teria o amplo poder de disposição. Daí que a mutilação e a destruição do próprio corpo resultassem autorizadas. Em drástica análise, também o suicídio seria legitimado. Portanto, não há que se confundir o direito à integridade física com o poder do proprietário, de dispor da coisa que lhe pertence (SÁ, 2003, p. 65 – 66).

Mas, o art. 9º, parágrafo 3º, da Lei 9.434/97, dispôs que só será permitida a doação de órgãos duplos, cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade, sem comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental (BRASIL, 2008, p. 13).

## 1.1 TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS E OS PRINCÍPIOS NORTEADORES

Diante da escassez de recursos, órgãos e tecidos para transplantes e recursos para a realização do mesmo, vários podem ser os critérios e mecanismos utilizados para selecionar os pacientes que serão beneficiados, em circunstâncias nas quais suas necessidades de atenção à saúde estejam em competição.

Entretanto, seja qual for o sistema de seleção adotado, este deverá determinar o “grupo de pessoas aptas a serem potenciais receptores” de órgãos e tecidos e beneficiários do sistema público de transplantação; dentre estes, selecionar um paciente específico para receber um determinado órgão e ter acesso ao sistema público de saúde para a realização do transplante (KOTTOW, 2000, p. 412).

Na seleção dos pacientes, utilizam-se tanto estratégias de tipo igualitário, que enfatizam “o igual valor das pessoas e a justa oportunidade”, como as listas de espera e o sorteio, quanto estratégias utilitárias, que priorizam a maximização do bem-estar, seja em relação ao paciente, seja em relação a sociedade. Enquanto o enfoque da utilidade médica utiliza-se critérios relativos às necessidades médicas dos pacientes e à probabilidade de sucesso do tratamento, no enfoque da utilidade social são utilizados critérios tais como sexo, raça, idade, estilo de vida e estrutura social de apoio (KOTTOW, 2000, p. 412).

Conforme estabelece a legislação brasileira, a saúde é “um direito de todos e um dever do Estado”, sendo que deveria garantir o “acesso universal igualitário às ações e serviços” de saúde, incluindo-se a atenção médica e o transplante de órgãos e tecidos, conforme estabelece a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 196. Desta forma, todos os potenciais beneficiários do transplante deveriam estar inscritos em lista única, dentre os quais serão escolhidos os que receberam o órgão e se beneficiarão com os transplantes, conforme critérios mínimos estabelecidos para cada órgão ou tecido, dentre os quais a compatibilidade sanguínea; a idade do receptor e o tempo decorrido da inscrição na lista única (BRASIL, 1997).

A Associação Brasileira de Transplante de Órgãos define o transplante como um procedimento cirúrgico que consiste na reposição de um órgão ou tecido de uma pessoa doente, que é o receptor, por outro órgão normal de um doador, vivo ou morto, podendo assim, prolongar a vida com melhor qualidade, substituindo um problema de saúde incontrolável por outro controlável.

Trata-se de uma técnica cirúrgica, denominada cirurgia substitutiva, que se caracteriza em essência porque se introduz no corpo 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 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 intervenção terapêutica e se aplique a técnica adequada ao caso (SANTOS, 1992, p. 139).

Em se tratando de técnicas médicas em face ao Direito, a ponte é a bioética, frente às diversas evoluções científicas, técnicas médicas e vastas possibilidades de prolongação da vida, sendo a vida maior objeto de proteção jurídica. Maria Helena Diniz (2001, p. 10 – 11), explica o que é a Bioética:

A Bioética seria, em sentido amplo, uma resposta da ética às novas situações oriundas da ciência no âmbito da saúde, ocupando-se não só dos problemas éticos, provocados pelas tecnociências biomédicas e alusivos ao início e fim da vida humana, às pesquisas em seres humanos, às formas de eutanásia, à distanásia, às técnicas de engenharia genética, às terapias genéticas, aos métodos de reprodução humana assistida, à eugenia, à eleição do sexo do futuro descendente a ser concebido, à clonagem de seres humanos, à maternidade substitutiva, à escolha do tempo para nascer ou morrer, à mudança de sexo em caso de transexualidade, à esterilização compulsória de deficientes físicos ou mentais, à utilização da tecnologia do DNA recombinante, às práticas laboratoriais de manipulação de agentes patogênicos, etc., como também dos decorrentes da degradação do meio ambiente, da destruição do equilíbrio ecológico e do uso das armas químicas.

A bioética deve ser entendida como o estudo sistemático da conduta humana na área das ciências da vida e dos cuidados da saúde, na medida em que essa conduta é examinada á luz dos valores e princípios morais (VITTA, 1993, p. 71).

O tratamento jurídico dos aspectos físicos, direito à vida e ao próprio corpo, do sujeito de direito inscreve-se no rol dos direitos da personalidade. A tutela jurídica destes direitos é de natureza constitucional, civil e penal, tendo como suporte básico o princípio fundamental, expresso no art. 1º, III, da Constituição Federal Brasileira, o princípio da dignidade humana, por esse princípio, verifica-se que a pessoa humana é o fundamento da sociedade, do Estado e do direito (BANDEIRA, 2001, p. 47).

No intuito de desmistificar possíveis confusões com os enxertos, Antônio Chaves (1994, p. 213), explica que “transplantes 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, também são chamados enxertos vitais, ou simplesmente, transplante”.

### 1.1.1 Princípios Constitucionais

O primeiro fundamento de todo o sistema constitucional é a dignidade da pessoa humana, que dá a direção e o comando a ser mencionado como princípio do direito humano (NUNES, 2002, p. 45). Sendo considerado como o princípio maior

para a interpretação de todos os direitos e garantias conferidas às pessoas no que se refere ao texto constitucional. Este conceito foi elaborado no decorrer de nossa história, chegando ao início do século XXI, constituído pela razão jurídica (FERRAZ, 1991, p. 19).

Neste sentido, Rizzato Nunes (2002, p. 45) contribui com sua consideração:

[...] acontece que nenhum indivíduo é isolado. Ele nasce, cresce e vive no meio social. E aí, nesse contexto, sua dignidade ganha – ou, tem o direito de ganhar – um acréscimo de dignidade. Ele nasce com integridade física e psíquica, mas chega um momento de seu desenvolvimento que seu pensamento tem de ser respeitado, suas ações e seu comportamento, isto é, sua liberdade, sua imagem, sua intimidade, sua consciência – religiosa, científica, espiritual – etc., tudo compõe sua dignidade.

Qualquer pessoa humana, pelo fato de existir, independentemente de sua situação social, traz na sua superioridade racional a dignidade de todo ser, assim, não se admite discriminação, seja em razão do nascimento, raça, inteligência, saúde mental ou crença religiosa. Por esse motivo, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana não pode deixar de estar sempre assegurados, ao lado desse princípio, os demais direitos fundamentais encontrados em nossa Carta Magna.

No transplante de órgãos e tecidos estão incutidos alguns direitos fundamentais pertinentes ao doador e ao receptor, como o direito à vida, a formação dos direitos de personalidade, a integridade física e o direito ao próprio corpo, a liberdade de consciência e o poder de disposição do próprio corpo. Parte da sociedade concebe a vida como algo intocável e sagrado. Isso em função da cultura religiosa que acompanha até hoje nossa civilização (JUNGES, 2003, p. 113).

Por ser essencial ao ser humano, o direito à vida, condiciona os demais direitos de personalidade. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, caput, assegura a inviolabilidade do direito à vida, ou seja, a integridade existencial, sendo a vida um bem jurídico tutelado com direito fundamental básico desde a concepção. Assim, a lei permite a doação inter-vivos para fins de transplante quando se tratar de órgãos duplos parte de órgãos, tecidos e partes do corpo, desde que respeite a integridade física do doador (FABRIZ, 2003, p. 274 – 275).

Nesse viés, Silva (2002, p. 199) assegura:

[...] é de observar, contudo, que a lei só permite a disposição de tecidos, órgãos ou parte do corpo vivo para fins de transplante, quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental, e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e

corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa (art. 9º da 9.434, de 4.2.1997).

Atualmente, os direitos fundamentais são reconhecidos de forma expressa ou implícita em grande parte das Constituições de países que seguem o regime democrático. Gama (2003, p. 21), afirma: "extrapolando os limites do direito constitucional, os direitos fundamentais, numa visão atual, conferem legitimidade ao novo Direito", sendo assim mais propício para a sociedade atual, e menos utópico, como era em outros tempos (FABRIZ, 2003, p. 189).

Temos também o respeito à individualidade de cada pessoa, pois a integridade física é um direito individual. Fabriz (2003, p. 275) afirma que: "o que está em jogo é o ser em sua individualidade, que não pode ser atingida, sob pena de atingir e macular a sua própria essência. A consciência deve ser preservada, em decorrência do direito à intimidade".

Silva (2002, p. 199 – 200), questiona:

Se a integridade física é um direito individual, surge a questão de saber se é lícito ao indivíduo alienar membros ou órgãos de seu corpo. O problema é delicado. Se essa alienação, onerosa ou gratuita, se faz para extração após a morte do alienante, não parece que caiba qualquer objeção. É que em tal caso, não ocorre ofensa à vida, que já inexistirá.

Para que não ocorra agressão à integridade física, é necessário que tenhamos em vista a vontade transindividual, tanto do doador quanto do receptor. Neste sentido, Sá (2003, p. 96) explica:

[...] do ponto de vista da proteção da integridade física, a evolução do direito deixou preservada a vontade individual, que continua a ser imóvel das regras legisladas. Fez o acréscimo, entretanto, da vontade transindividual, seja do ponto de vista do doador saliente, ouvida a família, seja do ponto de vista do receptor, a quem não se insinua faculdade de dispor do corpo alheio, sem o concurso da vontade do doador.

O consentimento é um pressuposto de licitude quando se tratar de qualquer atividade que atinja a integridade física do ser humano. Neste entendimento, o consentimento tem de ser livre e espontâneo, não podendo haver qualquer forma de coação.

### 1.1.2 Princípios da Bioética

Atualmente, situações especiais vividas, como os métodos de fecundação, seleção de sexo, engenharia genética, transplante de órgãos e pesquisas em seres humanos têm suscitado muitas discussões. Neste contexto nasce a bioética, como

uma nova disciplina que deveria permitir a passagem para uma melhor qualidade de vida. Com o tempo, a palavra bioética, ou ética da vida, foi adquirindo um significado específico e científico, alargando a sua aceção. Conforme Barboza (2000, p. 209), este vocábulo passou a:

[...] designar os problemas éticos gerados pelos avanços nas ciências biológicas e médicas, problemas esses que atingiram seu auge no momento em que se começou a divulgar de modo amplo, certamente em proporção direta com o acelerado desenvolvimento dos meios de comunicação, o poder do homem interferir de forma eficaz nos processos de nascimento e morte, que até então apresentavam ‘momentos’ ainda não ‘dominados’.

Conforme o autor afirma, a bioética nada mais é do que os deveres do ser humano para com o outro ser humano e de todos para com a humanidade. Assim é possível dizer que a bioética, ou ética da vida, consiste num “conjunto de reflexões filosóficas e morais sobre a vida em geral e sobre as práticas médicas em particular” (BARBOZA, 2000, p. 16).

Segundo Pessini e de Barchifontaine (1995, p. 32), bioética é “o estudo sistemático da conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde, enquanto essa conduta é examinada à luz dos valores e princípios morais [...]”.

A bioética está inserida no campo de estudo da chamada ética aplicada, que, por sua vez, é um movimento intelectual surgido nos Estados Unidos, promotor da “reflexão filosófica sobre problemas morais, sociais e jurídicos propostos pelo desenvolvimento de civilização tecnológica contemporânea” (DINIZ, 2001, p. 41).

A possibilidade de controlar a vida foi bastante significativa para que a humanidade se voltasse para a necessidade de preservação deste valor supremo e, ao mesmo tempo, estabeleceu limites para o agir do cientista (BARBOZA, 2000, p. 209).

Segundo a biologia, desde a fertilização existe um novo organismo humano, quer esta fertilização tenha ocorrido *in vivo* ou *in vitro*. Segundo Nunes e Melo (2001, p. 161):

[...] a vida humana é um processo contínuo. A conjugação de uma célula viva, o espermatozóide com outra célula viva, o óvulo, produz um ser unicelular também vivo. Este ser vivo o zigoto ou ovo humano, é um organismo humano, com um programa de desenvolvimento, contínuo e permanente, que é uma capacidade intrínseca, auto regulada, como é próprio dos organismos.

Destarte, o embrião humano, a partir da fecundação, é uma vida humana e representa uma identidade e individualidade biológica e de código genético que, na sua essência, é um modelo de diversidade e constância. Desta forma, essa vida –

esse patrimônio genético – não pode ser susceptível de apropriação ou manipulação por outrem. O artigo segundo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, assevera que deve-se respeitar a singularidade e a diversidade do genoma humano que evolui por sua própria natureza e expressa de maneira diferente as suas potencialidades de acordo com meio ambiente, o estado de saúde as condições de vida do indivíduo (MYSZCZUK, 2005, p. 98).

Para França (2007, p. 21), o direito à vida é garantido a quem quer que viva entre as várias fases da vida em desenvolvimento antes do nascimento e entre o nascido e o nascituro não há nenhuma diferença.

Para o atual ordenamento jurídico civil brasileiro a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 no seu artigo segundo, “a personalidade civil do homem começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro” (ESPÍNDOLA, 2003, p. 93).

Em novembro de 1997, foi publicada a Declaração Universal do Genoma e dos Direitos Humanos, editada pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) em 2009, tendo grande preocupação com a preservação da dignidade da pessoa humana, garantindo o direito inalienável de cada indivíduo à integridade genética, estimulando à democratização dos conhecimentos científicos, os direitos fundamentais, a autonomia da vontade dos pacientes e proibindo a clonagem de seres humanos e a comercialização de órgãos.

No que tange à ciência da Bioética, vários princípios podem ser citados, mesmo sendo a Bioética uma ciência nova, ela apresenta pilares em que se deve basear. Estes princípios foram esclarecidos por Jaqueline Kuramoto (2000, p. 32):

Um dos mais antigos preceitos é o Princípio da Beneficência que do latim significa *bonumfacere*, ou fazer o bem. Realmente, tanto o modelo hipocrático e tradicional não admite escusas, em se tratando de vidas humanas que em sofrimento, necessitam de tratamento médico. A ética médica nega a idéia de beneficência como um ato de caridade, mas a considera uma obrigação. Dessa forma, os profissionais da saúde teriam de observar dois fatores: primeiramente, o de proceder sem causar danos, e o segundo, o de minimizar os possíveis riscos e maximizar os benefícios. Portanto, pode-se entender tal preceito como limitado, já que se contrapõe ao princípio da autonomia.

O Princípio da Autonomia versa sobre a capacidade da pessoa se autogovernar, conforme seu próprio discernimento em sem interferências externas. O vocábulo autonomia é original do grego, no qual o prefixo *autós*, que significa eu, e *nomos*, que significa lei, da junção extrai-se através de uma interpretação extensiva que a palavra se relaciona à capacidade que tem a vontade racional humana de fazer suas próprias leis.

Já com o Princípio da Justiça, há a busca pela atenta e cuidadosa aplicação dos sistemas e atenção dos sistemas e recursos de saúde, para que não ocorram injustiças sociais. Obrigando-nos à distribuição justa, de maneira

equitativa e universal dos benefícios da saúde. Busca-se também uma maior rapidez advinda da otimização dos atos e o máximo de benefício pelo mínimo de custo.

E por último, o Princípio da Não-Maleficência, do latim *primum non nocere*, ou seja, não causar dano. Ao contrário do princípio da beneficência que tem, em regra, um conteúdo positivo de dever agir para o bem, o princípio da não-maleficência se traduz em um conteúdo negativo, do não proceder, envolvendo a abstenção de atos prejudiciais.

O doutrinador Francisco de Assis Corrêa (2001, p. 47) diz que “a ética não pode ser entendida apenas como solução de problemas intelectuais, mas como aquisição de hábitos, de qualidade de caráter”.

Percebemos que a ciência está caminhando mais rápido que a reflexão ética por parte da sociedade. A humanidade ainda não encontrou respostas para diversas questões éticas. Muitos requerem a discussão e a elaboração de leis sobre bioética para legitimar a sua prática ou para proibir experiências julgadas abusivas. No entanto, com o progresso veloz das pesquisas biológicas, corre-se o risco de já estarem defasadas no momento de sua promulgação (VIEIRA, 1999, p. 18).

Junto aos princípios da “ética da vida” devem se acrescentar os princípios fundamentais que ditam, delimitam e garantem os direitos constitucionais. Através dessa fórmula é que se dará a diretriz moral para o agir humano (VIEIRA, 1999, p. 19).

Diniz e Ingrith Gomes Abrahão (2007, p. 131), observam que os avanços das ciências biológicas associados ao exercício da Medicina são favoráveis ao homem.

Quando falamos de transplantes de órgãos e tecidos de origem humana. Hoje, o corpo humano valoriza-se extraordinariamente e todos os seus elementos se tornam sinônimo de esperança e solidariedade. Torna-se dia a dia mais utilizável por outrem, mais capaz de contribuir para que corpo de outrem possa tratar-se, ou muitas das vezes salvar-se. Não se limitando a uma mera intervenção terapêutica (pelo menos na óptica do doador) os transplantes refletem importantes questões éticas em torno da experimentação do corpo humano, das próprias decisões políticas em matéria de saúde, e num campo mais vasto, coloca-nos questões fundamentais em torno do princípio da dignidade humana.

