

11. PESQUISA

A QUESTÃO DOS TRANSPLANTES E SUAS INTERFACES*

WAGNER LUIZ DE SOUZA VITA

TATIANA BOEMER

SUMÁRIO: 1. Nosso acesso ao tema – 2. O transplante de órgãos no contexto de saúde no Brasil – 3. As interfaces do tema: 3.1 Área da saúde; 3.1.1 Da morte encefálica e dos bens fora do comércio; 3.2 Área jurídica; 3.3 Área religiosa; 3.4 Direito comparado – 4. Considerações finais – 5. Referências bibliográficas.

Resumo

Este trabalho visa a uma análise da atual sistemática do transplante de órgãos, enfatizando, principalmente, o aspecto do consentimento dos familiares ou do falecido (manifestação em vida), destacando-se, ainda, a legislação referente à matéria.

O trabalho tem como fontes publicações em jornais, jurisprudência, doutrinas legais e médicas, bem como livros e periódicos dedicados ao tema.

Procuramos evidenciar, dentro do universo que nos foi dado acesso, posições consolidadas e também divergentes sobre os assuntos da matéria.

1. Nosso acesso ao tema

Como integrantes de Projeto Integrado de Pesquisa, destinado ao estudo da Morte e do Morrer, pudemos conhecer vários estudos vinculados a essa temática, possibilitando-nos, desta forma, uma contextualização a respeito dos vários aspectos interligados à questão da morte.

Dentre os vários assuntos apresentados, tais como aborto, eutanásia, distanásia, infanticídio, suicídio e outros, a problemática dos transplantes se apresentou a nós com destaque, tendo em vista a necessidade de compreensão das dificuldades enfrentadas pelo grande

número de pacientes que necessitam da doação de órgãos, para que seja possível a manutenção de suas vidas.

Assim, o despertar para o tema surgiu à medida em que se ampliaram os nossos horizontes do conhecimento, trazendo à tona um novo “ver” à questão dos transplantes.

Como profissionais do direito, o âmbito da saúde nos apresentava como algo desconhecido e, portanto, nosso caminho iniciou-se com uma tentativa de compreensão do doente que necessita de um transplante, no que tange às restrições médicas, financeiras, sociais, físicas e como este conjunto é enfrentado por ele. A compreensão dessa trajetória pela área da saúde à luz da bioética e considerando o aspecto religioso nos proporcionou um melhor entendimento do enfoque humanístico que deve envolver as relações. Com efeito, o direito surge para regular as relações humanas, interligando-se com diversas áreas e, para tanto, torna-se necessária a busca de abordagens multidisciplinares e multiprofissionais com o intuito de que estas inter-relações resultem no direcionamento da questão de forma a contemplar o ser humano nela envolvido.

No decorrer deste processo de aprendizagem, importa ainda destacar que estava

ocorrendo a tramitação de alguns projetos tendentes à regulamentação da doação de órgãos, o que potencializou a motivação para a elaboração deste texto.

Desta forma, foi possível uma nova visão da questão dos transplantes e o conhecimento das indagações que surgiram ensejaram o desenvolvimento do presente artigo.

2. O transplante de órgãos no contexto de saúde no Brasil

O transplante é caracterizado como um procedimento médico pelo qual se extraem tecidos de um corpo humano que são reimplantados em outro, a fim de que o tecido transplantado realize, em sua nova localização, a mesma função que realizava anteriormente.

À medida que se desenvolveram os métodos de transplante surgiram obstáculos legais e éticos que limitaram a disponibilidade de órgãos. Para tanto, surge a necessidade de leis "incentivadoras", porém respeitadoras da dignidade humana, para que a sociedade possa se conscientizar sobre a importância daquele procedimento, possibilitando, assim, a manutenção da vida de pessoas doentes, que se submetem a tratamentos permanentes, rigorosos e dispendiosos. Neste contexto é que se verifica a importância do transplante de órgãos, posto que possibilitará ao doente o retorno ao *status quo ante*, isto é, proporcionará àquele a reintegração à comunidade, nos limites admissíveis ao transplantado.

