
DOAÇÃO E TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E ARGENTINA

Organ Donation and Transplantation and Tissue Analysis of the Laws of Brazil and Argentina

Carlos Henrique Passos Mairink¹

Resumo: O presente artigo descreve os principais aspectos que envolvem a doação de órgãos, define conceitos essenciais à compreensão do tema e suas implicações no ordenamento jurídico brasileiro. A doação de órgãos em que pese todo o seu apelo altruísta, na prática, revela-se em um assunto polêmico, qual seja a liberdade de dispor do próprio corpo, por isso o tema é bastante sensível e merece maior atenção dos estudiosos do direito. Para atingir tal escopo, utiliza-se como marco teórico o Manual de Biodireito dos autores Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves, bem como se utiliza o método de abordagem de pesquisa dialético contrapondo-se ideias por meio de uma revisão bibliográfica, coleta de jurisprudência e análise de conteúdo de argumentos jurídicos.

Palavras-chaves: Doação de órgãos. Direito ao corpo. Dignidade da pessoa humana.

Abstract: This article describes the main legal issues surrounding organ donation, define concepts essential to the understanding of the issue and its implications in the Brazilian legal system. Organ donation despite all its altruistic appeal in practice reveals a controversial issue, namely the freedom to dispose of the body, so the issue is very sensitive and deserves greater attention from legal scholars. To achieve this level, it is used as a mark theoretical the Manual de Biodireito of the authors Maria de Fatima Freire de Sá and Bruno Torquato de Oliveira Naves and uses the focus method of dialectical inquiry in contrast to the ideas through a review of the literature, case law collection and analysis of the content of the legal arguments.

Keywords: Organ donation. Right to the body. Dignity of human person.

INTRODUÇÃO

Com o presente trabalho busca-se compreender a importância da doação de órgãos e tecidos para realização de transplante que, apesar de todo o apelo em razão da necessidade de órgãos para oportunizar a cura de doenças crônicas ou terminais, ainda se mostra tímida as atitudes altruístas das pessoas em desapegar de crenças religiosas, mitos, inverdades, tradição, insegurança jurídica ou quaisquer outras situações que de alguma forma possam dificultar o abastecimento de órgãos aos estabelecimentos de saúde, públicos ou privados, e por equipes previamente autorizadas pelo Ministério da Saúde.

¹ Mestre em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos.
Professor e Advogado em Belo Horizonte/MG
Famig - Faculdade Minas Gerais - passosmairink@gmail.com

Quando o assunto envolve direito, sempre se nota polêmica, uma vez que muitas vezes baseados em critérios subjetivos, não significam para um, aquilo que para outro é questão fundamental.

Assim, é tida a questão da doação de órgãos e transplantes, cercada de direitos fundamentais, previstos na Constituição da República do Brasil, porém, não absolutos, podendo a sua importância e inviolabilidade ser relativa conforme determinada situação.

A princípio, será destacada a necessidade e o direito à vida digna, origem dos direitos fundamentais, dentre eles o direito à dignidade da pessoa humana, relacionado com os direitos que o constituem, como os da personalidade, imagem, honra, integridade física e psíquica, e nome.

A vida, sem dúvidas, é um bem jurídico de extrema relevância para o Estado, pois sem ela não há Estado. A vida é base fundamental de tudo, diante dela é que se estabelecem todas as relações jurídicas. Ocorre que relacionado à vida está a morte, pois esta diante da vida é uma certeza futura.

Em um segundo momento, será feita uma análise acerca do marco jurídico da morte, dada a sua importância no que se refere à doação de órgãos e tecidos.

Será realizado, ainda, um estudo acerca de legislação sobre doação de órgãos no Brasil, destacando-se que, no atual ordenamento jurídico, não mais existe a presunção de autorização de doação de órgãos *post mortem*.

As questões relativas às doações de órgãos, tecidos e transplantes entre vivos, em especial os aspectos econômicos e patrimoniais que rodeiam tal instituto, se revelam de suma importância, daí a necessidade de se questionar algumas situações como compra e venda e tráfico de órgãos e tecidos.

Por fim, pretende-se explicar a legislação Argentina, que trata de doação de órgãos e tecidos, em especial pela adoção da chamada doação presumida no artigo 19 bis da referida Lei.

Será exposto, portanto, todo o proposto, finalizando com as impressões acerca da doação e transplantes de órgãos e tecidos no atual ordenamento jurídico brasileiro, bem como sobre a discussão acerca do direito à vida digna, dos direitos fundamentais, dos direitos de personalidade e sobre o direito de propriedade.

O DIREITO À VIDA DIGNA E A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS E TECIDOS

O direito à vida é tão importante que a Constituição da República do Brasil, promulgada em 1988, o menciona logo no caput do art. 5º. Outra atenção especial é dada pela Constituição quando prevê, em seu art. 5º, XXXVIII, um procedimento especial e diferenciado para apuração dos crimes dolosos contra a vida, qual seja o Tribunal do Júri. Considerando tratar-se de um direito essencial para o exercício dos demais, pode-se considerar que a Constituição agiu acertadamente ao conceder proteção especial a este direito.