Por estas questões acima esposadas é que se dá o primeiro passo para afirmação de que possa se permitir a disposição do próprio corpo ou de parte dele. Em caso de morte “a retirada do tecido, órgãos ou parte do corpo humano, [...] deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada na forma da lei” (AMARAL, 2006, p.264). Em ambas as modalidades verificadas são imprescindíveis a vontade do titular querer dispor de seus órgãos. A desistência pode ser dada a qualquer momento em vida e, no caso de morte, por seus familiares.

Gomes, Rosa e Garrafa (2008, p. 49) referem que a questão dos transplantes contextualiza-se nos limites entre a vida e a morte, entre o individual e o coletivo, cultural e religioso, espiritual e material, trazendo dilemas morais que ultrapassam a problemática dos pacientes, afetando toda a sociedade. A vulnerabilidade, a responsabilidade e a proteção surgem nesse contexto, principalmente para os padrões sociais de desigualdades que são observados nos países periféricos como o Brasil.

O reconhecimento igualitário do direito de cada um a partir de suas diferenças encontra suporte na Bioética de Proteção, que considera que o Estado tem o compromisso de proteger todos os membros da sociedade, diante de qualquer intervenção que não seja estável, independente da sua estrutura. O Estado, ciente da vulnerabilidade enquanto condição humana dos cidadãos que compõe a sociedade deve garantir a proteção dos mesmos contra a violência, pobreza e quaisquer tipos de violação aos direitos humanos. Dessa forma, a Bioética de Proteção reconhece as desigualdades que ferem a estrutura social, preocupa-se com a população e com as majorias que sofrem privações, falta de empoderamento e predisposição ao aumento de suscetibilidades (KOTTOW, 2003, p. 23).

Kottow (2003, p. 23) faz distinção entre dois tipos de vulnerabilidade - primária e a secundária:

A primeira intrínseca da existência humana, comum a todos; enquanto que a segunda, adquirida, é marcada pela destituição e privação, causada por deficiências circunstanciais. Na vida em sociedade existem eventos ou circunstâncias internas ou externas que potencialmente são causadores de danos: genética, físico, gênero, raça, faixa etária, capacitação diferenciada, cultura, grau de instrução, potencialidade econômica, relação de trabalho e o contexto social.

Solidariedade é um tema trabalhado pela bioética brasileira, juntamente com a responsabilidade, cuidado, comprometimento, alteridade e a tolerância; os quais são importantes aliados para a reflexão das questões que envolvem a saúde. A solidariedade é uma condição que resulta da comunhão de atitudes e sentimentos de modo a constituir no grupo um apreço a uma unidade sólida, capaz de resistir às forças exteriores e refletir na mudança de pensamento e na inversão dos valores individualistas para aqueles em benefício da coletividade, ou seja, o homem social interage e interdepende de outros indivíduos. A partir dessa percepção, a solidariedade pode ser efetivamente exercida entre as pessoas (GARRAFA, 2005, p. 09).

A bioética brasileira está na luta de frente contra a pragmática economia de mercado que coloca o susceptível físico-social à disposição dos detentores das forças de produção em saúde e dos favorecidos economicamente. Assim, o reconhecimento das condições de fragilidade social é etapa essencial para a aplicação de ações interventivas que busquem a isonomia na atenção à saúde, uma vez que no contexto atual o capitalismo dita as regras da economia dando um valor comercial a tudo, incluindo o acesso aos transplantes (GARRAFA, 2005, p. 13).

#### 1.1.2.1 Bioética de proteção

Conforme caracterizam Scharamm e Kottow (2001, p. 949 e 953), uma bioética de proteção se expressa na obrigação de cobertura das necessidades essenciais dos outros que não podem ser cobertas por outros meios, podendo incluir no termo “outros”, não só os seres humanos, mas também os animais ou a natureza como um todo. No âmbito específico das necessidades humanas, essas “são aquelas que devem ser satisfeitas para que o afetado possa atender a outras necessidades” e escolher entre projetos de vida alternativos.

Uma bioética de proteção é especialmente importante num contexto de escassez de recursos em que muitas pessoas não usufruem das condições sociais mínimas para satisfazer suas necessidades básicas, como nos países latino-americanos e, em nosso caso, no Brasil. Nesses tipos de situações, importa distinguir, como faz Kottow (2003, p. 461), a vulnerabilidade, considerada uma condição universal da espécie humana e, *mutatis mutandis*, de qualquer ser vivo, em vista da qual todos os seres vivos merecem em tese igual proteção para poder deter ameaças evitáveis, e a vulneração profunda, variável e seletiva – também chamada pelo autor de suscetibilidade – à qual podem estar sujeitos seres humanos que vivem em circunstâncias particulares de privação de suas necessidades básicas. Em outros termos, se a vulnerabilidade constitui uma condição ontológica e existencial de qualquer humano enquanto ser vivo, a suscetibilidade depende das circunstâncias nas quais determinados indivíduos e grupos sociais se encontram, não pelo fato de serem seres vivos e, portanto, vulneráveis, mas sim, de fato, vulnerados.

Um Estado moralmente legítimo deve assumir a sua responsabilidade relativa à saúde dos indivíduos e populações que compõem a sociedade que

representa e que estão sob sua gestão, incluindo tanto ações de prevenção do adoecimento como aquelas de promoção da saúde. Isso quanto aos serviços de atenção médica de fato, prestados, inclusive considerando aquelas tecnologias tidas como eficazes, eficientes e efetivas; qualidades sem as quais sua incorporação pode ser questionável tanto do ponto de vista da pertinência como da legitimidades dos recursos investidos, isto é, do ponto de vista pragmático (SCHRAMM E ESCOSTEGUY, 2000, p. 951).

Numa situação de escassez de recursos, pode ser necessário – para que o Estado cumpra com sua responsabilidade de proteger os cidadãos de acordo com suas necessidades específicas e buscando promover sua capacitação básica –que se implementem políticas focalizadas em áreas específicas das políticas públicas de atenção à saúde. A esse respeito deve-se observar que o conteúdo universalista das políticas públicas de um Estado protetor reside na superação das desigualdades existentes entre os que estão e os que não estão abaixo deste limiar mínimo, criando condições sociais para que todos os cidadãos estejam acima do mesmo, inclusive adotando medias compensatórias para que se realizem de *facto* as igualdades *de jure*, garantidas pelas constituições democráticas e pluralistas contemporâneas, inclusive brasileira (SCHRAMM, 2000, p. 41).

As tecnologias médicas avançadas, como o transplante de órgãos, encontram-se entre aquelas que poderiam ser distribuídas com base em uma política de focalização, responsabilizando-se o Estado por cobrir, ou subsidiar, os custos com a atenção médica cobrindo “todas as enfermidades que os cidadãos não possam arcar com seus próprios meios” (KOTTOW, 2000, p. 72).

### 1.1.3 Biodireito

Diante das inovações científicas, o ser humano deixou de ser somente sujeito de direito e tornou-se objeto de manipulações. Restaram fragilizadas as antropologias que sempre serviram de parâmetro às preliminares da ética e do Direito (SANTOS, 2001, p. 39). Neste sentido, “todos esses aspectos nos remetem para as relações que devem ser reavaliadas entre ciências, Estado e sociedade”, (FABRIZ, 1999, p. 127), pois as questões relativas à Bioética vêm eivadas de complexidade, haja vista tratarem-se de questões científicas, filosóficas, econômicas e jurídicas, da qual a interdisciplinaridade é notória (SANTOS, 2001, p. 116).

O Biodireito nasceu em decorrência desse desenvolvimento biotecnológico como o ramo do Direito que estuda, analisa e cria parâmetros legais, acerca dos assuntos relacionados a Bioética, caracterizando-se como sendo o elo de ligação entre esta e o Direito. (SILVA, 2002, p. 12).

Conforme nos ensina Fernandes (2000, p. 42):

Biodireito é o ramo do direito que trata das relações jurídicas referentes à natureza jurídica do embrião, eutanásia, aborto, transplantes de órgãos e tecidos entre vivos ou mortos, eugenia, genoma humano, manipulação e controle genético, baseado no fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, que está assegurado no artigo 1º, III, da Constituição Federal.

Num contexto jurídico, o Biodireito surge na esteira dos direitos fundamentais e, nesse sentido, inseparável deles. O Biodireito contém os direitos morais relacionados à vida, à dignidade e à privacidade dos indivíduos, representando a passagem do discurso ético para a ordem jurídica, não podendo, no entanto, representar uma simples formalização jurídica de princípios estabelecidos por um grupo de sábios, ou mesmo proclamado por um legislador religioso ou moral. O Biodireito pressupõe a elaboração de uma categoria intermediária, que se materializa nos direitos humanos, assegurando os seus fundamentos racionais e legitimadores (FABRIZ, 1999, p. 410).

Levando ao surgimento do Biodireito, os seres humanos vêm sendo cada vez mais testados em sua capacidade de resistência às baixas e altas temperaturas, experiências químicas, além de serem submetidos a radiações, poluições de toda sorte, alimentações não naturais, enfim, similares e terrificantes práticas de nossos antepassados tornaram-se corriqueiras. Tudo isso pelo fascínio do homem por um poder maior: a imortalidade. Mas como nada é perfeito, a partir de tal crescimento e de tantas descobertas é inevitável o surgimento de conflitos entre o interesse coletivo e o individual da vida e da integridade pessoal, exigida do direito a criação de mecanismos de resposta a questões relevantes. Estamos diante do maravilhoso mundo dos transplantes, sendo a doação de órgãos figura imprescindível à realização dos mesmos (SÁ, 2003, p. 46).

No campo das técnicas biomédicas o Direito deve intervir, seja para legitimá-las, seja para regulamentar ou proibir. Assim a lei é sempre invocada não só porque as leis servem como “meios” perante as finalidades que são os valores, mas e sobretudo porque sua ocorrência é expressão inquestionável de segurança, de limites, dos valores comuns da comunidade que sente necessidade de sua determinação via normativa, como parâmetro de conduta observável por todos (SANTOS, 2001, p. 104).

Porém, o direito por si só, não desempenha um papel totalmente viável, é necessário a legitimidade jurídica mediatizada pelo debate com os cientistas. “O

direito se constrói em relação as suas descobertas, mas também a partir dos riscos que as novas técnicas criam para a condição humana”. É da junção e cooperação destes dois mundos que se determinam condutas, posturas e sanções a serem aplicadas por toda comunidade humana (SANTOS, 2001, p. 118).

#### 1.1.4 Dignidade da pessoa humana

Muitos filósofos já tentaram conceituar o princípio da dignidade humana desde o pensamento clássico e ideário cristão. As idéias acerca da dignidade, do pensamento do homem surgem na filosofia e emprestam seus conceitos para o direito moderno. No pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, a dignidade ou *dignitas* (responsabilidade, prestígio, consideração), significava a posição social ocupada pelo indivíduo e seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade. Assim, a partir desse conceito, poderiam existir pessoas mais dignas e pessoas menos dignas, dependendo da sua posição social (SARLET, 2008, p. 31).

Muitos filósofos influenciaram o conceito atual de dignidade da pessoa humana, Pufendorf, Descartes, Voltaire, Locke, mas, sem dúvidas, o maior legado lógico-filosófico deixado foi o de Immanuel Kant. Kant entende o homem como um ser racional, que existia como um fim e não como um meio, diferentemente dos outros seres desprovidos de razão. O ser racional é a pessoa humana dotada de um valor intrínseco, próprio da sua essência. Como o ser humano é um fim e não um meio, esse valor não poderia ser “trocado” ou passível de manipulação, sendo uma qualidade absoluta do homem, ou melhor, uma dignidade absoluta (KANT, 1980, p. 190).

A dignidade na filosofia Kantiana parte da autonomia ética do ser humano. O autor sustenta que o ser humano (o indivíduo) não pode ser tratado, nem por ele próprio, como objeto, uma vez que tem consciência de si mesmo.

Segundo Kant (1980, p.190):

[...] no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade [...] esta apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em

cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade.

A dignidade da pessoa humana pode ser entendida ainda como uma forma de limitar o poder estatal, pois o Estado terá sempre que respeitar a dignidade dos cidadãos de forma a permitir sua liberdade, impedindo o uso do homem como objeto, garantindo um patamar existencial mínimo para todos os indivíduos. Ingo Wolfgang Sarlet (2008, p. 49) afirma que:

A dignidade independe de situações concretas, já que inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas – ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmo.

A Constituição reconheceu essa dignidade material, inserindo-a formalmente no topo do ordenamento brasileiro, a fim de garantir expressamente o respeito ao princípio norteador de todo e qualquer direito humano. Assim, a dignidade nasce com o homem, cada homem tem a sua dignidade, que é inerente a sua qualidade de ser racional, como assevera Kant (1980, p. 191).

Canotilho (1989, p. 200) ressalta que os princípios jurídicos constitucionais podem ser classificados em:

a) *princípios jurídicos fundamentais*, assim entendidos os princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica geral e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional; b) *princípios políticos constitucionalmente conformadores*, entendidos como tais os princípios constitucionais que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte; c) *princípios constitucionais impositivos*, entendidos assim os princípios constitucionais nos quais subsumem-se todos os princípios que no âmbito da constituição dirigente impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas; d) *princípios-garantia*, nos quais incluídos outros princípios que visam instituir direta e imediatamente uma garantia dos cidadãos.

Os princípios constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana são considerados normas jurídicas, sendo dotados de coercitividade e de imperatividade, submetendo todo o conjunto normativo inferior às suas disposições expressas e aos desígnios dos valores consagrados em seu bojo.

A relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais pode ser apontada em cinco aspectos por Boldrini (2003, p. 2). Num primeiro aspecto, segundo o autor, a dignidade da pessoa humana pode ser vista como unidade de valor de uma ordem constitucional e, principalmente, como unidade de valor para os direitos fundamentais. Num segundo aspecto, como

elemento de habilitação de um sistema positivo dos direitos fundamentais, a proteção e a promoção da dignidade do homem, sustenta e afere legitimidade a um Estado e a uma sociedade que tenham a pessoa humana como fim e como fundamentos máximos. Numa terceira acepção, a relação entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana seria uma relação de "praxis" no interior teórico da ordem constitucional. Num quarto, tem-se a perspectiva da dignidade da pessoa humana como parâmetro na dedução de direitos fundamentais implícitos, seguindo a concepção de que a própria dignidade consistiria um direito fundamental na medida em que se manifestasse *stricto sensu*. Por fim, tem-se a perspectiva da dignidade da pessoa humana como limite e função do Estado e da sociedade, na dupla vertente de que tanto um quanto outro devem respeitar e promover a dignidade (BOLDRINI, 2003, p. 02 - 03).

O que importa ressaltar das acepções vislumbradas é que o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser visto tanto como fundamento quanto paradigma a fim dos direitos fundamentais.

A lei se revela um instrumento maleável para regular as questões relativas à Bioética. Interferir rapidamente, se ajustar às novas conquistas tecnológicas e, sendo objeto de largo debate parlamentar (...), vem imantada da legitimidade capaz de garantir a validade de sua inserção no meio social concretizando o escopo último de qualquer empreendimento do sujeito de Direito: o resgate da dignidade humana (SANTOS, 2001, p. 119).

A dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, na conformidade do art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988. Para Alexandre de Moraes (2002, p. 129), a dignidade da pessoa humana é:

Um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, entre outros, aparece como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.

Salienta José Afonso da Silva (2007, p. 105), a dignidade da pessoa humana "é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida". Com o reconhecimento da importância à dignidade

humana, a bioética e o biodireito passam a ter um sentido humanista, estabelecendo um liame com a justiça. Os direitos humanos, decorrentes da condição humana e das necessidades fundamentais de toda pessoa, dizem respeito à preservação da integridade e da dignidade dos seres humanos e à plena realização de sua personalidade.

Sendo assim, “intervenções científicas sobre a pessoa humana que possam atingir sua vida e a integridade físico-mental deverão subordinar-se a preceitos éticos e não poderão contrariar os direitos humanos”. As práticas médicas e científicas, que prometem trazer grandes benefícios à humanidade, contêm riscos potenciais muito perigosos e imprevisíveis, e, por tal razão, estes profissionais devem estar atentos para que não ultrapassem os limites éticos impostos pelo respeito à pessoa humana e à sua vida, integridade e dignidade (DINIZ, 2001, p. 19 – 20).

Proteger a dignidade do homem é proteger a vida e o direito, porquanto, “o direito à vida é o fundamento de todos os direitos. A ética da vida se insere por essa via na universalidade dos valores. Quem diz dignidade humana diz justiça” (SILVA, 2002, p. 12).

## 1.2 O PROCESSO DO TRANSPLANTE

O Artigo 196 da Constituição Brasileira (BRASIL, 1988) é claro quando afirma que "a saúde é direito de todos e dever do Estado" e garante, mediante políticas sociais e econômicas, ações que visem à redução do risco à doença e de outros agravos, bem como o acesso universal e igualitário às ações e serviços. No que concerne aos transplantes, um dos principais compromissos éticos que se deve esperar do Estado é o estabelecimento de leis que estimulem, facilitem e controlem as doações voluntárias de órgãos e tecidos de pessoas vivas ou mortas. Neste sentido, o INCA (BRASIL - INCA, 2010) inaugurou em 2001 o Banco de Sangue de Cordão Umbilical e Placentário, o primeiro banco desse tipo do Brasil, visando aumentar as chances de localização de doadores para os pacientes que necessitam de transplante de medula óssea.