No Brasil há um grande número de pessoas que se encontram nesta situação de "incapacidade" e sofrimento e, com isso, figuram nas filas de vários hospitais à espera do órgão necessário à solução do problema de saúde que os acometem. Entretanto, apesar do notável desenvolvimento das técnicas destinadas à realização dos transplantes de órgãos, associadas à recente Lei dos

Transplantes, que torna a doação de órgãos compulsória, é fato que a falta de infra-estrutura dos centros de saúde para manter um paciente com morte encefálica nas condições que o permitam ser doador, envolvendo escassez de leitos e recursos, possivelmente impossibilitará aquela aspiração.

Assim, apesar das perspectivas de uma melhor qualidade de vida, fatores éticos e legais devem ser respeitados e contemplados na ocasião de um transplante.

3. As interfaces do tema

3.1 Área da saúde

Com o advento da Magna Carta de 1988 ficou garantida, em seu art. 5.º e incisos, a tutela do direito à vida a qualquer indivíduo, sendo este, segundo o ensinamento do insigne Fernando Capez (1), "o direito de não ter interrompido o processo vital, senão pela morte espontânea e inevitável".

Como consequência deste direito, há o de existência, que se caracteriza "no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo" (2). Neste campo, em princípio, é que incide a temática proposta para este trabalho, vale dizer, a possibilidade da manutenção da vida por um indivíduo que, procurando exercer este direito, acaba por procurar um profissional da saúde, o qual, empregando as técnicas e os conhecimentos existentes na área do transplante de órgãos, torna possível o prolongamento da vida daquele que se encontra em situação de grave enfermidade.

Com isso, a competência do profissional envolve a sua habilidade de compreender o doente de forma a possibilitar-lhe o entendimento do procedimento a ser utilizado e suas eventuais complicações; as informações a serem transmitidas devem ser pautadas na natureza dos procedimen-

tos, nos objetivos diagnósticos ou terapêuticos, nas alternativas existentes para os procedimentos propostos, nas possibilidades de êxito e insucessos, pautando-se no balanço dos benefícios a serem obtidos e riscos e inconvenientes possíveis de sobrevirem.

Ademais, o consentimento do paciente deverá ser obtido anteriormente à realização de todo procedimento sobre o organismo humano de natureza física ou psíquica, baseado em um ato de decisão voluntária, possibilitando a aceitação ou recusa das propostas de ação que lhe afetem ou poderão afetar.

Neste diapasão o escólio de Genival Veloso, mencionado por Silva (3): "O médico não pode dispor incondicionalmente da vida de seu paciente a ponto de obrigá-lo a aceitar uma conduta terapêutica, a não ser diante de iminente perigo de vida. Nos transplantes deve o médico informar ao doente todos os riscos operatórios, as possibilidades de êxito e a duração possível de sua sobrevivência".

Desta forma, atendidas tais posturas, preservada estará a vontade e a dignidade do paciente, bem como o dever do profissional de saúde.

Relacionado ainda ao tema do consentimento informado, encontra-se a bioética e seus princípios, que visam assegurar o respeito à dignidade do paciente e seu direito de administrar sua vida, consoante sua vontade. 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 esta conduta é examinada à luz dos valores e princípios morais" (4). Com efeito, percebe-se que a filosofia da bioética será a de ajudar uma cultura a esclarecer a própria visão da realidade e dos valores.

Destarte, temos que três são os princípios norteadores, conhecidos como a "Trindade Bioética".