Ressalta-se, ainda, que o direito à vida encontra ampla proteção nos Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário. Cita-se como exemplo o Pacto de San José de 1969, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas de 1968, a Convenção Sobre os

Direitos das Crianças de 1989, entre outros, os quais conferem proteção e garantia ao direito à vida, reforçando, assim, o que já prescreve o ordenamento jurídico brasileiro.

O direito à vida pode ser sintetizado como o direito mais importante do ser humano, trata-se do direito mais festejado e garantido da Constituição da República do Brasil promulgada em 1988. Conforme destaca José Afonso da Silva (2005, p. 198), o direito a vida é o pilar de vários outros direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana, o direito à privacidade, à integridade físico-corporal, à integridade moral e, especialmente, o direito à existência. Destaca-se que sem vida não há como almejar alcançar ou ser titular de qualquer outro direito.

Por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem estar, se não exigisse a vida humana num desses direitos. No conteúdo do seu conceito se envolvem o direito da dignidade da pessoa humana, o direito à privacidade, o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito a existência. (SILVA, 2005, p. 198).

Frisa-se que o direito à vida não pode ser entendido, apenas, no seu aspecto biológico, ao revés deve ser entendido em sua acepção máxima, que se traduz em uma vida digna, ou seja, o direito à vida se baseia no direito de estar e permanecer vivo e, o mais importante, de ser garantido o mínimo de dignidade durante a existência humana.

Nas palavras de Bernardo Gonçalves Fernandes (2011, p. 287), o direito a vida, para ser plenamente efetivo, deve ser entendido e aplicado em conjunto com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Daí a atual concepção de que o direito a vida deve ser analisado sob um duplo enfoque, qual seja: o direito a vida em si mesma (direito de estar vivo) e o direito à vida digna (com condições mínimas de existência). Portanto, as doutrinas constitucionais mais recentes desenvolvem uma compreensão diversa do entendimento biológico, compreendo a concepção de vida conectada à de dignidade humana. (FERNANDES, 2011, p. 287).

No que se refere ao conceito de dignidade da pessoa humana, a afirmação de José Afonso da Silva (1998) parece ser a mais acertada, pois, realmente, a dignidade da pessoa humana não nasce somente com criação de uma constituição democrática, sendo inerente a todos os seres. Não se pode ter o princípio como uma simples conceituação jurídica, deve-se ir além posto que a dignidade, como dito, é condição inerente ao ser humano, atributo que a caracteriza como tal: “A dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana”.

Por todo o exposto, verifica-se que o mais importante dos direitos é o direito à vida digna, por corolário lógico a manutenção à vida se revela em um dos mais importantes objetivos das ciências biológicas e sociais.

A importância das ciências biológicas, em especial, o desenvolvimento da biotecnologia e da biomedicina se justificam por razões de manutenção do suporte à vida. Já as ciências sociais, onde se destaca a jurídica, se tornam necessárias em razão da criação de normas jurídicas, que tentam solucionar conflitos e situações, com a finalidade única de proteger a vida, sem interferir no progresso das biotecnologias ou da biomedicina.

Ultimamente, os pacientes vêm adquirindo um perfil mais atuante, participativo e influente nos assuntos que envolvem sua saúde, inclusive nos mais críticos e conflitantes – como é o caso das doenças terminais–, o que contribui para aumentar a complexidade da sua relação com a equipe de saúde. Essa mudança comportamental surgiu em virtude da maior difusão do conhecimento técnico e jurídico pelos meios de comunicação, como a imprensa escrita, redes de rádio e televisão, além da internet. (CHEHUEM NETO; FERREIRA; SILVA; DELGADO; TABET; ALMEIDA; VIEIRA, 2015, p. 573)

Contudo, a manutenção da vida se justifica a todo e qualquer custo? Esta resposta deve ser realizada à luz da bioética e do biodireito. Afinal, os ensinamentos de Eduardo de Oliveira Leite (1997, p.31) se revelam expressivos, pois “o desenvolvimento de novas tecnologias a serviço da vida ou da saúde colocou em xeque as referências e medidas habituais e os fundamentos da moral e da deontologia que figuravam nos códigos jurídicos que regulavam a conduta humana”.

Dessa forma, a bioética deve traçar limites éticos e morais para a biomedicina e a biotecnologia, no sentido de não se admitir os exageros que podem ser cometidos ao se utilizar o ser humano como objeto de manipulação.

Os profissionais de saúde também assumiram nova postura nos últimos anos, influenciados pelas mudanças no currículo dos cursos de medicina, as quais buscam abrir maior espaço à participação do paciente nas decisões tomadas sobre o tratamento, estimuladas, em grande medida, pela bioética. (CHEHUEM NETO; FERREIRA; SILVA; DELGADO; TABET; ALMEIDA; VIEIRA, 2015, p. 573)

A função do biodireito, microsistema jurídico, reside justamente no preenchimento das lacunas, capaz de regularizar tais assuntos.