Dentre as normas vigentes mais importantes para a atividade de transplante de células tronco hematopoéticas, está a Portaria do Ministério da Saúde nº 931 de

2006, que aprova o regulamento técnico. Esta Portaria trata dos aspectos relativos às indicações para a realização do procedimento, da seleção de doadores, dos critérios para a seleção e busca de doadores não aparentados no registro nacional e nos internacionais, das normas para autorização de equipes e serviços e das responsabilidades dos diferentes órgãos envolvidos no sistema, dentre outros aspectos. Em seu Artigo 7º, determina que a busca nacional ou internacional, de doador não aparentado de células-tronco hematopoéticas, seja atribuição do Sistema Nacional de Transplantes (BRASIL - Ministério da Saúde, 2010).

A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo e o respectivo transplante ou enxerto só poderão ser realizados por estabelecimentos de saúde, público ou privados, e por equipes autorizadas pelo Ministério da Saúde (SÁ, 2003, p. 55).

Há que se ressaltar, porque aspecto importantíssimo da Lei de Doação de Órgãos, que cada Estado brasileiro necessita cadastrar lista de pessoas que precisam de órgãos. Esta lista é única, só podendo ser desrespeitada, casos os testes de triagem apontem incompatibilidade entre o órgão do doador e o organismo do receptor (SÁ, 2003, p. 55).

Pela necessidade de aperfeiçoar as normas e o processo de supervisão, gerenciamento e controle das listas de potenciais receptores estaduais, regionais e nacionais, e de garantir a equidade e a transparência na distribuição de órgãos e tecidos para transplantes e enxertos, o Ministério da Saúde aprovou o Regulamento Técnico do Sistema Nacional de Transplantes, através da Portaria nº 2.00 de 1 de outubro de 2009 (VOLTARELLI, PASQUINI e ORTEGA, 2009).

Assim, os cidadãos que decidirem contribuir de forma solidária para amenizar o sofrimento de seus semelhantes, terão a certeza de que seus gestos nobres e desinteressados serão respaldados em justas medidas clínicas e humanitárias. A criação de um contexto programático e integrado de responsabilidade, competência, confiança e solidariedade, podem contribuir, decisivamente para que seja abrandada a angustiante carência de órgãos e tecidos para atender pacientes dramaticamente necessitados. A chance de um brasileiro localizar um doador em território nacional é trinta vezes maior que a chance de encontrar o mesmo doador no exterior, segundo pesquisa realizada pelo Registro Nacional de Doadores de Medula Óssea (REDOME). Isso ocorre devido às características genéticas comuns à população brasileira (BRASIL - INCA, 2010).

Após passa a etapa intermediária entre a determinação de morte encefálica do pretendo doador e a colheita de órgão, inicia-se o transplante, ou o processo ao qual esse faz parte seguindo de precauções que se iniciam a partir da constatação de morte encefálica. Para a retirada do órgão do cadáver, primeiramente a família desse possível doador deve autorizar a retirada, tendo cautela para que se consiga a autorização para a extração do órgão ou tecido. Quem faz esse contato são as equipes de Coordenação de Transplante. Na Espanha, essas equipes relatam que é necessária destreza para a realização de boas entrevistas de doação, além de necessidade de saber como se relacionar com a família nesse momento crítico, ajudando-a a superar esta perda. Da habilidade da solicitação da doação dependerá a obtenção de maior número possível de órgãos e tecidos em condições de serem transplantados (BANDEIRA, 2001, p. 139).

As principais causas de negação à doação são: não-compreensão da morte encefálica, desconhecimento da vontade do possível doador, problemas com a imagem e a integridade do cadáver, a não-autorização da família, problemas sócias, recusa em vida e problemas religiosos (BANDEIRA, 2001, p. 139).

Não são apenas esses os problemas, há também muita desinformação sobre a declaração de doador e o consentimento nos transplantes. O processo de procura de órgãos para transplante é complexo. Primeiro identifica-se o potencial doador, e, posteriormente, faz-se o diagnóstico, são avisadas a família e a Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos da região, que consulta uma lista única e seleciona o receptor. Em seguida, é solicitado o consentimento dos familiares para a doação e, em caos positivo, passa-se para a avaliação das condições clínicas do doador e dos órgãos a serem removidos. Encerra-se com a remoção e distribuição dos órgãos (VIEIRA, 1999, p. 211).

Portanto, de acordo com a lei, uma vez constatada a morte encefálica, pode o médico pôr fim às medidas de reanimação, e proceder à colheita de órgãos para fins de transplante, mas deverá observar as exigências legais, além de tomar todas as precauções médicas para garantir m órgão saudável a ser transplantado, uma vez que, entre a coleta e o transplante, existe certa perda de tempo. Para que se obtenha sucesso, é necessário que se mantenha a viabilidade do enxerto (VIEIRA, 1999, p. 211).

Para que se mantenha a viabilidade do órgão passível de transplantação, é mister que se faça uma correta conservação deste, para que se possa garantir o potencial doador e mais chances de sucesso na intervenção cirúrgica. Após a obtenção do consentimento, deve-se agir rapidamente com o procedimento, realizando exames de histocompatibilidade, compatibilidade sanguínea, peso e

tamanho do órgão a ser transplantado. Uma vez admitida a morte cerebral, o indivíduo, embora mantido em respiradores artificiais, não consegue manter as demais funções em atividade por muito tempo (SÁ, 2003, p. 111).

Viabilizada a realização de transplante, este deve ser feito o mais rápido possível, por razões lógicas: com o diagnóstico de morte cerebral, a pressão arterial baixa e o indivíduo passa a receber fortes doses de medicamentos, no intuito de prolongar as funções dos órgãos, para o procedimento de retirada. O tempo é diretamente proporcional ao tipo de organismo. Assim, se este for mais resistente, a(s) parte(s) a ser(em) retirada(s) consegue(m) persistir por vinte e quatro horas ou pouco mais. O ideal é que o transplante seja realizado nas primeiras doze horas, a partir da constatação da morte cerebral (SÁ, 2003, p. 112).

A organização de um Sistema Nacional de Transplante (SNT) que desenvolverá o processo de captação e distribuição de tecidos, órgãos e partes retiradas do corpo humano para finalidades terapêuticas. Sendo que as CNCDOs (Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos), suas unidades executivas, terão a incumbência de coordenar de uma forma geral os transplantes e todo o processo destes, as lista únicas de receptores, fiscalização, aplicação de penalidades administrativas, enfim, até acionar o Ministério Público do Estado e outras instituições públicas competentes para reprimir ilícitos (DINIZ, 2001, P. 249).

A partir do momento em que a morte encefálica é detectada, qualquer possibilidade de vida, ainda que precária, estará totalmente descartada, porque certamente a lesão sofrida é com ela incompatível. O coração bate, existe pressão arterial, os rins ainda funcionam, o corpo está quente, mas o quadro é irreversível. Se é a vida o que se pretende salvar, o propósito tanto vale para aquele que precisa do órgão, quanto para aquele que o tem disponível, sob pena de serem cometidos homicídios por via transversa (SÁ, 2003, p. 113).

## 2 REGULAMENTAÇÃO DO TRANSPLANTE

O transplante é para muitos pacientes, sinônimo de melhor qualidade de vida e maior sobrevida e para outros a única chance de sobrevivência. Nos primórdios da era dos transplantes a noção de morte foi redefinida no intuito de disponibilizar mais e melhores órgãos para transplante. A atual legislação brasileira trata sobre morte encefálica e doação de órgãos, analisando a partir dos princípios éticos da autonomia e do consentimento livre e esclarecido. O conceito de morte encefálica foi adotado, substituindo a aferição regulada pela parada cardiorrespiratória.

Alguns autores (GARCIA, ABBUD-FILHO, NEUMANN EPESTANA, 2006) enfatizam a importância de campanhas educativas que estimulem as doações voluntárias e altruísticas, sendo indispensável a implantação de programas permanentes de esclarecimento e incentivo a tais iniciativas. Junto a essa possibilidade de doadores não aparentados, abre-se espaço para o possível mercado de órgãos e tecidos; considerando os desequilíbrios mundiais verificados entre a oferta, a demanda e o acesso dos usuários aos serviços públicos de saúde, bem como a insaciável sede de lucro por parte de algumas pessoas e instituições.

A verdade é que cada vez mais o comércio invade as práticas profissionais, estabelecendo-se um sistema que enquadra os pacientes como consumidores e a saúde como um bem baseado nos recursos financeiros daquelas pessoas que os têm. A consequência disso é o distanciamento das ações humanitárias, desvios que fazem com que certos profissionais enxerguem os pacientes como um meio e não como um fim (GOMES, ROSAS E GARRAFA, 2008). Com isso percebe-se que a questão dos transplantes e a comercialização do corpo humano permeará os principais referenciais ético-filosóficos e jurídico-morais dos próximos séculos (GARCIA, ABBUD-FILHO, NEUMANN E PESTANA, 2006). O transplante de órgãos e tecidos, assim como as transfusões de sangue, são conquistas técnico-científicas que permitem, em um número crescente de casos, a sobrevivência dos doentes que estariam de outro modo, condenados a morrer em breve tempo. Os abusos registrados nesse campo podem não somente desacreditar essas práticas, como também suscitar viva repulsa em relação a muitos aspectos do progresso científico, principalmente aqueles que tocam mais fundo a existência humana, já que as

aplicações técnicas podem ser usadas para o bem ou para o mal (BERLINGUER E GARRAFA, 2001).

A legislação brasileira apresentou mudanças conceituais importantes. Em 1992, foi elaborada a Lei 8.489, de 18 de novembro, que traz em seu artigo 3º caput e nos incisos I e II, para se realizar transplantes exige a permissão manifestada em vida pelo 'disponente', por meio de documento particular ou público, ou na ausência do documento referido, a retirada de órgãos será procedida se não houver manifestação em contrário por parte do cônjuge, ascendente ou descendente.

Na óptica legislativa essa lei apresentava deficiências, como a falta de objetiva definição de morte, desconsiderando a Resolução CFM 1.346/91, do Conselho Federal de Medicina, que dispunha sobre os critérios para caracterização da para total e irreversível das funções encefálicas em pessoas. Também limitava a doação entre pessoas vivas, maiores e capazes civilmente, a avós, netos, filhos, irmãos e sobrinhos até segundo grau, incluindo cunhados e cônjuges. Não preservava a autonomia plena de vontade do falecido que não tivesse contemplado sua não permissão manifesta em vida, e sim, apenas sua vontade manifesta de doar. Por esses motivos, em fevereiro de 1997 foi aprovada a Lei 9.434, que revoga a lei anterior.

No Código Civil 2002, nos artigos 13 a 15, trata dos direitos de personalidade em espécie e versam sobre o direito à integridade psicofísica.

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

*Parágrafo único.* "O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial".

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

*Parágrafo único.* "O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo".

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

No art. 9º da lei especial 9.434/97, cita que "é permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos ou partes do corpo vivo para fins de transplante terapêuticos". No parágrafo 3º "só é permitida a doação referida neste artigo quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora".

O parágrafo 4º trata sobre a autorização do doador, onde poderá autorizar preferencialmente por escrito e diante de testemunhas o órgão ou parte do corpo objeto da retirada. Também no parágrafo 5º consta que a doação poderá ser revogada pelo doador ou pelos responsáveis legais a qualquer momento antes de sua concretização. A lei que vigora no Brasil, Lei 9.434/97 de 4 de fevereiro, atualizada pela Lei 11.633/07 de 27 de dezembro, foi regulamentada pelo Decreto 2.268 de 30 de julho de 1997 permite doação inter-vivos e *post mortem*, entretanto, o dispositivo legal prioriza o transplante de indivíduos mortos para vivos.

A pessoa juridicamente capaz tem o direito de dispor em vida a título gratuito, sem comprometer a própria saúde, órgãos ou partes do organismo, com objetivos terapêuticos ou para transplante ao cônjuge ou parentes com laços consanguíneos limitado até o quarto grau. Se não for parente, é necessária a autorização judicial, exceto no caso de medula óssea.

A fim de contribuir com a pesquisa clínica em transplantes de medula óssea e campos relacionados, foi criado no ano de 2004 o Centro Internacional de Pesquisa em Transplante de Medula Óssea e Células-Tronco Hematopoiéticas, que é composto pela *European Group for Blood and Marrow Transplantation (EBMT)*, *Asia Pacific Blood and Marrow Transplantation (APBMT)* *Intrnational Registry on Cord Blood Transplantation (EUROCORD)*, que realizam atividades de pesquisa em saúde pública, ensaios clínicos, estudos observacionais, registros e estatísticas que norteiam e influenciam a prática dos transplantes pelo mundo (Sociedade Brasileira de Transplante de Medula Óssea, 2008).

Diversos países, dentre eles o Brasil, vêm desenvolvendo uma estrutura para atendimento à demanda de células-tronco hematopoéticas, via estabelecimento dos chamados bancos de medula óssea. E a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) estabelece critérios para o funcionamento, segurança do usuário, autorização de funcionamento, e exerce desta forma o papel de principal fiscalizador de toda a prática do TMO no país (Sociedade Brasileira de Transplante de Medula Óssea, 2008).

A política Nacional de Transplantes de Órgãos e Tecidos está fundamentada na Legislação (Lei nº 9.434/1997 e Lei nº 10.211/2001), tendo como diretrizes a gratuidade da doação, a beneficência em relação aos receptores e não maleficência em relação aos doadores vivos. Estabelece também garantias e direitos aos pacientes que necessitam destes procedimentos e regula toda a rede assistencial

através de autorizações para funcionamento de instituições. Toda a política de transplante está em sintonia com as Leis nº 8.080/1990 e nº 8.142/1990, que regem o funcionamento do Sistema Único de Saúde. O Brasil possui hoje um dos maiores programas públicos de transplantes de órgãos e tecidos do mundo. Com 548 estabelecimentos de saúde e 1.376 equipes médicas autorizados a realizar transplantes, o Sistema Nacional de Transplantes está presente em 25 estados do país, por meio das Centrais Estaduais de Transplantes (Ministério da Saúde - BRASIL, 2010).

As funções de órgão central do Sistema Nacional de Transplantes (SNT) são exercidas pelo Ministério da Saúde por meio da Coordenação-Geral do Sistema Nacional de Transplantes (CGSNT). Para o exercício das funções que competem ao órgão central do SNT, a CGSNT é assistida por um grupo de assessoramento estratégico (GAE), que é coordenado pelo Coordenador-Geral do SNT, e tem um representante titular e suplente dos seguintes órgãos, entidades e associações descritas: Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos das Regiões Centro-Oeste, Nordeste, Norte, Sudeste e Sul, Conselho Federal de Medicina, ANVISA, Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos, Conselho Nacional dos Secretários de Saúde, Conselho Nacional dos Secretários Municipais de Saúde, Conselho Nacional de Saúde e o Ministério Público Federal (Ministério da Saúde - BRASIL, 2009).

A Constituição Federal Brasileira (BRASIL, 1988), em seu Artigo 199 parágrafo 4º, determina a necessidade de regulamentação quanto aos transplantes de órgãos, sangue e seus derivados, vedando qualquer tipo de comercialização. Nesse sentido, o Ministério da Saúde aprovou o Regulamento Técnico do Sistema Nacional de Transplantes através da Portaria Nº 2.600, de 21 de outubro de 2009 (Ministério da Saúde - BRASIL, 2009), com o objetivo de aprimorar o funcionamento e o gerenciamento do Sistema Nacional de Transplantes, das Centrais de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos e dos demais integrantes do sistema, estabelecendo mecanismos que permitam uma melhor articulação entre essas instâncias. Além disso, foi considerada a necessidade de aperfeiçoar as normas e o processo de supervisão, gerenciamento e controle das listas de potenciais receptores estaduais, regionais e nacionais e de garantir a equidade e a transparência na distribuição de órgãos e tecidos para transplantes e enxertos, dentre outras.

Para a realização de Transplante de Células-tronco Hematopoéticas (TCTH) devem ser observadas as atribuições das entidades envolvidas - SNT e INCA - e as normas técnicas para identificação e seleção de doadores, para receptores nacionais e internacionais. O SNT tem como responsabilidade o controle, avaliação e regulação das ações e atividades relativas ao TCTH e conta com a assessoria técnica do INCA nas atividades relacionadas. A busca nacional ou internacional de doador não aparentado de células-tronco hematopoéticas para receptores nacionais e internacionais é prerrogativa do SNT, que se responsabilizará pelo ressarcimento dos procedimentos de identificação, para os receptores nacionais, com delegação para o INCA da gerência técnica e operacional dessa atividade (Ministério da Saúde - BRASIL, 2009).

O INCA mantém os respectivos cadastros do REDOME, do Registro Nacional de Sangue de Cordão Umbilical (RENACORD) e do Registro Brasileiro de Receptores de Medula Óssea (REREME) atualizados com as informações dos doadores, das unidades de Sangue de Cordão Umbilical e Placentário, e da situação clínica dos receptores, enviadas por meio do sistema informatizado pelos médicos que assistem esses pacientes. É responsabilidade da equipe especializada autorizada para a realização de transplantes a manutenção e atualização das informações sobre a situação clínica dos pacientes por ela listados, em especial os dados que concernem aos critérios de seleção a serem utilizados para alocação do órgão ou tecido (Ministério da Saúde - BRASIL, 2009).

As etapas da busca nacional e internacional de doador não-aparentado deverão seguir os fluxos relacionados abaixo (BRASIL, 2009):

- I. Na impossibilidade de se identificar doador aparentado, a equipe médica de um centro de transplante autorizado reavaliará o paciente e, conforme as indicações estabelecidas incluirá o receptor no sistema REREME, para a busca nacional de doador não-aparentado no REDOME;
- II. Identificado(s) o(s) doador(es) no REDOME e o respectivo hemocentro onde o doador foi registrado, atuarão com vistas a localizar e chamar o(s) candidato(s) à doação, ocasião em que deverá ser confirmada a intenção da doação e, se confirmada, coletada nova amostra de material para a realização dos exames de sorologia;
- III. Uma vez confirmado um doador nacional, pelo sistema REDOME/REREME, o candidato ao transplante deverá ser encaminhado a estabelecimento de saúde autorizado para realização do transplante;
- IV. O doador de medula óssea será encaminhado ao estabelecimento de saúde, onde se dará o transplante ou a outro em que apenas se coletará, acondicionará e encaminhará a medula para o estabelecimento de saúde transplantador;
- V. Na eventualidade de o estabelecimento de saúde de coleta da medula óssea estar instalado em cidade diversa da residência do doador, o gestor

estadual ou do Distrito Federal deverá prover os meios para seu deslocamento e acomodação;

VI. No caso de doadores de células-tronco hematopoéticas de sangue periférico, o doador voluntário, devidamente esclarecido sobre o procedimento e após a administração de medicação indutora da hematopoese, submeter-se-á a aférese ambulatorial, para obtenção de células-tronco circulantes no sangue periférico, no estabelecimento de saúde ou hemocentro que lhe for designado, dentro de critérios que garantam a total segurança do doador;

VIII. Não sendo encontrado doador por meio da busca nacional acima descrita, o REDOME dará seguimento à busca internacional de doador não-aparentado;

IX. Uma vez identificado e confirmado um doador internacional, o paciente deverá ser encaminhado ao estabelecimento de saúde autorizado para a realização de TCTH não-aparentado, levando-se em consideração os critérios de priorização para a lista de atendimento;

X. A consulta aos registros internacionais de doadores e os procedimentos de busca, coleta, acondicionamento, fornecimento e transporte de células-tronco hematopoéticas desses doadores somente poderão ser realizados pelo REDOME/INCA. Os receptores deverão ser cadastrados e organizados na lista de atendimento, a ser gerenciada pelo REREME/INCA.

Com a finalidade de auxiliar os pacientes de outros países que necessitam de Células-Tronco Hematopoéticas para fins de transplante, é autorizado o envio ao exterior de amostras de células deste tipo de doadores cadastrados no REDOME, por meio dos registros internacionais de doadores voluntários. A amostra a ser enviada pode ser de medula óssea, sangue periférico ou sangue de cordão umbilical e placentário, e a origem da amostra de sangue de cordão umbilical e placentário deve ser, obrigatoriamente, de estabelecimento integrante da Rede Nacional de Bancos Públicos de Sangue de Cordão Umbilical e Placentário para Transplante de Células-Tronco Hematopoéticas (BRASILCORD) (Ministério da Saúde - BRASIL, 2009).

Pode ser observado que o Brasil conta com ampla regulamentação específica relativa aos transplantes de órgãos e tecidos, e com uma logística muito bem planejada quanto aos transplantes de medula óssea. Contudo, ressalta-se que a proscricção se faz necessária quando emergirem interesses que visem beneficiar o particular, bem como quando a equidade se mostrar ameaçada. Assim, cresce a importância no que diz respeito à análise das responsabilidades do Estado na interpretação social da realidade concreta, bem como na determinação das formas de intervenção a serem programadas e priorizadas.

## 2.1 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A lei que rege os transplantes no Brasil, atualmente, é a Lei 9434 de quatro de fevereiro de 1997 que “dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências”. Sendo esta lei regulamentada pelo Decreto n. 2.268 de 30 de junho de 1997 que revogou a, até então vigente, Lei 8489/92 e Decreto n. 879/93.

Conhecida como a Lei de Transplantes, a Lei 9434/97 trouxe diversas modificações ao nosso ordenamento jurídico, também consequentes polêmicas. No que diz respeito a doação presumida, é acrescida no artigo 4º, parágrafo 6º, esta atribui aos familiares e/ou ao cônjuge do pretense doador, que na ausência de manifestação deste, a prerrogativa de manifestar-se contrariamente à doação por força da Medida Provisória n. 1718 de 6 de outubro de 1998, que determina que na ausência de manifestação do de cujus a família será quem determinará a doação ou não dos órgãos. Ao transferir esse atributo a alguém que não seja o próprio titular do direito, para o sociólogo Steiner (2004, p. 83), tem-se um limitador da autonomia da vontade.

Se alguns consideram que o direito de cada pessoa sobre si mesma ou à integridade do seu corpo é violado na ausência da vontade, outros vêm nisso uma exigência do Estado que é contraditória com a idéia de liberdade e de espontaneidade associada à doação (STEINER, 2004, p. 84).

A Lei 9.434/97 vem através de seus 25 artigos determinar quem poderá ser doador e como e quando deve ser realizado todo o seu procedimento. Funda-se a referida lei em princípios básicos determinados pela Constituição Federal de 1988, sendo esse a gratuidade da doação e sua finalidade que deverá ser feita para a realização de transplantes ou fins terapêuticos, sendo vedada destinação contrária.

O artigo 1º da lei supracitada determina que poderá ser realizada a doação de órgãos inter-vivos ou post mortem. Deverá ser realizada a coleta do órgão ou tecido por equipe médica especializada de uma unidade de saúde pública ou particular, sendo a doação em vida determinada a um receptor e a post mortem enviada ao banco de órgãos. No caso do segundo meio de doação só será permitida a realização dessa se ficar comprovada a morte encefálica. A Lei de Transplantes 9434/97 estabelece no artigo 1º a gratuidade dos atos de disposição corporal, corroborando o mandamento constitucional (CF/88, art. 199, § 4º), bem como a finalidade, exclusivamente para fins de transplante e tratamento.

A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos ou 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 (Art. 199, § 4º - CF/88).

Nos dois tipos de doação determinados em lei exige-se a presença da manifestação de vontade, pura e simples, sendo tais requisitos um dos principais fatores caracterizadores da doação. No caso da doação inter-vivos deverá o doador se manifestar por escrito é o que dispõe o artigo 8º, parágrafo 4º da referida lei: “O doador deverá autorizar, preferencialmente por escrito e diante testemunhas, especificamente o tecido, órgão ou parte do corpo objeto da retirada” (BRASIL, 2002).

Mesmo com a forma de consentimento “post mortem”, o problema da escassez de órgãos a partir de cadáver continuou, com isso, o legislador altera novamente a Lei 9434/97, através da Medida Provisória 1.959 de 24 de outubro de 2000, mudando substancialmente a forma de consentimento “post mortem”, determinando que somente através da autorização da família ou do cônjuge é que será permitida a doação de órgãos de pessoas falecidas.

Segundo Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2008, p.158):

Em nenhuma hipótese será admitida a disposição onerosa de órgãos, partes ou tecidos do corpo humano, sendo a sua prática, inclusive, penalmente reprimida, *ex vi* do disposto nos arts. 14 e 15 da Lei 9.434/97. Quer-se, com isso, evitar o indesejável mercado de órgãos e tecidos, que movimentam todo ano, espuriamente, milhões de dólares em todo o mundo.

A Lei 9.434/97 inovou o sentido de doação de órgãos ao banir de seu conteúdo normativo a doação consentida que era presente na lei 8.489/92. A nova lei traz em si o sentido de presunção de consentimento, declarando que se não manifestada tal vontade em vida pelo falecido este seria considerado doador, uma vez que foi silente sobre o assunto.

Segundo Almeida (2000, p. 85), tal dispositivo colocou em estado de pânico a sociedade brasileira, uma vez que a população viu tal dispositivo como uma forma de obrigar a doação de órgãos. Na análise do dispositivo legal revogado era perceptível que o mesmo omitiu em seu texto ser necessário o consentimento da família, foi justamente essa omissão que colocou em pânico a sociedade.

Com a alteração, pela nova lei, do critério de doação, houve um intenso temor em parte da sociedade e um contingente grande de pessoas correram para tirar novos documentos com a declaração de não serem doadores. Isto ocorreu não por falta de solidariedade do povo brasileiro nem por ser realmente contra a doação, mas porque temos um sistema de saúde

caótico, no qual a população não tem confiança, além da falta de esclarecimento sobre a doação e etc. A lei é clara, a pessoa pode se manifestar sempre que desejar, independente da opção de ser ou não doadora de órgão (ALMEIDA, 2000. p. 86).

Em 23 de março de 2001, foi promulgada a Lei n. 10.211 que modificou o art. 4º da Lei n. 9.434/97, que, por seu turno, jogou por terra a presunção de doação e determinou ordem de prelação em relação à manifestação da família, conforme consta:

Art. 4º A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá 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.

O § 4º, do supracitado artigo, hoje revogado pela Lei n. 10.211/01, permitira a reformulação da vontade a qualquer momento, sendo certo que o § 5º o complementava, ao afirmar que, em caso de dois ou mais documentos legalmente válidos, com opções diferentes quanto à condição de doador, ou não, do morto, a emissão que prevalecerá será a mais recente (SÁ, 2003, p. 62).

Os transplantes, além da Lei, decretos e medidas provisórias, estão regulamentados no Código de Ética Médica e o Conselho Federal de Medicina pela Resolução 1.081 de 12 de março de 1982 que trata do consentimento informado para procedimentos diagnósticos terapêuticos e a Resolução 1.480 de 8 de agosto de 1997 que dispõe sobre os critérios para a caracterização da morte encefálica.

Conforme critérios estipulados pela Resolução n. 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina, a doação presumida de órgãos e tecidos, com efeito, “post mortem”, mediante diagnóstico de morte encefálica. Tal óbito deverá ser comunicado à Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos (CNCDO) de sua respectiva unidade da Federação (art. 18 do Dec. N. 2.268/97).

A doação, em transplante “inter vivos” é permitida a qualquer pessoa capaz, desde que se trate de órgãos duplos, como os rins, ou partes renováveis do corpo humano que não coloquem em risco sua vida ou integridade física e desde que não comprometam suas funções vitais. Com a nova legislação, ao serem retiradas as exigências da Lei 8.489/92 revogada, isto é, esse tipo de transplante era admitido apenas entres parentes próximos ou com autorização judicial, com o escopo de impedir a comercialização, poder-se-á ter aberto uma porta para o mercado de estruturas humanas (DINIZ, 2001, p. 249).

Conforme a Lei n. 9.434/97, art. 2º, parágrafo único, os critérios para a seleção do doador de órgãos e tecidos, determina ser necessário todos os testes de

triagem de diagnóstico de infecção e infestação exigidas no caso de sangue para doação.

Pelo Decreto n. 2.268/97, arts. 25 I e II, art. 26 e parágrafo único, os prontuários deverão conter, no do doador morto, os laudos dos exames utilizados para comprovação da morte encefálica e verificação da viabilidade da utilização do órgão ou tecido que lhe forem retirados e sua identificação, e, no do doador vivo, o resultado dos exames realizados para avaliar as possibilidades de retirada e transplante de tecidos, órgãos ou partes do corpo doado, assim como a comunicação ao Ministério Público, da doação efetuada.

O que consta no Código de Ética Médica, vigente desde 1988, é vedado ao médico que descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou tecidos (art. 43, 1ª parte), que participar do processo de diagnóstico da morte ou da decisão de suspensão dos meios artificiais de prolongamento da vida de possível doador, quando pertencente à equipe de transplante (art. 72), que deixar, em caso de transplante, de explicar ao doado e ao receptor, ou seus responsáveis legais, em termos compreensíveis, os riscos de exames, cirurgias ou outros procedimentos (art. 73), que retirar órgão de doador vivo quando interdito ou incapaz, mesmo com autorização de seu responsável legal (art. 74) e que participar, direta ou indiretamente, da comercialização de órgãos ou tecidos humanos (art. 75).

## 2.2 TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS E OS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Direitos da personalidade são aqueles relacionados à proteção da essência da pessoa, à proteção das relações existenciais. É tudo aquilo que diz respeito à proteção fundamental à proteção das relações existenciais. São direitos subjetivos da pessoa de defender a sua própria integridade física, moral ou intelectual. A personalidade se resume no conjunto de caracteres do próprio indivíduo; consiste na parte intrínseca da pessoa humana. Trata-se de um bem, no sentido jurídico, sendo o primeiro bem pertencente à pessoa, sua primeira utilidade (SÁ, 2003, p. 23).

Por direitos da personalidade entendem-se as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior (FRANÇA, 1994, p. 1033).

Na acepção de Orlando Gomes (1957, p. 131), sob a denominação de direitos de personalidade, compreendem-se os direitos personalíssimos e os direitos

essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana que a doutrina moderna preconiza e disciplina no corpo do Código Civil como direitos absolutos, desprovidos, porém, da faculdade de disposição. Destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte de outros indivíduos.

Os direitos da personalidade são extra patrimoniais e, na maioria das vezes, apresentam-se como indisponíveis, embora haja exceções (MOTA PINTO, 2004, p. 01). Deste modo, a disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo torna-se juridicamente permitida. Os princípios da dignidade, indisponibilidade e integridade inter-relacionam-se e tornam-se indissociáveis, pois constituem um núcleo intangível do corpo humano e representa o direito que este possui de ser dotado de identidade pessoal, portanto titular de dignidade e indisponibilidade inerentes ao ser humano.

Qualquer ação interventiva na integridade corporal representa também uma agressão à integridade pessoal. O ato de doar ou de receber órgãos e tecidos deve relacionar-se à vontade tanto do doador quanto do receptor, e o indivíduo não deverá ser obrigado ou coagido a submeter-se a qualquer ato de disposição do próprio corpo, sendo sua vontade, livremente demonstrada. O benefício da lei deve ser estendido a todos, não podendo haver prioridades em virtude da idade, sexo, religião ou pode aquisitivo, reforçando assim, o princípio da gratuidade.

O corpo humano, ou parte dele, disposto para doação deverá ser preservado durante a extração dos órgãos, células ou tecidos, de modo que o cadáver não sofra intervenção desproporcional à necessidade.

### 2.2.1 Direito da personalidade

A personalidade jurídica é estendida a todos os homens, sendo prevista na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade. A capacidade, por sua vez, segundo Maria Helena Diniz (2008, p. 177), é a “medida jurídica da personalidade.” Ao existir, o homem já é considerado pessoa, no entanto, para ser “capaz”, ele necessita preencher certos requisitos, como ser sujeito ativo ou passivo de uma relação jurídica.

O direito ao próprio corpo constitui o direito que os indivíduos têm de não sofrerem violações, ofensas ao seu corpo. Salienta Carlos Alberto Bittar (2003, p. 88), que o corpo é o “instrumento pelo qual a pessoa realiza a sua missão no mundo

fático. Configura também direito disponível, mas sob limitações impostas pelas conotações de ordem pública”. Ademais, todo ser humano tem direito fundamental à vida. O ordenamento o garante desde antes do nascimento, resguardando os direitos do nascituro (CC, art. 2º), infligindo pena ao aborto (artigos 124 e 125, Código Penal) e vedando a eutanásia.

Ainda, a lei pune o homicídio, a tentativa, bem como as ofensas físicas praticadas em relação a outrem, ou em face do Estado. Acerca do tema, ensina Caio Mário da Silva Pereira (2008, p. 50):

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 decisão da morte, para finalidades científicas ou humanitárias, subordinando conteúdo à preservação da própria vida ou de sua deformidade. A lei não pode plácitar a auto lesão. É o que consagra o artigo 13 do Código Civil, cujo caput, contudo, peca de uma incorreção técnica. O médico jamais impõe ou exige a disposição do corpo. O que se pretende enunciar é que pode ser necessária por indicação médica, a extração ou retirada de uma parte do corpo.

Aos poucos foram reconhecidas pela doutrina e pelo ordenamento jurídico, certas prerrogativas individuais, inerentes à pessoa humana, e também protegidas pela jurisprudência. São direitos inalienáveis, que se encontram fora do comércio, e que merecem proteção legal (GONÇALVES, 2010, p. 183).

A concepção dos direitos da personalidade apoia-se na idéia de que, a par dos direitos economicamente apreciáveis, destacáveis da pessoa de seu titular, como a propriedade ou o crédito contra um devedor, outros há, não menos valiosos e merecedores da proteção da ordem jurídica, inerentes à pessoa humana e a ela ligados de maneira perpétua e permanente. São os direitos da personalidade, cuja existência tem sido proclamada pelo direito natural, destacando-se, dentre outros, o direito à vida, à liberdade, ao nome, ao próprio corpo, à imagem e à honra (GONÇALVES, 2010, p. 183).

Para que se possa analisar os transplantes de órgãos e sua regulamentação jurídica, dada pela Lei Federal nº 9.434/97, faz-se necessário um estudo acerca dos direitos da personalidade, passando pela dignidade da pessoa humana, princípio fundante do ordenamento jurídico e, além disso, analisar a questão do consentimento necessário quando se lida com direitos da personalidade.

Os dispositivos da Lei nº 9.434/97 envolvem um conhecimento acerca desses temas. Diversos são os conceitos do princípio da dignidade da pessoa humana, para Oscar Vilhena Vieira (2006, p. 64), o conceito de dignidade não se confunde com vida ou liberdade, ele “se refere à condição de uma vida que valha a pena ser vivida ou à condição pela qual merecemos ser tratados pelo simples fato de sermos humanos”. A tutela dos direitos da personalidade é um dos modos de se

efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana ao trazer a consideração devida aos indivíduos.