Tem-se, então, a Bioética como a disciplina que cuida dos aspectos éticos do desenvolvimento da biotecnologia e da biomedicina, indicando os caminhos e o modo de se respeitar o valor da pessoa humana, como unidade e como um todo. Por seu turno, o biodireito surge como um ramo autônomo que age justamente nas lacunas existentes na escassa e insuficiente legislação atinente ao tema, bem como serve como paradigma para solução de conflitos concretos por meio da utilização de princípios e valores que buscam o amplo direito a vida digna.

Portanto, a bioética e o biodireito revelam-se fundamentais para delimitar os limites da manutenção da vida a qualquer custo.

Tem-se que o avanço das tecnologias de transplantes de órgãos se trata de uma das maiores evoluções da humanidade, não se podendo fechar os olhos para os benefícios trazidos.

Trata-se de uma importante ferramenta de combate à perecibilidade do corpo, tendo em vista que o transplante proporciona a troca de um órgão doente e perecido por um sadio, em última *ratio* significa driblar uma enfermidade muitas vezes letal.

A realidade mundial e brasileira tem uma necessidade cada vez mais crescente por órgãos sadios em face da demanda e da longevidade das pessoas, sendo notório que, atualmente, milhares de pessoas contraem doenças que afetam órgãos vitais, sendo certo que para muitos a única escolha reside no transplante de órgãos.

O problema se torna mais crônico devido ao crescimento da população, seu envelhecimento e aumento de doenças degenerativas e crônicas, o que faz com que as listas de espera para transplantes cresçam de forma desproporcional, sendo certo que muitos pacientes passam a óbito devido à carência de doadores.

A carência de doadores leva à necessidade de conscientização e mecanismos jurídicos e administrativos que despertem e estimulem o gesto de caridade, altruísta e humano de doar órgãos com o único objetivo de salvar vidas humanas. Condena-se, por oportuno, o malfadado tráfico de órgãos, comércio de órgãos ou tentativa de manutenção da vida a qualquer custo com pagamento de recompensas.

A busca incessante pela longevidade pode acarretar em uma série de questionamentos, como quanto vale um rim, um coração, um fígado? Quanto vale o direito de prolongar e desfrutar de uma vida longa?

Dessa forma, existem muitos aspectos a serem discutidos em torno do direito à vida digna e da manutenção da vida por meio de transplantes de órgãos. Fato é que o direito brasileiro não protege o direito a qualquer vida, mas sim, o direito a uma vida digna, pois é esta vida que se busca no dia a dia. Por tal motivo, como será visto, não se pode autorizar o transplante de órgãos entre vivos, mesmo que gratuito e com consentimento, que incorra em risco a manutenção da vida do doador. Uma vida digna com saúde, sem dores ou sofrimentos físicos é o bem mais valioso que indivíduo pode ter.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO MOMENTO JURÍDICO DA MORTE E SUA IMPORTÂNCIA NA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS

Com a existência da vida surge, também, o término dela. Uma das poucas certezas que o ser humano possui é que um dia a vida se esvai, acaba. Afinal, na ordem natural, tem-se que as pessoas nascem e morrem, ou seja, a morte se traduz em uma das poucas certezas que os indivíduos possuem. O problema é que não se pode precisar nem quando, nem onde, fato este que, muitas vezes, pode ser angustiante para o ser humano. Ademais, uma doença crônica ou degenerativa pode encurtar ou acelerar a linha vital do ser humano. Por isso, antes de tratar especificamente da doação de órgãos e tecidos é imprescindível esclarecer em qual momento e qual o melhor diagnóstico de morte para fins de transplante.

Abordar o tema morte não é fácil, pois falar sobre a morte é falar sobre perda e incertezas que a envolvem, ao passo que esta é certa. Assim, a morte está ligada ao sofrimento, sofrimento de quem morre e sofrimento de quem fica por diversas razões. Nem todos têm o privilégio de uma morte natural, tranquila e serena, quem sabe até dormindo, ao fim da vida. A morte, na maioria das vezes, está ligada a motivos de saúde, como o acometimento de uma doença grave e incurável, por acidentes ou ainda, qualquer causa violenta.

Além disso, a morte envolve diversos aspectos, como jurídicos, religiosos, culturais e vários outros. No âmbito étnico e religioso, existem diversos posicionamentos distintos acerca da morte.

Para alguns existe vida após a morte, para outros é o fim de um ciclo, há quem diga que haverá a reencarnação em outro corpo, e várias outras teorias sobre o tema.

No que se refere à doação e transplantes de órgãos e tecido, a morte toma contornos especiais por proporcionar um acesso a um recurso tão escasso e valioso, que se traduz na possibilidade de ter acesso aos órgãos daqueles que não o mais precisam.

Contudo, torna-se imperioso delimitar o momento exato da morte sob pena de autorizar a retirada de órgãos vitais a quem, ainda, necessita deles para dar continuidade e suporte a sua própria vida.

A respeito do tema, é importante definir quando ocorre à morte efetivamente. Nos termos do artigo 6º do Código Civil Brasileiro tem-se que a existência da pessoa natural termina com a morte. Dessa forma, o que define, caracteriza ou determina o momento da morte?

Somente autoriza-se a retirada de tecidos, órgãos ou partes do corpo, de pessoa morta, a partir do diagnóstico da morte encefálica, que deverá ser constatada e registrada por dois médicos não integrantes das equipes de remoção e transplante.