O grande passo para a proteção dos direitos da personalidade foi dado com o advento da Constituição Federal de 1988, que expressamente se refere a eles no art. 5º, X, nos seguintes termos: “X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Tem-se afirmado que os direitos da personalidade constituem herança da Revolução Francesa, que pregava os lemas liberdade, igualdade e fraternidade. A evolução dos direitos fundamentais, desse modo, costuma ser dividida em três gerações ou dimensões, que guardam correspondência com os referidos lemas. A primeira geração tem relação com a liberdade; a segunda com a fraternidade ou solidariedade, surgindo os direitos ligados à pacificação social (direitos do trabalhador, direitos do consumidor, etc.). Cogita-se, ainda, na doutrina, da existência de uma quarta geração, que decorreria das inovações tecnológicas, relacionadas com o patrimônio genético do indivíduo, bem como de direitos de uma quinta geração, que decorreriam da realidade virtual (GONÇALVES, 2010, p. 184).

Como cláusula geral de tutela da personalidade humana em esfera infraconstitucional tem-se o artigo 12 do Código Civil (2002, p. 128):

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

O princípio da dignidade da pessoa humana é encarado como o direito geral da personalidade do ordenamento jurídico pátrio. Atualmente, convive na legislação pátria o direito geral da personalidade e direitos da personalidade em espécie, fracionados e tipificados. A tutela ampla da personalidade não exclui a tipificação de algumas espécies de direitos da personalidade, que merecem tratamento especial por medida de política legislativa.

O fato é que, os direitos da personalidade tipificados não são os únicos direitos da personalidade; existem direitos que não estão expressamente consagrados, mas que são expressões da personalidade e, por meio da cláusula geral de tutela da personalidade, são protegidos, tais como “o direito à qualidade de vida; o direito à identidade sexual; o direito à identidade genética; o direito à opção sexual; o direito ao conhecimento da própria origem genética; o direito à procriação mediante reprodução assistida” (SZANIAWSKI, 2005, p. 123).

Os direitos de personalidade em espécie relevantes para o estudo dos transplantes de órgãos são o direito à vida, o direito à integridade física, o direito ao corpo, o direito a partes separadas do corpo e o direito ao cadáver. O direito à vida, no atual estágio de evolução do direito, é considerado como um direito fundamental e a partir dele seriam gerados os direitos da personalidade. Assim afirma Walber de Moura Agra (2008, p. 139): “O direito à vida gera, em decorrência, os direitos da personalidade.”

Os direitos da personalidade dividem-se em duas categorias: os inatos, como o direito à vida e à integridade física e moral, e os adquiridos, que decorrem do status individual e existem na extensão da disciplina que lhes foi conferida pelo direito positivo (GONÇALVES, 2010, p. 185).

Conforme dispõe o art. 11 do Código Civil, “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

A doutrina apresenta outras características essenciais aos direitos da personalidade, no sentido de que estes direitos são:

- a) Intransmissíveis e irrenunciável – essas características, mencionadas expressamente no dispositivo legal supra transcrito, acarretam a indisponibilidade dos direitos da personalidade. Não podem os seus titulares deles dispor, transmitindo-os a terceiros, renunciando ao seu uso ou abandonando-os, pois nascem e se extinguem com eles, dos quais são inseparáveis. Evidentemente ninguém pode desfrutar em nome de outrem bens como a vida, a honra, a liberdade, etc.
- b) Absolutos – o caráter absoluto dos direitos da personalidade é consequência de sua oponibilidade *erga omnes*. São tão relevantes e necessários que impõem a todos um dever de abstenção, de respeito. Sob outro ângulo, tem caráter geral, porque inerente a toda pessoa humana.
- c) Não limitado – é ilimitado o número de direitos da personalidade, malgrado o Código Civil, nos arts. 11 a 21, tenha se referido expressamente apenas a alguns. Reputa-se tal rol meramente exemplificativo, pois não esgota o seu elenco, visto ser impossível imaginar-se um *numerusclausus* nesse campo.
- d) Imprescritibilidade – essa característica é mencionada pela doutrina em geral pelo fato de os direitos da personalidade não se extinguirem pelo uso e pelo decurso do tempo, nem pela inércia na pretensão de defendê-los.
- e) Impenhorabilidade – se os direitos da personalidade são inerentes à pessoa humana e dela inseparáveis, e por essa razão indisponível, certamente não podem ser penhorados, pois a contração é o ato inicial da venda forçada determinada pelo juiz para satisfazer o crédito do exequente.
- f) Não sujeição a desapropriação – os direitos da personalidade inatos não são suscetíveis de desapropriação, por se ligarem à pessoa humana de modo indetacável. Não podem dela ser retirados contra a sua vontade, nem o seu exercício sofrer limitação voluntária (CC, art. 11).
- g) Vitaliciedade – os direitos da personalidade inatos são adquiridos no instante da concepção e acompanham a pessoa até sua morte. Por isso, são vitalícios. Mesmo após a morte, todavia, alguns desses direitos são resguardados, como o respeito ao morto, à sua honra ou memória e ao seu direito moral de autor, por exemplo (GONÇALVES, 2010, p. 186 – 189).

Entretanto, direito à vida é inato, intransmissível, indisponível, irrenunciável, absoluto, inviolável. Inato, pois existe a partir do nascimento com vida. Intransmissível porque não é passível de modificação por parte do titular. Por ser intransmissível é também indisponível, pois não admite que aquele que o detém possa dispor dele por sua própria vontade. É irrenunciável porque não pode ser extinto pela vontade daquele que o possui; o titular nasce com o direito à vida e com ele caminha ao longo de sua existência, não podendo renunciar a esse direito. É absoluto na medida em que é oponível contra todos.

O direito ao corpo é uma projeção do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à integridade física. O jurista Francisco Amaral (2006, p. 263), considera “o corpo humano como bem jurídico, mas fora de uma realidade biológica que o direito reconhece e protege em si mesma”. A integridade física pode ser reduzida pela separação de parte ou partes do corpo. Uma vez separados do corpo humano, tornam-se *res* (coisas) cujo sujeito é o titular do corpo do qual as partes foram destacadas. Após a inserção da parte separada do corpo em outro indivíduo, por meio do procedimento da transplantação, deixa de ser *rese passa*, imediatamente, a integrar a personalidade humana do receptor do órgão, tecido ou parte separada.

A personalidade humana extingue-se com a morte, conforme dispõe o artigo 6º do Código Civil 2002. A inserção do direito ao cadáver entre os da personalidade se dá pelo fato do cadáver ser um prolongamento do direito ao corpo vivo. Outra questão que permeia o estudo dos transplantes de órgãos é a autonomia privada. De acordo com Orlando Gomes (2008, p. 239), autonomia privada seria um gênero definido como o “poder atribuído ao particular de partejar, por sua vontade, relações jurídicas concretas, admitidas e reguladas, *in abstracto*, na lei.”, do qual se destacariam dois aspectos: “o poder atribuído à vontade na criação, modificação e extinção das relações jurídicas e; o poder dessa vontade referido ao uso, gozo e disposição dos direitos subjetivos e dos poderes e faculdades das pessoas.” (GOMES, 2008, 241).

A disposição do próprio corpo pode ser de pessoa viva e post mortem. A disposição do corpo humano vivo consiste na doação de órgãos feita por pessoa capaz nos termos da legislação civil. A disposição *post mortem* do próprio corpo é a retirada de órgãos ou parte do corpo de um cadáver. De acordo com Francisco Amaral (2006, p. 246), essa disposição tem eficácia somente após a morte do

doador. Consoante o caput do artigo 14 do Código Civil, só é permitida a disposição *post mortem* a título gratuito: “É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.” O parágrafo único do citado dispositivo legal traz a ressalva de que este ato, por ser proveniente da vontade humana, pode ser revogado a qualquer tempo: “O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.”

A disposição de órgãos, tecidos, membros, ou partes renováveis do corpo humano só é permitida a título gratuito. Ao estipular o artigo 13 do Código Civil que são proibidos os atos de disposição do próprio corpo quando causar diminuição permanente ou contrariar os bons costumes, o legislador valorizou o consentimento e a autonomia do indivíduo em certos limites.

Com o artigo 15 do Código Civil, foi dado destaque à vontade no que tange à intervenção médica ou cirúrgica. Voluntariamente, o indivíduo pode limitar seu direito à integridade física impedindo que se realize intervenção médica ou cirúrgica, exercendo sua autonomia privada.

A regra obriga os médicos, nos casos mais graves, a não atuarem sem previa autorização do paciente, que tem a prerrogativa de se recusar a se submeter a um tratamento perigoso. A sua finalidade é proteger a inviolabilidade do corpo humano. Vela ressaltar, *in casu*, a necessidade e a importância do fornecimento de informação detalhada ao paciente sobre o seu estado de saúde e o tratamento a ser observado, para que a autorização possa ser concebida com pleno conhecimento dos riscos existentes (GONÇALVES, 2010, p. 260).

Porém, essa manifestação da vontade do indivíduo, como toda atuação da autonomia privada, é restringida por questões maiores e de ordem pública, como a vacinação obrigatória com fins de preservar a saúde da população.

Se o doente estiver impossibilitado de manifestar sua vontade, deve-se obter a autorização escrita, para o tratamento médico ou a intervenção cirúrgica de risco, de qualquer parente maior, da linha reta ou na colateral até o 2º grau, ou do cônjuge, por analogia com o disposto no art. 4º da Lei 9.434/97, que cuida da retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoa falecida (GONÇALVES, 2010, p. 260 – 261).

## 2.4 INTEGRIDADE FÍSICA E AUTONOMIA DE VONTADE

O direito à integridade física ocupa posição de destaque, juntamente com o direito à vida, e abrange a saúde física e a higidez mental, representando a

incolumidade do corpo humano em todas as suas acepções. O direito ao corpo é uma projeção do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à integridade física. O jurista Francisco Amaral (2006, p. 263), considera “o corpo humano como bem jurídico, mas fora de uma realidade biológica que o direito reconhece e protege em si mesma (...)”. O corpo integra conjunto biopsíquico que é o ser humano juntamente com a alma, que constitui o elemento imaterial. Assim posto, é relevante a sua proteção, visto que tem caráter essencial, como os demais direitos da personalidade e, ademais, acompanha o indivíduo em toda a sua vida, realçando-se o seu caráter *ad vitam*.

A integridade física abrange o direito ao corpo e nele incluindo “os seus tecidos, órgãos e partes separáveis, e o direito ao cadáver”. Nota-se que assegura, não somente a vida e a totalidade do corpo humano, como também, tutela à totalidade do corpo do cadáver (AMARAL, 2006, p.263).

Neste mesmo sentido, menciona Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2006, p. 34):

O bem jurídico integridade física representa a projeção do princípio da dignidade da pessoa humana sobre o corpo do sujeito e no próprio texto constitucional, pode ser verificadas regras que vedam a prática da tortura, o tratamento desumano ou degradante, a aplicação de penas cruéis.

Já é sabido que a vida humana reclama de “especialíssima proteção, impondo a repulsa contra todo e qualquer risco a degradação ou destruição a sua integridade” (FARIAS; ROSENVALD, 2006, p.118), desde que um conjunto de homens, racionalmente, impôs limites ao Estado e aos outros homens através da elaboração de normas que resguardassem os direitos do cidadão, que “pré-existiam à ordem jurídica” (TEPEDINO, 2004, p.33).

Assim, o indivíduo que desrespeita a integridade física de outrem, desrespeita a norma constitucional, em consequência comete crime por lesão corporal onde há “qualquer alteração desfavorável produzida no organismo de outrem, anatômica ou funcional, local ou generalizada de natureza física (...) seja qual for o meio empregado para produzi-la” (MIRABETTE, 2001, p.105).

Para que o consentimento atue de maneira justificante, é imprescindível que o indivíduo possua capacidade jurídica e mental para assentir, (BRAGA CALHAU, 2003, p. 81), ou seja, a anuência deve ser fruto de uma vontade juridicamente válida e o bem jurídico deve enquadrar-se na esfera de disponibilidade da vítima.

Destaque-se, ainda, a importância de não haver razões de ordem pública que inviabilizem o consentimento emitido.

Entende-se que “o consentimento do titular de um bem jurídico disponível afasta a contrariedade à norma jurídica, ainda que eventualmente a conduta consentida venha a se adequar a um modelo abstrato de proibição”. Em outras palavras: não obstante estejamos diante de uma conduta típica, que perfeitamente se amolda à previsão do texto legal, na hipótese em comento resta afastada a antijuridicidade, pelo que se exclui, naturalmente, o caráter criminoso do ato. Inúmeras são as divergências doutrinárias no que respeita à disponibilidade dos bens jurídicos (BITTENCOURT, 2011, p. 363).

Embora determinados autores, a exemplo de Heleno Fragoso (1995, p. 193), elenquem de forma apriorística o rol dos bens disponíveis e indisponíveis, mostra-se preferível a realização de uma análise casuística, capaz de levar em consideração as peculiaridades do caso concreto e o contexto social. Nesse sentido, o posicionamento esposado por Nucci (2010, p. 244): “somente a evolução dos costumes e dos valores na sociedade poderá melhor acertar e indicar qual bem ou interesse ingressa na esfera de disponibilidade do lesado”.

A doação de órgãos, por seu turno, tem dupla possibilidade de justificativa no campo penal. Além de enquadrar-se num exercício regular de direito, está resguardada pela possibilidade de se expressar o consentimento, elemento que, em última instância, decorre também da existência de previsão legal. A Lei nº9.434/97 dispõe sobre a possibilidade de pessoa viva doar órgãos, tecidos e outras substâncias, desde que desprovida de fins econômicos, e, portanto, consagra a faculdade de se consentir para a realização de uma lesão grave ou gravíssima, albergada pelo Ordenamento. Para as intervenções cirúrgicas supra desprovidas de caráter curativo, exige-se que o médico forneça informações exaustivas quanto aos procedimentos a serem realizados, sob pena de restar comprometida a validade do consentimento. A ciência do paciente quanto à natureza e ao alcance da intervenção é, pois, pressuposto para que ele possa anuir de forma válida, em consonância com o Ordenamento Jurídico vigente. Em não havendo o referido consentimento, exclui-se o caráter criminoso tão somente dos procedimentos realizados em caráter emergencial, acobertados pelo estado de necessidade justificante (PRADO, 2007, p. 414).

A integridade física pode ser reduzida pela separação de parte ou partes do corpo. Uma vez separados do corpo humano, tornam-se *res* (coisas) cujo sujeito é o titular do corpo do qual as partes foram destacadas. Após a inserção da parte separada do corpo em outro indivíduo, por meio do procedimento da transplantação, deixa de ser *res* e passa, imediatamente, a integrar a personalidade humana do receptor do órgão, tecido ou parte separada. A personalidade humana extingue-se com a morte, como dispõe o artigo 6º do Código Civil. A inserção do direito ao cadáver entre os da personalidade se dá pelo fato do cadáver ser um prolongamento do direito ao corpo vivo (BRASIL, 2002).

Outra questão importante que permeia o estudo dos transplantes de órgãos é a autonomia privada. De acordo com Orlando Gomes (2008, p. 239), autonomia privada seria um gênero definido como o “poder atribuído ao particular de partejar, por sua vontade, relações jurídicas concretas, admitidas e reguladas, *in abstracto*, na lei”, do qual se destacariam dois aspectos: 1º- o poder atribuído à vontade na criação, modificação e extinção das relações jurídicas; 2º- o poder dessa vontade referido ao uso, gozo e disposição dos direitos subjetivos e dos poderes e faculdades das pessoas. O primeiro aspecto é conhecido como autonomia da vontade e situa-se na seara do negócio jurídico; o segundo, por seu turno, tem relação com o exercício de direitos.

A autonomia privada incide, em determinadas situações, nos direitos da personalidade: alguns desses direitos têm sua indisponibilidade relativizada e, por isso, são passíveis de serem objeto de negócios jurídicos. No campo doutrinário, há a teoria da autonomia privada que se contrapõe à teoria da autonomia da vontade. A teoria da autonomia da vontade defende a onipotência da vontade, negando limitações para o seu exercício. A teoria da autonomia privada, por sua vez, considera que somente o consenso restringido pelas imposições legais é que seria capaz de gerar direitos e deveres. Para os fins desse estudo, o conceito utilizado de autonomia privada é o que a qualifica como o poder que os particulares têm de regular seus próprios interesses segundo o ordenamento jurídico, de acordo com o que foi exposto acima (GOMES, 2008, p. 241).

A autonomia privada sofre algumas limitações. Segundo Borges (2007, p. 56), as “fronteiras da autonomia privada são postas numa faixa cinzenta cujo objetivo é equilibrar, de um lado, o interesse do indivíduo e, de outro, o interesse dos

demais indivíduos.” As fronteiras da autonomia privada são ditadas pela lei, pela ordem pública, pela moral, pelos bons costumes e também pela boa-fé.

Há a possibilidade de realização de negócios jurídicos envolvendo os direitos ao próprio corpo, ao cadáver, a partes separadas do corpo, como órgãos e tecidos. Esses direitos são relativamente disponíveis. Entende-se por disposição a entrada do objeto em circulação jurídica, e não significa, necessariamente, remuneração. Por isso, o ato de disposição não se confunde com o ato de alienação, que pressupõe onerosidade. Os negócios jurídicos que envolvam bens da personalidade são de caráter não patrimonial, pois a autonomia privada incide em negócios jurídicos de caráter patrimonial ou não patrimonial, desde que não haja restrição em lei. A disposição do próprio corpo pode ser de pessoa viva e *post mortem*. A disposição do corpo humano vivo consiste na doação de órgãos feita por pessoa capaz nos termos da legislação civil. A disposição *post mortem* do próprio corpo é a retirada de órgãos ou parte do corpo de um cadáver. De acordo com Francisco Amaral (2006, p. 246), essa disposição tem eficácia somente após a morte do doador.

Neste sentido, integridade física é um direito individual, conforme afirma Fabriz (2003, p. 274 – 275), “o que está em jogo é o ser em sua individualidade, que não pode ser atingida, sob pena de atingir e macular a sua própria essência. A consciência deve ser preservada, em decorrência do direito à intimidade”.

Questiona Silva (2002, p. 199):

Se a integridade é um direito individual, surge a questão de saber se é lícito ao indivíduo alienar membros ou órgãos de seu corpo. O problema é delicado. Se essa alienação, onerosa ou gratuita, se faz para extração após a morte do alienante, não parece que caiba qualquer objeção. É que em tal caso, não ocorre ofensa à vida, que já inexistirá.

O consentimento é um pressuposto de licitude quando se tratar de qualquer atividade que atinja a integridade física do ser humano, sendo ele livre e espontâneo e não podendo haver qualquer forma de coação.

### **3 A POSSIBILIDADE DE DISPOSIÇÃO DO PRÓPRIO CORPO E A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS NO ESTADO DE SANTA CATARINA**

Para o Ministério da Saúde (2008) o transplante de órgãos, tecidos e células de origem humana é uma área da medicina em forte expansão que proporciona grandes possibilidades terapêuticas, sendo cada vez maior o número de doentes que dele beneficia. O Ministério da saúde explana que é reconhecido um doador efetivo, a central de transplantes é comunicada, pois apenas ela tem acesso aos cadastros técnicos com informações de quem está na fila esperando um órgão (BRASIL, 2008).

#### **3.1 DOAÇÃO DE ÓRGÃOS NO ESTADO DE SANTA CATARINA**

Foi divulgado recentemente, através de estudos realizados por pesquisadores da Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos, que os transplantes trazem ao mesmo tempo alegria e tristeza, embora tenha aumentado a lista de doadores (BRASIL, 2008).

Segundo o Ministério da Saúde (2008), a maioria dos procedimentos feitos no Brasil, são realizados pelo SUS, de forma gratuita. A secretaria do Estado de Saúde de Santa Catarina (2008) ressalta que: A doação de órgãos, apesar de ser a única possibilidade para a realização do transplante, não tem a visibilidade e investimento institucional para mudar as baixas taxas de doadores falecidos, os quais no Brasil, em 2008, foram cerca de seis doadores por milhão de habitantes ano, enquanto a Espanha tem 35,5 doadores/ano. Ao analisar os tipos de transplantes estudados, percebeu-se que a maioria se referiu aos renais e hepáticos, ambos com valor igual a 31%. Esses dados vieram de encontro ao número de transplantes realizados no Brasil. Em 2008, dos 4718 transplantes de órgãos, 3154 (66,8%) foram renais isolados e 1110 (23,5%) hepáticos. E ainda, os transplantes renais foram os primeiros realizados neste país, em meados da década de 1960 (BRASIL, 2008).

A Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos e Tecidos de Santa Catarina (CNCDO/SC), foi criada pelo Decreto Estadual nº 553 de 21 de setembro de 1999, por força da Lei nº 9.434/97 e Decreto 2.268/97, como unidade

integrante da estrutura administrativa da Secretaria de Estado da Saúde. Atualmente, a CNCDO/SC está inserida na Gerência da SC Transplantes, sendo esta um órgão da estrutura da Secretaria de Estado da Saúde, responsável pela coordenação operacional da Política Estadual de Captação e Transplantes de Órgãos e Tecidos no Estado de Santa Catarina. Está vinculada diretamente à Diretoria de Serviços Especializados, da Superintendência da Rede de Serviços Próprios, aprovada na reforma administrativa, Lei complementar nº 284 de 28 de fevereiro de 2005 (BRASIL, 2005).

A dinâmica doação-transplante é um processo complexo e deve ser desenvolvido dentro de apropriado suporte legal. Há uma detalhada legislação federal que trata da captação e transplante de órgãos e tecidos no Brasil. As leis, decretos, portarias e normas acerca deste tema, são adotadas pela Gerência do SC Transplantes da Secretaria de Estado da Saúde de Santa Catarina (BRASIL, 2005).

Muitos países que promulgaram suas leis de transplante definiram sua posição em relação a diferentes aspectos legais como a permissão para a realização de transplantes com doador cadáver; critérios que devem ser cumpridos para o diagnóstico de Morte Encefálica; forma de consentimento para a doação de órgãos; forma de credenciamento para os estabelecimentos e para os profissionais; registro dos dados dos doadores e dos receptores; confidencialidade dos dados; critérios médicos na distribuição dos órgãos entre os pacientes em lista de espera; proibição de comércio de órgãos e tecidos; permissão do transplante utilizando doador vivo; restrição ao transplante empregando doador vivo não aparentado; penalidades às infrações (BRASIL, 2005).

Estes aspectos legais são coerentes aos princípios básicos publicados pelo Conselho Europeu em 1978, bem como com a Resolução promulgada pela Organização Mundial de Saúde, em 1991, e com a orientação de diversas sociedades científicas, dentre as quais a Sociedade Internacional de Transplante, a Associação Médica Mundial e a Sociedade Européia de Transplante de Órgãos (BRASIL, 1991).

Conforme matéria publica no Jornal Hoje (SC, 2014), pela sétima vez em oito anos, Santa Catarina foi líder nacional em número de doações de órgãos e tecidos. Em 2013, a SC Transplantes beneficiou 1.175 pessoas, tendo 26,8 doadores por milhão de população, enquanto a média nacional ficou em 13,3. "Em 2013, tivemos doações de órgãos e tecidos em 47 hospitais, localizados em 25

municípios catarinenses. Em cada unidade temos profissionais da Secretaria de Estado da Saúde aptos a identificar os possíveis doadores, fazer o primeiro contato e realizar entrevista com os familiares, além de auxiliar em todo o processo da doação de órgãos”, explica Joel Andrade, coordenador da SC Transplantes, enfatizando que a decisão de doar o órgão é da família (ANDRADE, 2014).

Hoje, Santa Catarina conta com a SC Transplantes, que é uma Central de Notificação, três organizações de procura de órgãos, além de 36 comissões hospitalares de transplantes. Andrade lembra que o tecido que mais vezes foi transplantado foi a córnea, com 504 procedimentos, enquanto o rim foi o órgão mais transplantado, com 268 procedimentos (ANDRADE, 2014).

Para que o processo de transplante de órgãos e tecidos em SC funcione cada vez melhor, os profissionais do Estado receberam capacitação de 12 cursos regionais e dois estaduais no ano passado. Os treinamentos referem-se à atuação em situações junto aos familiares do paciente, ao processo de comunicação dos óbitos aos familiares do paciente, como proceder nas entrevistas para a doação de órgãos e tecidos e doação e captação de tecido ocular para transplante (ANDRADE, 2014).

Em outra matéria publicada no Jornal Diário Catarinense (2013), Santa Catarina é líder no ranking brasileiro, com registro de 26,4 doadores por milhão de habitantes e tem a segunda menor lista de espera para transplantes renal por milhão de habitantes, sendo o quinto Estado brasileiro que mais faz transplantes por população.

Em matéria publicada com o título “Doação de órgãos e o sentimento de posse”, da revista Êxito em sua edição de número 60 (2014), destaca que notícias recentes apontam que o Estado de Santa Catarina vem liderando o ranking nacional de transplantes. Esta condição demonstra que a sociedade catarinense tem uma compreensão positiva em relação à doação e transplante de órgãos. Tal atitude pode se emoldurada pela condição saudável própria de pessoas que sabem administrar o sentimento de posse.

Declarar-se doador de órgãos, ou seja, autorizar familiares a concretizar este gesto, constitui-se de um ato que vai além de uma questão de cidadania e responsabilidade social. Ela é uma sábia aceitação do conceito cristão de que o ser humano não é dono do seu corpo e da sua vida, mas apenas os administra por algum tempo. [...] Uma adequada compreensão destas afirmações bíblicas permite dizer que viver de maneira saudável e não cultivar sentimentos de posse é também exercer a capacidade de “doar” não só o que se tem, mas até mesmo aquilo que se administra –

neste caso autorizar a doação de órgãos para que a vida se multiplique. Declarar-se doador de órgãos é uma maneira inteligente de superar a simpatia daquele que vê com bons olhos os progressos da medicina e da ciência e agir com a empatia de quem é capaz de perceber o mundo e os sentimentos do outro (ALBERTON, 2014, p. 33).

Mas ainda são necessários esclarecimentos sobre doação de órgãos, pois existem pessoas que temem irregularidades, quanto a seriedade dos serviços, bem como, a preocupação dos familiares com a certeza da morte. Para que o transplante aconteça com sucesso, é preciso que a família autorize imediatamente a doação de órgãos de pessoas falecidas, assim, todos os interessados em doar seus órgãos, devem deixar a família avisada, ou preparar documento confirmando sua vontade em doar seus órgãos (ALBERTON, 2014, p. 33).

Através de técnicas avançadas de transplantes, tornou-se possível a substituição de órgãos ou tecidos acometidos por doenças ou comprometidos pelo tempo. Devido a integridade física ser um direito inerente à pessoa, não se aceita que o doador comprometa sua integridade de forma permanente. Por integridade física, abrange o direito ao corpo e nele incluindo os seus tecidos, órgãos e partes separáveis, e o direito ao cadáver. Nota-se que assegura, não somente a vida e a totalidade do corpo humano, como também, tutela à totalidade do corpo do cadáver. (AMARAL, 2006, p.263).

Neste mesmo sentido, menciona Gama (2006, p. 34):

O bem jurídico integridade física representa a projeção do princípio da dignidade da pessoa humana sobre o corpo do sujeito e no próprio texto constitucional, pode ser verificada regras que vedam a prática da tortura, o tratamento desumano ou degradante, a aplicação de penas cruéis.

Pelo ponto de vista moral, ético e jurídico, a doação de órgãos duplos ou regeneráveis é exceção justificável, já a disposição de outras partes do corpo como óvulo, sêmen e sangue não oferecem riscos de lesão ao doador, devendo ser gratuitos. A Associação Brasileira de Transplantes e Órgãos define transplante como um procedimento cirúrgico que consiste na reposição de um órgão ou tecido de uma pessoa doente, que é o receptor, por outro órgão normal de um doador, morto ou vivo. Conforme esclarece Santos (1992, p.140):

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 tenham perdido total ou sensivelmente sua função. A natureza desse tipo de intervenção curativa, sempre que existia a indicação terapêutica e se aplique a técnica adequada ao caso.

A Lei 9.434 de 4 de fevereiro de 1997 funda-se no contexto de que a adoção é o dominado sentido altruísta, ou seja, a vontade humana de ajudar ao próximo, classificando a doação como pura, uma vez que não existe troca de qualquer natureza. Essa disposição segue o que determina a Constituição Federal de 1988, no artigo 199, parágrafo 4º onde diz 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”. A doação de órgãos pode ocorrer em vida ou após a morte do doador com autorização expressa para a concretização da doação. A família pode, seguindo os ritos da lei, manifestar em nome do parente morto tal vontade (BRASIL, 1997).

Desde a doação de um órgão, até que esse seja transplantado, estão incutidos alguns direitos fundamentais pertinentes ao doador e ao receptor, como o direito à vida, a formação dos direitos de personalidade, a integridade física e o direito ao próprio corpo, a liberdade de consciência e o poder de disposição do próprio corpo. Essencial ao ser humano, o direito à vida, condiciona dos demais direitos de personalidade (BRASIL, 2002). A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, caput, assegura a inviolabilidade do direito à vida, ou seja, a integridade existencial, assim, a vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção da formação da pessoa (BRASIL, 1988).

A lei permite a doação inter-vivos para fins de transplante quando se tratar de órgãos duplos, partes de órgãos, tecidos e partes do corpo, desde que respeite a integridade física do doador. O consentimento deve ser livre e espontâneo, não podendo haver qualquer forma de coação. O direito fundamental ao próprio corpo está diretamente relacionado à noção dos direitos de personalidade (BRASIL, 2002).

Quando se tratar do consentimento para a doação de órgãos e/ou tecidos, a liberdade de consciência do doador e o poder de disposição do seu próprio corpo, devem ter prioridade sob qualquer decisão de seus familiares. O transplante é um tipo de terapia em que o sucesso, na maioria das vezes, depende mais dos outros do que da vontade do doente e dos médicos, pois sem um doador, não há possibilidade de realização de um transplante. Tem-se por regra que a doação de órgãos e tecidos ocorre após a morte encefálica do doador (DINIZ, 2007, p. 130).

Os transplantes refletem importantes questões éticas em torno da experimentação do corpo humano, das próprias decisões políticas em matéria de saúde, e num campo mais vasto nos coloca questões fundamentais em torno do princípio da dignidade humana (DINIZ, 2007, p. 131).

O aspecto dos direitos da personalidade no que se refere à integridade física, abrange o direito ao corpo e nele incluindo os seus tecidos, órgãos e partes separáveis, e o direito ao cadáver (AMARAL, 2006, p. 263), percebe-se que assegura não só a vida e a totalidade do corpo humano, mas também tutela à totalidade do corpo do cadáver.

A doação do corpo ou parte dele fere diretamente ao princípio da indisponibilidade, porém, por questões éticas, políticas e até mesmo jurídicas, são admitidos disposições gratuita de partes do corpo humano, vivo ou morto, se não causar prejuízo ao titular e tendo em vista um fim terapêutico, altruístico ou científico (FARIAS, 2006, p. 119).

São duas modalidades de disposições de órgãos ou do corpo, em vida ou *post-mortem*. A doação em vida pode ser feita livremente pelo titular, por decisão exclusivamente sua (FARIAS, 2006, p. 119). A disposição não é permitida para qualquer fim e para qualquer pessoa que queira realizar doação. Segundo Francisco Amaral, é legal a doação realizada somente por pessoa juridicamente capaz, de forma gratuita, para fins terapêuticos ou de transplantes. Em caso de morte a retirada do tecido, órgão ou parte do corpo humano, deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada na forma da lei (AMARAL, 2006, p. 264).

### 3.2 MORTE ENCEFÁLICA

Com o avanço no campo dos transplantes de órgãos, a determinação de morte com base em critérios cardiorrespiratórios foi afetada. Nos anos de 1960, a parada cardíaca era necessária para atestar a morte e permitir a subsequente obtenção de órgãos. Mas essa limitação restringia as oportunidades do sucesso dos transplantes, pois os órgãos precisavam ser rapidamente coletados e transplantados (DINIZ, 2001, p. 266).

A noção comum de morte tem sido a ocorrência de parada cardíaca prolongada e a ausência de respiração, ou seja, a cessação total e permanente das

funções vitais, mas para efeito de transplante, tem a lei, considerado a morte encefálica, mesmo que os demais órgãos estejam em pleno funcionamento, ainda que ativados por drogas (DINIZ, 2001, p. 267).

A comunidade médica necessitava de uma definição confiável de morte para que os tecidos do cadáver pudessem ser doados de forma ética antes que iniciasse a deterioração que acompanha a interrupção da circulação e respiração. A partir dessas considerações, começou-se a discutir sobre a questão da definição de morte. Desde então, a morte encefálica se tornou um conceito bem reconhecido. De acordo com a Comissão para os Estudos dos Problemas Éticos na Pesquisa Comportamental Médica e Biomédica, morte encefálica é um quadro clínico num paciente portador de doença estrutural ou metabólica conhecida, de caráter completa e indubitavelmente irreversível, expressando falência total de todas as funções de todo o encéfalo, inclusive tronco encefálico.

[...] o critério para o diagnóstico de morte cerebral é a cessação irreversível de todas as funções do encéfalo, incluindo o tronco encefálico, onde se situam estruturas responsáveis pela manutenção dos processos vitais autônomos, como a pressão arterial e a função respiratória (SÁ, 2003, p. 57).

Certos pontos no diagnóstico da morte cerebral devem ser enfatizados. Os dados clínicos a que se refere a Resolução CFM n. 1.480/97 dizem respeito à definição da causa do coma, excluindo-se, obrigatoriamente, a hipotermia e o uso de drogas depressoras do sistema nervoso central (SÁ, 2003, p. 57).

Sinteticamente, os critérios para o diagnóstico de morte cerebral são os seguintes: I – Em primeiro lugar, verifica-se a história de doença catastrófica – doença estrutural conhecida, ou seja, tumores, infecções, acidentes vasculares cerebrais, ou causa metabólica sistêmica irreversível, como a hipoglicemia, uremia, coma hepático, etc. II – Seis horas de observação da ausência de função cerebral são suficientes em caso de causa estrutural conhecida, quando nenhuma droga ou álcool esteja envolvido na etiologia do tratamento. Caso contrário, doze horas, mais investigação negativa de drogas são necessárias. III – Ausência de função cerebral e do tronco encefálico: nenhuma resposta comportamental ou reflexa a estímulos nocivos, na localidade entre a coluna e o crânio; pupilas fixas; ausência de resposta oculovestibular ao teste térmico com água gelada, que é procedido injetando-a no ouvido para a verificação de movimentos oculares; apnéia, que significa a falta de resposta respiratória durante oxigenação por dez minutos (SÁ, 2003, p. 57 – 58).

Também existem outros critérios que podem ser realizados, mas que são opcionais. É que há consenso na literatura mundial quanto a suficiência do exame clínico. Os critérios de ordem gráfica são válidos mais para salvaguardar a posição do médico do que propriamente diagnosticar o paciente. São eles: o eletro

encefalograma isoeletrico, feito por trinta minutos, utilizando-se a ampliação máxima do aparelho, e que não mostre qualquer atividade de origem cerebral e o exame angiográfico, que mostre a circulação sanguínea (SÁ, 2003, p. 58).