Em se tratando de indivíduo morto, a retirada de tecidos, órgãos ou partes do corpo deverá, necessariamente, ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, a qual deverá ser constatada e registrada por dois médicos não integrantes das equipes de remoção e transplante. Os critérios clínicos e tecnológicos serão os definidos por Resolução do Conselho Federal de Medicina. É o que dispõe o artigo 3o, da Lei n. 9.434/97 (SÁ; NAVES, 2015, p. 355)

Várias são as indagações que circundam a captação e distribuição de órgãos e tecidos para transplantes. Entretanto, existem aspectos relativos aos procedimentos prévios que merecem atenção especial, como os critérios utilizados pelos médicos para o diagnóstico de morte encefálica.

A determinação de morte com base em critérios cardiorespiratórios foi afetada pelo avanço no campo dos transplantes de órgãos. Nos anos 1960, a parada cardíaca era necessária para atestar a morte e permitir a subsequente obtenção de órgãos. Esta limitação restringia as oportunidades do sucesso dos transplantes, porque os órgãos precisavam ser rapidamente coletados e transplantados. A necessidade crescente de órgãos doados, associados ao desperdício potencial do suporte às funções vegetativas em pacientes com morte encefálica, serviu com ímpeto para o desenvolvimento dos critérios para determinação de morte neurológica. SILVEIRA, SILVA, OLIVEIRA; ALVES; QUARESEMIN;MORAES; OLIVEIRA; MAGALHÃES; ALVES, 2009, p. 63)

Tem-se a definição de morte como cessação da vida, termo fim, destruição, ruína. Porém, têm-se definições de morte mais específicas como da morte cerebral ou morte encefálica. Ocorre a morte cerebral quando há uma lesão encefálica irreversível. Esse é o critério utilizado pelos médicos para determinar a morte do paciente e também é o critério utilizado legalmente pelo judiciário. Na morte encefálica, o indivíduo pode ainda ter batimentos cardíacos, porém seus órgãos permanecem “vivos” mecanicamente através do uso de aparelhos. Acerca do tema Pedro Lenza (2013 p. 874) diz que “para a lei, o fim da vida estaria previsto com a morte cerebral e, novamente, sem cérebro, não haveria vida e, portanto, nessa linha, o conceito de vida estaria ligado (segundo o STF) ao surgimento do cérebro”.

Os dilemas éticos e a necessidade de obter doadores para transplantes exigiram o estabelecimento de critérios clínicos e tecnológicos para a constatação da morte

encefálica, hoje, no Brasil, previstos na Resolução CFM 1.480, de 21 de agosto de 1997. Esses critérios se baseiam na ausência de atividade cerebral, incluindo o tronco cerebral, e foram disciplinados pelo Conselho no uso das atribuições conferidas pela Lei 3.268/57, regulamentada pelo Decreto 44.045/587 e, ainda, em atenção ao previsto no art. 3º da Lei 9.434/97, que trata da remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante.

Os critérios previstos na Resolução CFM 1.480/97 devem ser estritamente seguidos pelos médicos, não só para afastar dúvidas quanto à constatação da ocorrência da morte encefálica como também para resguardá-los perante a sociedade e o Estado, frente à possibilidade de se tornarem alvo de processos administrativos e judiciais, em que lhes possa ser imputada responsabilidade por morte.(MENESES; SOUZA; BARUZZI; PRADO; GARRAFA, 2010, p.398-399)

Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2015 p.356) advertem sobre os requisitos e cuidados necessários para o diagnóstico de morte encefálica nos termos da Resolução CFM nº 1.480/97, esclarecendo que devem ser excluídas, a hipotermia e o uso de drogas depressoras do sistema nervoso central, bem como as intoxicações por se assemelharem à morte encefálica.

Sinteticamente, os critérios para o diagnóstico de morte encefálica 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 no teste térmico com água gelada, que é procedido injetando-se água no ouvido para a verificação de movimentos oculares;
- apneia, que significa falta de resposta respiratória durante oxigenação por dez minutos. (SÁ; NAVES, 2015, p. 357)

Assim, percebe-se que a morte envolve diversos aspectos, definições, teorias, sentimentos, percepções e incertezas. Por isso, falar de morte, muitas vezes, pode ser bastante complicado. O assunto é polêmico e apesar de amplamente discutido não é fácil encontrar um entendimento comum. Fato é que, a morte é um assunto de total relevância no âmbito jurídico, merecendo, por isso, uma atenção especial no que diz à doação de órgãos e tecidos.

LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS

No Brasil a doação de órgãos e tecidos é regulamentada pela Lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento.

Nas Disposições Gerais encontram-se, apenas, dois artigos que se preocupam com a gratuidade do

ato de doação de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou *post mortem*, para fins de transplante e tratamento, excluindo-se o sangue, o espermatozoide e o óvulo.

Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2015, p.355) explicam os motivos pelos quais as transfusões de sangue não se enquadram na Lei de doação de órgãos e tecidos.