O Decreto n. 2.268, de 30 de junho de 1997, que regulamente a Lei em exame, determina, por intermédio do § 1º, do art. 16, que, dos dois médicos que comprovarem a morte encefálica do paciente, ao menos um seja especialista em neurologia, com título reconhecido no País, e todos os prontuários médicos contendo o resultado e os laudos dos exames, devem ser mantidos nos arquivos das instituições credenciadas, por um período mínimo de cinco anos (SÁ, 2003, p. 59).

Após o diagnóstico de morte encefálica, o médico deve informar a Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos do Estado. Cada estado da federação tem uma Central que coordena a captação e alocação de órgãos, baseada na fila única, estadual ou regional. Essa notificação é compulsória, independente do desejo familiar de doação ou da condição clínica do potencial doador de converter-se em doador efetivo. Em seguida a família deve ser consultada e orientada sobre o processo de doação de órgãos. A Lei de Transplante definiu como critério, a morte encefálica, estabelecendo que o Conselho Federal de Medicina é quem determinará qual são os critérios para a caracterização da morte (SÁ, 2003, p. 60).

### 3.2.1 Consentimento livre e esclarecido

O consentimento esclarecido trata-se da manifestação da essência do princípio da autonomia, ou seja, do poder da pessoa de tomar decisões que afetem sua vida, desde sua integridade físico-química até suas relações sociais. O consentimento livre e esclarecido deve ser recolhido anteriormente à realização de todo procedimento de natureza física ou química sobre o organismo humano, devendo ser livre, voluntário, consciente, não comportando vícios e erros (CLOTET, 2000, p. 09).

O Consentimento livre e esclarecido trata-se de uma decisão voluntária, realizada por pessoa autônoma e capaz, após um processo informativo e deliberativo, visando à aceitação de um tratamento específico ou experimentação,

sabendo da natureza do mesmo, das suas conseqüências e dos seus riscos (CLOTET, 2000, p. 09).

O esclarecimento deve ser feito ao paciente, da maneira mais singela possível, para que este possa compreender seu problema de saúde. Posteriormente, munido de tais informações poderá o paciente, livre e conscientemente, decidir sobre a submissão ou não a determinado tratamento médico. O consentimento do paciente deve ser isento de pressões. A forma da informação é livre, pode ser escrita ou verbal; mas, recomenda-se que seja por escrito. Principalmente, nos tratamentos mais complexos, haja vista que exime o médico de responsabilidade, pois conterà todas as informações prestadas quanto aos riscos, benefícios, alternativas e outras informações imprescindíveis (RODRIGUES, 2001, p. 246 – 247).

O consentimento pode ser revogado, a qualquer momento. Inclusive, pode o paciente revogar apenas, parcialmente, o consentimento. Nestes casos, o médico deve respeitar a decisão do paciente e se abster de prosseguir o tratamento (PIERANGELI, 1995, p. 203).

Outra característica do consentimento é que ele pode ser parcial. A permissão, por exemplo, pode ser apenas para que seja feito o diagnóstico, não podendo, assim, o médico aproveitar-se da situação delicada do paciente para realizar uma cirurgia ou qualquer outro procedimento a que não estava autorizado. O paciente, em virtude do princípio da autonomia que fundamenta o consentimento informado, via de regra, tem o direito de não se submeter a tratamento médico, quando não é de sua vontade, seja por motivos profissionais, religiosos, entre outros. O médico, quando sabedor da recusa à submissão a tratamento cirúrgico ou terapêutico por parte do paciente, tem o dever de apresentar tratamentos alternativos. Se, mesmo assim, a decisão do paciente for irreversível, cabe ao médico apenas respeitar tal decisão, por mais irresponsável que lhe pareça, salvo, é evidente, se houver risco iminente de morte, se for o caso de tratamento compulsório ou privilégio terapêutico, sendo necessário frisar que o consentimento autorizando o tratamento cirúrgico ou terapêutico deverá ser obtido pelo médico (PIERANGELI, 1995, p. 204).

É composto por competência ou capacidade, informação e consentimento. O indivíduo deve ter capacidade para entender e decidir, voluntariedade na decisão; deve receber informações sobre os riscos e benefícios e precisa compreender tudo

o que está sendo explicado. Deve haver consentimento de fato, sendo a proposta registrada por meio de autorização por escrito. Asseveram Joaquim Clotet, José Roberto Goldim e Carlos Fernando Francisconi (2000, p. 71), que:

[...] o componente de consentimento baseia-se na autonomia. A autodeterminação é uma condição necessária ao Consentimento Informado, cuja validade moral e legal depende da capacidade do indivíduo. Esta capacidade de decisão autônoma individual, além das características de desenvolvimento psicológico, se baseia em diversas habilidades, entre as quais o envolvimento com o assunto, a compreensão das alternativas e a possibilidade de comunicação de uma preferência, que nos remete a outro componente que é o da informação.

O consentimento não pressupõe imutabilidade e permanência podendo ser revogado a qualquer instante por decisão voluntária, livre, consciente e esclarecida, sem que sejam imputadas sanções morais ou legais ao paciente.

Faria (1995, p. 229), comenta que não se trata de presumir um consentimento por parte de quem não se opôs, mas, a limitação ao direito de autodeterminação, feita pela solução de oposição, faz-se com base na ausência de um interesse suficientemente forte que, justifique, perante a necessidade de obter órgãos para salvar vidas humanas, a sua proteção.

A solução de oposição encontra-se justificada no reconhecimento de que a doação de órgãos é um dever de solidariedade social. Quem não concorda com a extração de órgãos, por ser incompatível com seus sentimentos e convicções, deve tomar uma posição ativa, opondo-se à recolha. Se esta oposição não foi manifestada, presume-se o consentimento do doador (FARIA, 1995, p. 229).

Em situações de emergência, se aceita a noção da existência de consentimento presumido ou implícito, o qual supõe que a pessoa estivesse de posse de sua autonomia e capacidade, seria favorável à intervenção na tentativa de resolver causas ou conseqüências de suas condições de saúde. No que tange à doação de órgãos, o consentimento livre e esclarecido torna-se ainda mais fundamental. Ao defender, do ponto de vista ético, a autonomia do paciente na decisão de doar órgãos, é preciso que se tenha certeza que o indivíduo consentiu de maneira esclarecida (FARIA, 1995, p. 230).

Quanto ao consentimento do doador, a atual legislação já sofreu várias mudanças. Inicialmente, a Lei 9.434/97, adotou o sistema de consentimento presumido ou de não-oposição, dessa forma tal fato afastava qualquer possibilidade de oposição ou de autorização por parte dos familiares, nas disposições cadavéricas. Assim, conseqüentemente, todos os cidadãos identificados teriam seus

tecidos, órgãos e partes do corpo extraído *post mortem* a fim de tratamento ou serem transplantados, sem que constasse qualquer manifestação contrária à vontade de doação. WALD (1997, p. 31), se manifestou comentando à Lei: “Os direitos da personalidade têm proteção constitucional e legal e caracterização que lhes dão tanto os Tribunais como os doutrinadores, referindo-se à sua indisponibilidade e, em particular, à indisponibilidade do corpo humano”. Segundo o autor, toda tradição jurídica é contrária à presunção de doação, exigindo-se forma escrita.

Na opinião de WALD (1997, p. 32):

“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”.

Sobre a opinião das entidades médicas, BANDEIRA (2001, p. 63), afirma que a doação presumida não está de acordo com os costumes do país, pois de nada adianta aumentar o número de doadores, se a infra-estrutura dos hospitais brasileiros não comporta este aumento. Devido as manifestações contrárias, o sistema foi modificado de consentimento presumido para consentimento informado, ficando legitimado para concordar ou discordar, o cônjuge sobrevivente ou o parente consanguíneo mais próximo, titular dos direitos de personalidade do *de cujus* sobre o corpo (BANDEIRA, 2001, p. 63).

### 3.2.2 Consentimento *post mortem* e entre vivos

Através da Medida Provisória 1.959/97, em 24 de outubro de 2000, mudou substancialmente a forma de consentimento *post mortem*, determinando que somente através da autorização da família ou do cônjuge, será permitida a doação de órgãos de pessoas falecidas. A Medida Provisória revogou os parágrafos 1º e 5º do artigo 4º da Lei 9.434/97, que permitia a pessoa manifestar-se em vida a vontade relativa à retirada de órgãos *post mortem*. Dessa forma, apenas a manifestação do familiar que prevalecerá, permitindo que haja uma transmissibilidade de um direito personalíssimo, em razão do sentimento que liga o falecido à família (BRASIL, 1940).

A certeza da morte é imprescindível em matéria de transplante de órgãos e tecidos *post mortem*, a determinação da morte representa um dos mais

importantes aspectos relativos aos transplantes de órgãos e tecidos do cadáver, cabe ao médico atestá-la com seriedade, caso contrário, comete crime de falsidade de atestado médico punível com pena de detenção, de um mês a um ano, o médico que, no exercício de sua profissão, atestado falso (art. 303 do Código Penal).

A Lei nº 9.434/97, em seu artigo 3º, estabeleceu que a retirada de órgãos ou tecidos só poderá ocorrer após o diagnóstico de morte encefálica constatada por dois médicos, utilizando-se os critérios definidos pela Resolução nº 1480/97 do Conselho Médico Federal.

A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina (BRASIL, 2008, p. 11).

Importante asseverar que a Lei nº 9.434/97 fala em morte encefálica e não em morte cerebral. Diferenciando dos institutos, leciona Ana Cláudia Pirajá Bandeira (1999, p. 75 – 76):

Com a morte do cérebro, continuam as funções vegetativas, em especial, a função cardiorrespiratória. Assim, o indivíduo sobrevive em condições vegetativas. Quando morre o encéfalo, cessam todas as atividades do cérebro e do sistema nervoso central, atingindo a estrutura encefálica. Assim, o ser humano deixa de existir.

O sistema da irrelevância da vontade privada entende ser um direito do Estado se apropriar dos órgãos da pessoa após sua morte, não havendo que se preocupar com qualquer tipo de consentimento. Para a maioria dos doutrinadores tal sistema é inconstitucional. O transplante entre vivos também foi alterada, coibindo o comércio ilegal de partes do corpo humano e valorizando o sentido tradicional de solidariedade familiar, determinando que a doação em vida somente poderá ser permitida entre cônjuge ou consangüíneos até o quarto grau, ou em qualquer outra pessoa mediante autorização judicial (STEINER, 2004, p. 14).

O doador deve esclarecer em documento escrito, firmado por duas testemunhas, qual tecido, órgão ou parte do corpo está doando para transplante, indicando o receptor mediante qualificação completa. Em respeito à pessoa humana, o legislador estabelece limites às doações de órgãos entre pessoas vivas. Só será permitida a doação entre vivos quando se tratar de órgãos duplos, ou de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de viver sem risco para sua integridade, nem represente grave risco para a

integridade física, nem comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável (STEINER, 2004, p. 14).

Seguindo as idéias do sociólogo Steiner (2004, p. 15) e conjugando-as com os requisitos da doação, percebe-se, no que tange à doação post-mortem, quando não houver manifestação em vida do doador ocorrerá à doação por meio de deliberação da família. Essa deliberação é questionada, uma vez que não é o de cujus quem manifesta a vontade sobre seu corpo, e sim um familiar.

Percebemos que a ausência da manifestação da vontade demarca a inexistência de doação, o que se insere nos elementos essenciais da doação. Em um primeiro momento é esse o sentido que encontramos para a doação post-mortem que se configura sem a manifestação em vida do doador. Steiner (2004, p. 02) em seu texto utiliza-se da expressão “doador” referindo-se à família e doador referindo-se ao de cujus, uma vez que entende que quem realmente realiza a doação é um familiar, utilizando-se de sua vontade própria e dispondo do corpo do de cujus, desacreditando, assim, na presunção da doação. A doação não pode estar presumida na doação de órgãos e, se há doação, é preciso caracterizá-la de forma precisa (STEINER, 2004, p. 24).

O artigo 9º, § 3º, da Lei nº 9.434/9720, traz os critérios para a doação de órgãos (doação) em vida: a) órgãos duplos ou regeneráveis (pulmão, rim, fígado ou pâncreas); b) a retirada do órgão não diminua a capacidade do doador, nem coloque sua vida em risco ou cause mutilação inaceitável; c) necessidade terapêutica da riscos; os exames laboratoriais, caso sejam efetuados; o registro e a proteção dos dados relativos ao doador, o sigilo médico, o objetivo terapêutico e os benefícios potenciais, bem como informação sobre as salvaguardas aplicáveis destinadas a proteger o doador (BRASIL, 1997).

Neste sentido, torna-se evidente que o transplante com doador vivo só ocorrerá com órgãos duplos ou regeneráveis em virtude de que a extirpação do órgão doado não poderá comprometer a capacidade do doador, ou lhe deixar qualquer seqüela permanente. Justamente por isso, não é possível a doação em vida de uma córnea. A doação deverá atender a necessidade terapêutica da pessoa receptora, ou seja, o receptor do órgão realmente deve precisar do mesmo, não havendo outro meio eficaz de tratamento (BRASIL, 1997).

A gratuidade do ato de disposição leva em conta que o ato de doar é manifestação de vontade gratuita, não podendo o doador exigir qualquer tipo de

retribuição pecuniária. O artigo 199, § 4º, da Constituição Federal (BRASIL, 2013, p. 58) e o artigo 1º da Lei 9.434/97 (BRASIL, 2008, p. 10), deixam claro que é vedado qualquer tipo de comercialização.

Art. 199, § 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

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

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

No tocante ao direito a ser devidamente informado, a Lei nº 9.434/97 apenas menciona a necessidade de informar o receptor dos riscos e benefícios do transplante. A Lei nº 10.211/01, que alterou e acrescentou alguns artigos, trouxe a necessidade de informar também a mulher grávida no que toca aos benefícios da doação de sangue do cordão umbilical e placentário (BRASIL, 2001).

Tais colocações realmente nos fazem questionar se é cabido o conceito de doação pura quando ocorre a presunção da manifestação da vontade. Para se determinar os questionamentos que surgem deve-se buscar no Direito brasileiro a legitimidade da família para tomar tal decisão. É no conceito de morte civil dado por Gomes (2006, p. 81), que encontramos a legitimidade da família para manifestar em nome de seu familiar falecido.

No contexto atual, no qual cintila a dignidade da pessoa humana, deve ser compreendida como uma metáfora que se designa a perda ou a impossibilidade jurídica de se exercer direitos por parte de quem tenha cometido certos atos. Apesar de a pessoa ficar impossibilitada de exercê-los, não perde sua personalidade para os demais atos da vida civil.

Através da explanação do autor, percebe-se que a morte traz somente o fim da pessoa e não de seus direitos. Consecutivamente, em prol da efetivação da dignidade da pessoa humana, são estendidos à família todos os atos que digam respeito ao de cujus. Neste sentido, os familiares, titulares do patrimônio do falecido, são legitimados para dispor quanto ao seu corpo visando preservar sua honra e dignidade. Não devendo ser a manifestação da vontade, nesse caso, interpretada como a deliberação do indivíduo e sim como a deliberação em prol do indivíduo (GOMES, 2006, p. 81).

A manifestação da vontade por parte dos familiares configura o elemento essencial da doação, pois a lei 9.434/97, ao ser alterada pela Medida Provisória

nº1.718 repassa aos familiares a faculdade de manifestar se concorda com a doação ou não. Uma vez possuidora de tal faculdade, a família do falecido é quem se torna parte na doação devendo se manifestar de forma livre, demonstrando a harmonia existente entre autonomia da vontade e *animus donandi* (BRASIL, 1997).

A doação post-mortem realizada por familiares do falecido, de acordo com os princípios e a legislação civil brasileira respeita a ordem pública, a moral e os costumes o que a faz legítima e eficaz. Retirar a característica de doação desse ato de liberalidade familiar é um grande risco, uma vez que poderá o transplante de órgão sofrer uma mercantilização, o que é manifestamente vetado pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Sobre a mercantilização dos transplantes leciona Junges (1999, p. 205):

Existem formas seculares de mercantilização desenvolvidas pela escravidão e a prostituição. O corpo do ser humano é instrumentalizado a serviço do trabalho forçado e do prazer sexual. Hoje, elas adquirem formas mais perversas, por que atingem o corpo ainda frágil das crianças como instrumento para o trabalho infantil e o turismo pedófilo. Essa mercantilização chega à sua máxima sofisticação quando se trata da compra e venda de partes do corpo humano.

Entende-se que se retirado o sentido altruísta teremos o corpo como mero objeto de satisfação de desejos, o que configura uma ofensa à dignidade da pessoa humana. Nesse passo a vontade manifestada pela família do *de cuius* configura um ato de doação pura, perfeito e acabado, possuindo como respaldo o princípio ético de defesa da vida que garante ao corpo humano um tratamento que respeita sua totalidade perante a sociedade e a ordem pública (JUNGES, 1999, p. 205).

### 3.3 ASPECTOS ÉTICOS DOS TRANSPLANTES

Hoje em dia quase todas as religiões admitem o transplante de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano, para fins de tratamento, porque todas têm em comum os princípios da solidariedade e do amor ao próximo, que caracterizam o ato de doar, deixando ao critério dos seguidores a decisão de serem doadores ou não (SANTOS, 1992, p. 235).

Para Barton & Barton (1999, p. 17), a ética está representada por um conjunto de normas que regulamentam o comportamento de um grupo particular de pessoas, como, por exemplo, advogados, médicos, psicólogos, psicanalistas etc.,

pois é comum que esses grupos tenham o seu próprio código de ética, normatizando as suas ações específicas.

Zuenir Ventura (1999, p. 7), falando sobre o “Renascimento da Ética”, apontou que:

Uma das descobertas positivas deste tumultuado fim de milênio é a consciência de que, sem princípios normativos, instaura-se o reino da entopia e do caos, a civilização dá lugar à barbárie. A ética não é, portanto, uma abstração acadêmica, mas uma das maneiras de ajudar a preservação não só das profissões, como da espécie.

Maria Celeste Cordeiro Leite Santos (1992, p. 233), define ética, em sentido restrito, como sendo “a ciência do dever moral”. Plácido e Silva (1996, p. 23), explica a origem do vocábulo, bem como o que se deve entender por ética profissional:

ÉTICA. Derivada do grego *éthikos*, é definida como a ciência da moral. Mas, na terminologia da técnica profissional, é o vocábulo usado, sob a expressão ética profissional, para indicar a soma de deveres, que estabelece norma de conduta do profissional no desempenho de suas atividades e em suas relações com o cliente e todas as demais pessoas com quem possa ter trato. Assim, estabelece a pauta de suas ações em todo e qualquer terreno, onde quer que venha a exercer suas profissões. Em regra, a ética profissional é fundada no complexo de normas, estabelecidas pelos usos e costumes. Mas, pode ser instituída pelos órgãos, a que se defere a autoridade para dirigir e fiscalizar a profissão.

O Papa João Paulo II, falando aos participantes do XVIII Congresso Internacional de Transplantes, em 29 de agosto de 2000, em Roma, enfatizou que “todo transplante de órgão origina-se de uma decisão de grande valor ético”. Não há como negar que o transplante de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, embora seja um problema eminentemente técnico, afeto às ciências médicas, traz questionamentos de ordem ética, que não se situam na intervenção cirúrgica considerada em si mesma, mas nos aspectos sociais e pessoais que circundam esse ato, tais como o consentimento prévio e esclarecido do doador e do receptor, o estabelecimento de critérios para a determinação da morte, a vedação de comercialização, dentre outros (BRASIL, 2000).

Diversas regras devem ser observadas no que tange aos transplantes de órgãos. O transplante como último recurso terapêutico é colocado segundo a Lei de Transplantes (Lei nº 9.434/97), em seu artigo 9º, § 3º, parte final, o transplante deve corresponder a uma necessidade terapêutica indispensável à pessoa receptora, ao paciente. O transplante, por se tratar de operação que oferece um risco muito acentuado para o paciente, constitui recurso de que poderá se valer o médico somente quando for a única alternativa para o paciente, ou seja, quando não houver

nenhuma outra possibilidade de tratamento. Esse método terapêutico não pode ser utilizado senão depois de esgotadas todas as alternativas viáveis de tratamento do paciente (BRASIL, 1997).

O desrespeito a essa regra é prejudicial para todos. Não coloca em risco somente o receptor, mas também o doador vivo, nesse caso com a agravante de que a remoção do órgão, tecido ou parte do seu corpo poderia ser evitada, caso outra técnica viável de tratamento fosse anteriormente aplicada, ao invés de recorrer-se de imediato ao transplante. Quanto ao doador cadáver, outra pessoa poderia ser beneficiada (BRASIL, 1997).

Outra regra é a necessidade de consentimento do doador e do receptor que legitima o ato médico, a necessidade da obtenção do consentimento, tanto do doador quanto do receptor. O Código de Ética Médica, nos artigos 46 e 48, veda ao médico efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal.

É vedado ao médico: Art. 46. Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo em iminente perigo de vida. Art. 48. Exercer sua atividade de maneira a limitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a sua pessoa ou seu bem-estar (BRASIL, 2010).

No que concerne ao transplante, a necessidade do consentimento informado do receptor consta no artigo 10, da lei 9.434/97. “Art. 10. O transplante ou enxerto só se fará com o consentimento expresso do receptor, após o aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento”. O consentimento deverá ser outorgado de forma expressa e por escrito (BRASIL, 2010).

Consentimento significa “manifestação de vontade, séria e definitiva, em virtude da qual a pessoa, concordando com os desejos de outrem, vinculam-se à obrigação ou obrigações, que servem de objeto ao ato jurídico ou ao contrato firmado entre elas”. (PLÁCIDO E SILVA, 1984, p. 520).

No Brasil, prevalece a decisão da família. O consentimento presumido, desde que não consignada à condição de não doador na carteira de identidade ou de motorista, que vigorava quando da publicação da Lei nº 9.434/97, não mais vigora. Ainda que dos referidos documentos conste a informação de que a pessoa é doadora, quando de sua morte, a família deve ser consultada. Nessa decisão, a família é soberana. Só existe a possibilidade de doação se na hora a família autorizar (BRASIL, 1997).

Esse consentimento deverá ser também informado, ou seja, o profissional responsável pela cirurgia de remoção deverá prestar ao doador, também de forma clara e compreensível, segundo a sua condição social, todas as informações acerca dos riscos do procedimento e das seqüelas que poderão advir. Esse requisito reveste-se de grande importância ética, constando expressamente do Código de Ética Médica. “É vedado ao médico: art. 73 – Deixar, em caso de transplante, de explicar ao doador ou seu responsável, e ao receptor, ou seu representante legal, em termos compreensíveis, os riscos dos exames, cirurgias ou outros procedimentos” (BRASIL, 2010).

Temos também a gratuidade do ato de disposição onde o artigo 199, § 4.º, da Constituição Federal veda a comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas. O artigo 16 da Lei de Transplante considera crime a realização de transplante utilizando tecidos, órgãos ou partes do corpo humano obtidos em desconformidade com a lei, prevendo pena de reclusão, de um a seis anos (BRASIL, 1997).

O corpo humano é considerado um bem fora do comércio ou fora do mercado. Esse é um princípio adotado na quase totalidade das nações. No entanto, o comércio ilegal de órgãos é uma realidade degradante e cada vez mais presente na realidade (BRASIL, 1997).

Volnei Garrafa (2005, p. 01), afirma que “o mercado de órgãos humanos constitui um dos aspectos mais acirrados e dramáticos na discussão da bioética mundial”, acrescentando que “o mercado de estruturas humanas é hoje uma realidade. Embora há alguns anos fosse ele mencionado somente em algumas obras de ficção literária ou cinematográfica, atualmente já alcança dimensões concretas e preocupantes no contexto mundial”.

A comercialização de órgãos humanos denota a completa ausência de padrões mínimos de conduta ético-jurídica exigida pela lei aos profissionais de saúde aos doadores e suas famílias, pois atenta contra a dignidade da pessoa humana. Tal prática deve ser rechaçada e reprimida, pois provoca conseqüências desastrosas, na medida em que desestimula as doações altruístas efetivadas por sentimento de solidariedade, princípio ético que deve prevalecer em matéria de transplante (GARRAFA, 2005, p. 02).

Não efetivar a remoção de órgãos e tecidos, no transplante post mortem, senão depois de constatada a morte encefálica, também é uma das regras que

devem ser observadas em relação aos transplantes. Para o Código Civil brasileiro, a morte é causa de extinção da personalidade jurídica, conforme regra estabelecida no artigo 6º. Com a morte, a pessoa humana deixa de ser sujeito ou titular de direitos. O corpo humano sem vida, passa à condição de objeto de direito. Entretanto, não se trata o cadáver de uma coisa qualquer, suscetível de sobre ele se exercerem direitos de natureza patrimonial, pois a doutrina dominante entende ter o cadáver a natureza jurídica de coisa fora do comércio, porque sua comerciabilidade ofenderia a dignidade humana (BRASIL, 2002).

Não se aguarda, nesse caso, a parada cardiorrespiratória, bastando a ocorrência do dano encefálico de natureza irreversível. Para salvar uma vida, precisa-se agir rapidamente sobre o cadáver-doador e manter seus órgãos em funcionamento até sua retirada para o transplante. Somente as córneas podem ser retiradas após a parada cardíaca. Assim, é preciso que os médicos atuem com cuidado para não precipitar a morte do doador, caso em que, além de grave violação da ética, caracterizaria o crime de homicídio (BRASIL, 1997).

No Brasil, o diagnóstico de morte encefálica deve ser feita de conformidade com a Resolução n.º 1.480/97, do Conselho Federal de Medicina. De acordo com essa Resolução, a morte encefálica será caracterizada mediante a realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias, cujos dados (clínicos e complementares), observados quando da caracterização da morte encefálica, deverão ser registrados em um termo denominado termo de declaração de morte encefálica. Preceitua a Resolução que a morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida (BRASIL, 1997).

Deve-se também ficar atento quanto a recomposição do corpo após a remoção dos órgãos, tecidos ou partes, no transplante post mortem. O cadáver deve ser condignamente recomposto e entregue aos parentes ou seus responsáveis legais para as últimas homenagens e sepultamento. Nesse sentido, preceitua o artigo 8º, da Lei nº 9.434/97. O artigo 21, do Decreto nº 2.268/97 detalha a regra, acrescentando que, após efetuada a retirada, o cadáver será condignamente recomposto, de modo a recuperar, tanto quanto possível, sua aparência anterior, com cobertura das regiões com ausência de pele e enchimento, com material adequado, das cavidades resultantes da ablação.

Art. 7. Parágrafo único. No caso de morte sem assistência médica, de óbito em decorrência de causa mal definida ou de outras situações nas quais houver indicação de verificação da causa médica da morte, a remoção de tecidos, órgãos ou partes de cadáver par afins de transplante ou terapêutica somente poderá ser realizada após a autorização do patologista do serviço de verificação de óbito responsável pela investigação e citada em relatório de necropsia.

Art. 8º. Após a retirada de tecidos, órgãos e partes, o cadáver será imediatamente necropsiado, se verificada a hipótese do parágrafo único do art. 7º, e, em qualquer caso, condignamente recomposto para ser entregue, em seguida, aos parentes do morto ou seus responsáveis legais para sepultamento (BRASIL, 2008, p. 12).

A intenção do legislador, ao impor essa obrigação aos médicos, foi de resguardar o respeito à dignidade humana, aos sentimentos dos familiares do morto, bem como o respeito ao sentimento vigente na sociedade de que merecem consideração os restos mortais humanos. A não observância da regra que determina a recomposição do cadáver constitui crime, punido com detenção de seis meses a dois anos, conforme artigo 19 da Lei de transplantes (BRASIL, 1997).

## 4 CONCLUSÃO

O transplante de órgãos se consagrou como umas das bem-sucedidas descobertas da história da medicina. Devendo todo o procedimento de transplante ser em respeito à pessoa humana e preservar pela vida, saúde e integridade física. O direito à vida é elevado ao patamar de direito mais primário, inerente à pessoa humana.

Buscou-se com este trabalho analisar a legislação referente aos transplantes de órgãos no Brasil. Percebeu-se que com a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, em seus artigos originais, o Estado dispôs do corpo das pessoas, tornando-as doadoras presumidas. A pessoa que se opusesse, quando de sua morte, a doar seus órgãos para fins de transplante deveria manifestar expressamente sua decisão por meio de uma declaração em algum documento oficial de identidade. Representando que salvaguardar a vida é garantir a supremacia da Constituição Federal.

O transplante de órgãos traz a idéia de que pode o titular de um direito da personalidade dele dispor, desde que em caráter relativo e que não sacrifique sua própria dignidade. O direito à integridade física integra o conjunto dos direitos da personalidade, este direito visa manter salvaguardado o direito do sujeito. Apesar de muitos autores considerarem o direito ao corpo como um direito indisponível, a doação de órgãos representou um avanço científico que relativizou a indisponibilidade de partes do corpo. O poder de disposição sobre partes do corpo deve ter finalidade altruística ou científica.

Conforme ficou evidenciado o art. 199, § 1º da Constituição Federal de 1988 expressamente proíbe a comercialização de tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento. Impede-se este comércio com a finalidade proteger a saúde e a integridade física de todos da sociedade. A Constituição Federal e a legislação infraconstitucional são harmônicas na proibição de comercialização de órgãos humanos.

Através de pesquisas, comprovou-se que o Estado de Santa Catarina, está entre os que mais fazem transplantes no país, por ser um processo complexo, o transplante tem sido desenvolvido dentro de apropriado suporte legal, seguindo a legislação e atuando de forma ética, porem, a falta de informação das pessoas e

familiares do *de cuius*, quanto ao transplante de órgãos ainda é um dos principais empecilhos para que aconteçam mais doações. É preciso considerar que o estímulo às campanhas de esclarecimento precisa ser acompanhado por medidas que permitam efetivar a captação e utilização de órgãos, para evitar a frustração nas famílias dos doadores.

Conclui-se então, que não é possível, juridicamente, negócio jurídico de comercialização de órgãos, uma vez que estes não podem ser objetos de negócios jurídicos onerosos, deve ser sempre desprovida de retribuição pecuniária.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS. Disponível em: <[www.abto.org.br/abtov02/portugues/jbt/vol9n\\_1/materiaCompleta.pdf](http://www.abto.org.br/abtov02/portugues/jbt/vol9n_1/materiaCompleta.pdf)>. Acesso em: 19/10/13
- Associação da Medula Óssea. Doação de medula óssea. Disponível em: <http://www.ameo.org.br/>. Acesso em: 15/01/2014.
- BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá. **Consentimento no transplante de órgãos**. Curitiba, PR: Editora Juruá, 2001.
- BERLINGUER G, GARRAFA V. *O mercado humano. Estudo bioético da compra e venda de partes do corpo*. 2. Ed. Brasília: Editora UnB; 2001.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6. ed. atua. Rio de Janeiro, RJ: Editora Forense, 2003.
- BRAGA CALHAU, Lélío. *Vítima e Direito Penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- BRASIL. Decreto-Lei n.º 2.434, de 30 de junho de 1997. Regulamenta a Lei 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. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, seção 1, 1997.
- Brasil. Instituto Nacional do Câncer (INCA). Disponível em: [http://www.inca.gov.br/conteudo\\_view.asp?id=344](http://www.inca.gov.br/conteudo_view.asp?id=344). Acesso em 21/02/2014.
- CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo** (intersexualidade, transexualidade, transplante). 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- CLOTET, Joaquim. O consentimento informado: uma questão do interesse de todos. **Jornal MEDICINA do Conselho Federal**, out./nov. 2000.
- DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro. *Aspectos Jurídicos-Penais dos Transplantes*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.
- FERNANDES, ThycoBrahe. **A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do direito das sucessões**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.
- FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FRANÇA, R. Limongi. Instituições de direito civil. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona, Novo curso de Direito Civil, Parte Geral, 8ª edição, Saraiva, São Paulo, 2007.

GARRAFA V. *Introdução à bioética*. Rev. do Hospital Universitário UFMA 2005.

GOLDIM JR. **Consentimento informado ou consentimento livre e esclarecido, ou consentimento pós-informação, ou consentimento após-informação**. Disponível em: [URL:http://www.bioetica.ufrgs.br/consinf.htm](http://www.bioetica.ufrgs.br/consinf.htm). Acesso: 19/10/13.

GOMES, Orlando. **Direitos da personalidade**. In: Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, a. 62, v. 216, p. 5-10, dez/66.

GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

JONAS H. *O princípio da responsabilidade*. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio; 2006.

KURAMOTO, Jaqueline Bergara. Bioética e Direitos Humanos. Cadernos de Bioética. Vol I. Londrina: UEL, 2000.

KOTTOW M. *Vulnerabilidad, susceptibilidades y bioética*. LexisNesis Jurisprudência 2003.

\_\_\_\_\_. Lei.9.434/1997. [Http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/portal/portal\\_lista.a.sp?campo=](http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/portal/portal_lista.a.sp?campo=)

Ministério da Saúde - Brasil. Portaria Nº 2600 de 21 de outubro de 2009. Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt2600\\_21\\_10\\_2009.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt2600_21_10_2009.html). Acesso em 30/01/14.

Ministério da Saúde- Brasil. Legislação sobre o sistema nacional de transplantes. Disponível em: [http://portal.saude.gov.br/portal/saude/area.cfm?id\\_area=1004](http://portal.saude.gov.br/portal/saude/area.cfm?id_area=1004). Acesso em 20/10/2013.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOTA PINTO, Paulo. Artigo publicado nos “**Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues**”. São Paulo: Coimbra, 2005.  
Novo Código Civil-2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES R, MELO H. A Ética e o direito no início da vida humana. O embrião e o direito. Coimbra: Gráfica Coimbra Ltda, 2001.

PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e Constituição. São Paulo: RT, 1997.

RODRIGUES, João Vaz. **O consentimento informado para o ato médico no ordenamento jurídico português**: Elementos para o estudo da manifestação davontade do paciente. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. Biodireito e Direito ao Próprio Corpo. 2ª Ed. Editora: Belo Horizonte, 2003.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. **Morte encefálica e a lei de transplantes de órgãos**. São Paulo: Coleção Saber Jurídico, 1998.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. Transplante de órgãos e Eutanásia. São Paulo: Saraiva, 1992.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Biodireito. **Ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SILVA, Reinaldo Pereira. **Introdução ao Biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana**. São Paulo: LTr, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29.ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

VARELLA, Drauzio. **Doação de órgãos**. Disponível em:  
[http://www.drauziovarella.com.br/servicos/doacao\\_orgaos.asp](http://www.drauziovarella.com.br/servicos/doacao_orgaos.asp). Acesso em: 19/10/13

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Bioética e Direito. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

WALD, Arnoldo. **Uma primeira visão da lei de doação de órgãos**. In: Revista Literária de Direito. São Paulo: Literária de Direito, ano IV, n. 19, set/out/97.

<http://diariocatarinense.clicrbs.com.br/sc/geral/noticia/2013/09/santa-catarina-e-lider-no-ranking-brasileiro-doadores-de-orgaos-4283138.html>

<http://jus.com.br/artigos/25212/autonomia-da-vontade-e-a-doacao-de-orgaos#ixzz2iN8JjFYv>