1ª Porque trata de substância de natureza regenerável, enquanto a maioria dos demais transplantes diz respeito a órgãos ou tecidos não renováveis;

2ª Porque a cirurgia de transplantes é condicionada e excepcional ao passo que a transfusão é de ocorrência diária e rotineira;

3ª Porque, enquanto a intervenção de transplante pressupõe a produção de lesões consideráveis no doador e no receptor, a transfusão sanguínea é de intervenção simples e sem importância;

4ª Porque muitas transfusões sanguíneas revestem caráter urgente e imediato, não podendo por isso serem precedidas dos formalismos que rodeiam o transplante.

Nos termos do artigo 2º da Lei “a realização de transplante ou enxertos de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano só poderá ser realizada por estabelecimento de saúde, público ou privado, e por equipes médico-cirúrgicas de remoção e transplante previamente autorizados pelo órgão de gestão nacional do Sistema Único de Saúde”, bem como também é necessário a realização de todos os testes no doador, triagem para diagnóstico de infecção e infestação exigidos em normas regulamentares expedidas pelo Ministério da Saúde.

Dá análise do referido diploma legal, verifica-se que, atualmente, somente é permitida a doação de órgãos gratuita, em vida ou *post mortem* para fins terapêuticos ou humanitários.

Destaca-se que houve uma revolução legislativa no que se refere à doação e transplantes de órgãos no Brasil, tal ajuste se deve de um lado ao acesso aos órgãos, bem tão precioso e escasso, de outro a proteção à vida digna.

A lei 8.489 que foi sancionada em 1992, em que pese inserir em seu bojo legislativo conceitos importantes acerca da manifestação de vontade, não foi capaz de suprir os anseios sociais acerca de tema tão urgente, uma vez que ela limitava a doação entre pessoas vivas, maiores e capazes civilmente, a avós, netos, filhos, irmãos e sobrinhos até segundo grau, incluindo cunhados e cônjuges. Toda e qualquer doação fora desta relação parental deveria merecer autorização judicial, além disso, essa lei não apresentava uma definição objetiva com relação à morte encefálica.

Na óptica legislativa essa lei apresentava deficiências claras 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 parada total e irreversível das funções encefálicas em pessoas com mais de dois anos. Além disso, limitava a doação entre pessoas vivas, maiores e capazes civilmente, a avós, netos, filhos, irmãos e sobrinhos até segundo grau, incluindo cunhados e cônjuges. Toda e qualquer doação fora desta relação parental deveria merecer autorização judicial. No entanto, o aludido preceito legal não preservou a autonomia plena da vontade do falecido, uma vez que não contemplou sua não permissão manifesta em vida e sim, apenas, sua vontade manifesta de doar. A ausência de sua manifestação escrita implica a disposição presuntiva, o que não respeita o princípio fundamental do pluralismo moral. (SILVEIRA, SILVA, OLIVEIRA;

No ano de 1997, foi sancionada a Lei 9.434, que já no seu nascedouro introduziu uma grande polêmica relacionada a doações de órgãos, tecidos e a realização de transplantes. Tal celeuma foi gerada pela introdução do consentimento presumido, significando dizer que se a pessoa não tivesse declarado expressamente por meio de seus documentos de identificação que não era doadora de órgãos, automaticamente ela era considerada, presumidamente, doadora de órgãos.

Indiscutivelmente o espírito do legislador se preocupou com abastecimento de órgãos para o bem estar da população em geral, contudo, esqueceu-se que por traz da doação de órgãos ainda existem vários mitos, inverdades, fantasias e até mesmo medo da população. Somado, ainda, ao excesso de responsabilidade que era depositado nos médicos que atestaria a morte, o que não, invariavelmente, fazia com que os profissionais solicitassem aos familiares autorizações para doação de órgãos. A falta de informação pode ser considerada o ponto central para o fracasso da doação presumida de órgãos no Brasil.

A revogação da lei 9.434 se deu pela Medida Provisória 1.718, de 06 de outubro de 1998, acrescentando o seguinte dispositivo ao parágrafo 6º do artigo 4º da Lei 9.434

em vigor: “Na ausência de manifestação da vontade do potencial doador, o pai, a mãe, o filho ou o cônjuge poderá manifestar-se contrário à doação, o que será obrigatoriamente acatado pelas equipes de transplantes e doação”.

A polêmica causada foi de tal forma intensa, que fez com que as disposições do referido artigo fossem reexaminadas, o que culminou com o surgimento da Medida Provisória n. 1.718, de 6 de outubro de 1998 (e sucedâneas), que acresceu ao artigo 4º, da mencionada Lei, o § 6º. Pelo referido parágrafo, ainda que o pretenso doador não tivesse se manifestado expressamente em vida quanto à vontade de doar seus órgãos (fato que, a princípio, levaria ao entendimento de que presumidamente aceitou a condição de doador, pela redação do caput do artigo 4º), a família poderia manifestar-se contrária à extirpação. (SÁ; NAVES, 2015, p.360)

Entretanto a adoção da Medida Provisória não pôs fim aos questionamentos referentes à presunção de doação ao permitir a manifestação contrária do pai, mãe, filho ou cônjuge do doador. Ao revés, gerou nova polêmica qual seja: a vontade só deveria ser entendida como válida, se homogênea? Como seria solucionado problema em que alguns familiares se manifestassem a favor da doação e outros contrários a ela?

Outro fator importante foi o alto índice de familiares que passaram a não autorizar a retirada de órgãos de seus parentes falecidos com a vigência dessa Medida Provisória e, por isso, fez-se necessário uma nova mudança que foi realizada por meio da Medida Provisória 1.959-27, de 24 de outubro de 2000, e, posteriormente, pela Lei 10.211, de 23 de março de 2001, que modificou o artigo 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 (SÁ; NAVES, 2015, p.360)

Segundo dados daquele período do Ministério da Saúde, desde a vigência da lei 90% dos familiares negaram-se a autorizar a retirada de órgãos de parentes mortos. Em face deste preocupante quadro nova mudança foi realizada pela Lei 9.434, por meio da Medida Provisória 1.959-27, de 24 de outubro de 2000, e, posteriormente, pela Lei 10.211, de 23 de

Finalmente tem-se a nova redação do artigo 4º:

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.

Destaca-se, ainda, que, nos termos do artigo 3º da Lei, a retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinado 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.

Nos termos do artigo 5º, é possível a remoção *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa juridicamente incapaz, contudo, deverá existir autorização expressa dos responsáveis legais.

Já o artigo 6º veda a remoção *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoas não identificadas.

Por motivos de saúde pública, somente se autoriza a remoção de tecidos, órgãos ou partes de cadáver para fins de transplante ou terapêutica, após ser realizada a autorização do patologista, nos casos 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.

Finalmente, o art. 8º da Lei determina que após a retirada de tecidos, órgãos e partes, o cadáver será condignamente recomposto para ser entregue aos seus responsáveis legais para sepultamento.

DA DISPOSIÇÃO DE TECIDOS, ÓRGÃOS E PARTES DO CORPO HUMANO VIVO PARA FINS DE TRANSPLANTE OU TRATAMENTO - COMÉRCIO DE ÓRGÃOS

O comércio de órgãos, mais especificamente a discussão acerca da possibilidade de compra e venda de doador vivo não parente, ou seja, terceiro que não se mostre parente do receptor, apresenta-se como um problema que deve ser enfrentado sob a ótica da moral, ética e da legislação aplicada, constituindo, portanto, importante questão de reflexão ética, filosófica e moral.

A discussão se revela importante, pois conforme já fora apresentado alhures o titular do corpo possui direito de propriedade? O Estado deve realmente intervir? Será que a atual legislação brasileira é eficaz no combate ao comércio de órgãos e tecidos?

Parecem restar poucas dúvidas de que a ampliação dos critérios para a doação em vida de órgãos dúplices ou regeneráveis por terceiros que não possuem grau de parentesco se revela em um gesto altruísta e importantíssimo, nos termos da legislação brasileira, não podendo representar uma forma de surgimento de recompensa financeira ou favorecimento a aqueles que possuem maior capacidade econômica.

Conforme se verifica na obra, O Mercado Humano, de Berlinguer e Garrafa (2001, p. 220-221) a Organização Mundial de Saúde, em 1991, propôs uma orientação restritiva para a doação em vida por pessoas não parentes do receptor com o argumento de que esta representaria uma forma de abertura para o mercado de órgãos e tecidos, bem como para o pagamento de recompensas.

... com base na avaliação das conseqüências práticas que a expansão das doações entre pessoas vivas poderia ter numa sociedade na qual as pressões mercantis e as dificuldades de controle abririam facilmente o caminho da forma disfarçada de recompensa por órgãos destinados a estranhos pagantes” (BERLINGUER; GARRAFA, 2001, p.220-221)

O legislador brasileiro e de alguns países da América Latina parecem comungar com a orientação da Organização Mundial de Saúde, pois, em suas legislações se verifica um combate ao comércio de órgãos e tecidos, não raramente, inclusive, tipificando como ilícito penal.

Verifica-se, portanto, que os legisladores não pactuam com a ideia de propriedade do corpo, impondo várias restrições ao livre mercado. Tais restrições podem ser explicadas por critérios morais, éticos e filosóficos como já explicado.

Contudo, Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2015, p.364) advertem que não se pode tratar o corpo humano e o direito de integridade física como direito de propriedade. O corpo humano não se revela em um direito absoluto de propriedade, os autores explicam que entender dessa forma é autorizar a mutilação e destruição do próprio corpo e até, em análise drástica, admitir a regulamentação do suicídio.

A doutrina diverge sobre a natureza jurídica do direito à integridade física 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, esse posicionamento jusromanista não encontrará unânime acolhida.

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 resultariam autorizadas. Em drástica análise, também o suicídio seria legitimado. Portanto, não há que se confundir o direito a integridade física com o poder do proprietário, de dispor da coisa que lhe pertence. (SÁ; NAVES, 2015, p. 364)

Dessa forma, a festejada obra Manual de Biodireito dos professores Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2015, p.362-365) afirma que as restrições impostas pela Lei 9.434/97, em especial em seu artigo 9º, foram fundamentais para proteger o corpo humano e o direito à integridade do ser humano como uma tipificação dos direitos de personalidade.

É importante destacar que a permissão do transplante ou doação de órgãos entre vivos deve ser autorizada, mais do que isso deve ser incentivada. Contudo, a fim de se evitar abusos e, especialmente, o comércio ou promessa de recompensas, algumas restrições a este ato de altruísmo se justificam. Afinal deve se proteger a vida, o direito à integridade física, ou seja, a manifestação de vontade deve ser suprimida quando existentes elementos ou condições fáticas que não autorizem a realização do transplante ou da doação de órgãos, tais situações podem se revelar de cunho econômico, de risco a saúde ou de perigo de ceifar a vida do doador.

Nestes termos, verifica-se que o § 3º do artigo 9º da Lei 9.434/97 só permite “a doação 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”.

Da mesma forma, fica expressamente proibida a doação de órgãos a vista de comércio ou de pagamento de recompensas.

Art. 9º É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea. (Redação dada pela Lei nº 10.211, de 23.3.2001)

Os demais parágrafos, também, se referem a restrições introduzidas pela Lei 9.434/97.

§ 4º O doador deverá autorizar, preferencialmente por escrito e diante de testemunhas, especificamente o tecido, órgão ou parte do corpo objeto da retirada.

§ 5º A doação poderá ser revogada pelo doador ou pelos responsáveis legais a qualquer momento antes de sua concretização.

§ 6º O indivíduo juridicamente incapaz, com compatibilidade imunológica comprovada, poderá fazer doação nos casos de transplante de medula óssea, desde que haja consentimento de ambos os pais ou seus responsáveis legais e autorização judicial e o ato não oferecer risco para a sua saúde.

§ 7º É vedado à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea e o ato não oferecer risco à sua saúde ou ao feto.

§ 8º O auto-transplante depende apenas do consentimento do próprio indivíduo, registrado em seu prontuário médico ou, se ele for juridicamente incapaz, de um de seus pais ou responsáveis legais.

Art. 9º-A É garantido a toda mulher o acesso a informações sobre as possibilidades e os benefícios da doação voluntária de sangue do cordão umbilical e placentário durante o período de consultas pré-natais e no momento da realização do parto. (Incluído pela Lei nº 11.633, de 2007).

A propósito do que foi visto e dito, vale trazer a baila, a título de exemplo, o ocorrido em Córdoba na Argentina que causou muita polêmica, sendo necessária a intervenção judicial.

Trata-se da realização bem sucedida, em uma clínica particular, de um transplante de rim entre um jovem de 28 (vinte e oito) anos e um homem de 67 (sessenta e sete anos). O caso tornou-se polêmico, pois entre o homem e o jovem não existia relação de parentesco e, ainda, existia a suspeita de que não se tratava de uma ação altruísta, ao revés, existiam indícios de pagamento de recompensas e dependência econômica.

Na Argentina, a Lei de transplantes de órgãos e tecidos só permite doação de órgãos entre vivos a parentes ou cônjuges devendo, em situações excepcionais, a justiça autorizar, sendo certo que o receptor deve provar que a doação foi feita gratuitamente.

O transplante foi autorizado pelo juiz da 51ª vara Civil e Comercial de Córdoba, e, em seguida, confirmado pela 8ª Câmara Civil e Comercial, também, de Córdoba, mesmo com o apelo do Ministério Público.

O caso gerou controvérsia e, de fato, após a sua publicação, a Suprema Corte estabeleceu um registro de casos para que haja uma maior transparência em processos judiciais, tudo no sentido de combater a venda de órgãos.

Por seu turno, no Brasil, mais especificamente no Sul de Minas Gerais, caso que gerou muita polêmica foi a suposta venda de órgãos praticados por médicos. Suspeita-se que o grupo de médicos mantinham os pacientes em condições inadequadas de tratamento até que seu quadro se tornasse irreversível, cuidando para que os órgãos se mantivessem em perfeitas condições até conseguir autorização judicial para doação, rins, córneas, coração e fígado que eram encaminhados a médicos, ignorando a fila única de transplantes e com cobrança irregular.

DOAÇÃO DE ÓRGÃOS E TECIDOS NA ARGENTINA

A doação e transplante de órgãos e tecidos na Argentina é regida pela Lei 24.193/93, que desde 22 de janeiro de 2006 incorpora as alterações introduzidas pela Lei 26.066.

A legislação prevê que qualquer pessoa capaz e maior de 18 anos torna-se doador de órgãos e tecidos após a morte, salvo se existir manifestação de vontade, expressa, ao contrário. Dessa forma, a Argentina por força do artigo 19º BIS da Lei introduziu o chamado consentimento presumido ou doação presumida que entrou em vigor em abril de 2006.

ARTICULO 19º BIS - La ablación podrá efectuarse respecto de toda persona capaz mayor de DIE CIOCHO (18) años que no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la extracción de sus órganos o tejidos, la que será respetada cualquiera sea la forma en la que se hubiere manifestado.

Este artículo entrará en vigencia transcurridos NOVENTA (90) días de ejecución de lo establecido en el artículo 13 de esta ley, que modifica el artículo 62 de la ley 24.193.

Na ausência de expressa manifestação contra a doação de órgãos, a lei presume que a pessoa seja um doador. Entretanto, o futuro doador, se assim desejar, pode realizar manifestação expressa nesse sentido.

A manifestação de vontade positiva ou negativa pode ser revogada a qualquer momento pelo doador, mas não pode ser revogada por outras pessoas, após a morte. Assim, a lei protege a autonomia dos indivíduos, dando primazia à manifestação de vontade expressa.

Quanto às pessoas menores de 18 anos, somente os pais ou responsáveis legais, inclusive os chamados Ministérios Pupilares, podem decidir sobre a concessão e autorizar ou não a remoção de órgãos e tecidos.

Em reconhecimento dos avanços científicos em novas práticas de manipulação genética, como o xenotransplante ou outras, na Lei Argentina prevê a possibilidade de sua utilização no futuro, após a verificação do seu sucesso e aprovação da autoridade competente, se comprovada como

alternativas para a obtenção de órgãos e tecidos para implante em seres humanos vivos.

CONCLUSÃO

Conforme foi exposto e discutido no presente artigo, a doação de órgãos, atualmente, é uma realidade e uma necessidade para o tratamento de doenças crônicas e terminais, portanto a bioética e o biodireito tornam-se fundamentais, atuando como freio e contrapesos na busca incessante de manutenção da vida a todo custo.

Os operadores do direito e os profissionais da saúde devem ser sensíveis às mazelas que podem ser geradas pelo poder econômico. Não se pode autorizar o amplo comércio, o pagamento de recompensas, e, muito menos, o tráfico de órgãos, afinal, os órgãos assim como os direitos de personalidade e os direitos fundamentais não se confundem com clássico direito de propriedade, próprio do individualismo e do liberalismo.

Sabe-se que o tema é polêmico, pois envolve distintos aspectos de crenças e costumes diferentes. A Constituição da República, conhecida como Constituição Cidadã, confere aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país inúmeros direitos individuais, sociais e políticos. O Estado funciona como garantidor desses direitos e deve trabalhar para que sejam efetivos.

Significa dizer que toda a sociedade tem papel fundamental na construção do seu bem estar social, devendo as pessoas se conscientizar da necessidade de se autorizar a doação de órgãos, devendo-se, ainda, ser levado em consideração o avanço tecnológico e, conseqüentemente, o do diagnóstico de morte cerebral. Portanto, diante da necessidade de órgãos para cura de doenças, crenças, inverdades, mitos, questões religiosas entre outras não podem ser superiores a atitude altruísta de doação de órgãos e tecidos.

Muitas vezes a doação e o transplante de órgãos e tecidos é a solução que pode ser aplicada, evitando-se aos pacientes doentes tratamentos longos, doloroso e sem expectativas de resultados positivos. Como já foi dito, o direito à vida não deve ser usufruído sozinho. A dignidade da pessoa humana é essencial para assegurar ao indivíduo condições mínimas e básicas de existência.

Dessa forma, as questões referentes à doação e transplante de órgãos se mostram muito complexas e, em que pese existir legislação, esta se mostra, incipiente. Este instituto ainda precisa ser bastante discutido para que possa se estabelecer outros critérios que possibilitem o aumento de doações e transplantes. Dessa forma, as questões acerca do tema, também, devem ser resolvidas com base na bioética e no biodireito, afinal sabe-se que o direito à vida digna deve ser uma busca constante.

REFERÊNCIAS

Berlinguer G, Garrafa V. **O mercado humano**: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo. 2. ed. Brasília: Editora UnB, 2001

CHEHUEN NETO, José Antonio; FERREIRA, Renato Erothildes; SILVA, Natália Cristina Simão Da; DELGADO, Álvaro Henrique De Almeida; TABET, Caio Gomes; ALMEIDA, Guilherme Gomide; VIEIRA, Isadora Figueiredo. Testamento vital: o que pensam profissionais de saúde? **Revista de Bioética**. v. 23, n. 3 (2015) p. 572-582

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3^a. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: mito ou realidade? **Revista de Ciências Jurídicas**, nº 1, 1997, p.31.

MENESES, Elienai de Alencar; SOUZA, Márcia Ferreira Brandão; BARUZZI, Regina Maura; PRADO, Mauro Machado do; GARRAFA, Volnei. Análise bioética do diagnóstico de morte encefálica e da doação de órgãos em hospital público de referência do Distrito Federal. **Revista de Bioética**. V.2, n. 2, 2010, p. 397-412

OLIVEIRA, Aline Mota de. **O Consentimento do ofendido**. 2013. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/aline_mota_de_oliveira.pdf. Acesso em: 25/05/2015

SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, v. 212, p. 84-94, abr./jun. 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVEIRA, Paulo Vítor Portella; SILVA, Amanda Ambrósio da; OLIVEIRA, Ana Carolina Souza; ALVES, Anderson José; QUARESEMIN, Camila Renault; DIAS, Cristiane de Moraes; OLIVEIRA, Flávia Santos de; MAGALHÃES, Michelle Juliana; ALVES, Rodrigo Martins. Aspectos éticos da legislação de transplante e doação de órgãos no Brasil. **Revista Bioética**. v. 17, n. 1, (2009) , p. 61-75.