O primeiro denomina-se princípio da autonomia ou respeito às pessoas, caracterizado no mister da aceitação das pessoas se autogovernarem ou serem autônomas (livres), quer na sua escolha, quer nos seus atos, sobretudo no que diz respeito à aceitação do médico para com a vontade do paciente ou do seu representante. Resumindo, é a "capacidade que tem a racionalidade humana de tomar suas próprias decisões" (5). Evidente, portanto, o vínculo existente entre o citado princípio e o consentimento informado, dado o respeito à liberdade de escolha do paciente.

O segundo princípio trata-se da beneficência, isto é, a procura do bem-estar e interesses do paciente por intermédio da ciência médica e de seus representantes ou agentes. Tal princípio remete a Hipócrates e sua observância no contexto atual da saúde não se coaduna com posturas que expressem paternalismo ou manipulações (5). Ao paciente deverá ser assegurada a participação no processo de tratamento.

Por fim, o princípio da justiça fundamenta-se pela equidade na distribuição de bens e benefícios no que se refere ao exercício da medicina ou área da saúde. Ressalte-se, outrossim, que a pessoa será vítima de uma injustiça quando lhe for negado um bem ao qual tem direito e que lhe é devido.

Relacionando este panorama com a problemática dos transplantes, a observância a esses princípios se faz necessária, posto que o doente, internado em uma Unidade de Transplante, buscando uma chance de vida ou mesmo a segurança no aparato técnico e farmacológico que lhe propiciará melhores condições orgânicas, deve manter um vínculo com o profissional que dele cuida, de forma a permitir a sua participação no processo de decisão e a preservação do seu querer no que se refere à realização do transplante.

Finalmente resta atentar para a existência de um eventual conflito entre os princípios supramencionados no momento da decisão sobre um procedimento, ou seja, a posição da equipe médica, detentora do saber técnico-científico e a posição do paciente, que necessitará manifestar sua vontade em se submeter ou não a um transplante. Tal vontade vai estar interligada à sua história de vida, visão de mundo e tempo vivido. É clara, portanto, a importância da bioética nas relações que envolvam os transplantes de órgãos.

Neste sentido percebe-se nos dias atuais, uma preocupação ainda incipiente da área médica, particularmente das Escolas de formação médica, com o resgate da reflexão moral e a retomada da discussão ética pela sociedade, procurando reequilibrar determinados juízos e valores indispensáveis à sobrevivência e manutenção de uma determinada estabilidade dos povos. Em termos de saúde pública, a ética "é entendida como a resultante moral do conjunto de decisões e medidas políticas e sanitárias - individuais e coletivas - que proporcionam aumento da cidadania e diminuição da exclusão social" (6).

Segundo Gracia mencionado por Garrafa (7), atualmente a bioética se apresenta como "a procura de um comportamento responsável de parte daquelas pessoas que devem decidir tipos de tratamento e de pesquisa com relação à humanidade...". Lembra ainda este autor que "a racionalidade científica não pode - sozinha - estabelecer os fundamentos da bioética... Além da honestidade, do rigor científico ou da procura da verdade - pré-requisitos de uma boa formação científica - a reflexão bioética pressupõe algumas questões humanas que não estão incluídas nos currículos universitários".

Necessário se faz alcançar questões relativas à qualidade de vida que pos-

sam ser resolvidas pelo consenso entre a exigência do respeito recíproco e a necessidade do bem-estar comum, que constitui uma generalização do princípio de beneficência, interligado ao princípio de justiça ou equidade.

Por derradeiro, a bioética salienta a necessidade de abordagens multidisciplinares e multiprofissionais para a adequada formação ética dos atuais e futuros profissionais de saúde, o que sem dúvida vem ao encontro deste aprendizado e amadurecimento que buscamos nestas relações.

3.1.1 Da morte encefálica e dos bens fora do comércio

A morte encefálica foi reconhecida pela Lei n. 9.434/97, em seu art. 3.º, como critério para a determinação do instante da morte, visando facilitar os transplantes ante as exigências de órgãos íntegros e viáveis, aptos para o sucesso do procedimento. A morte encefálica é entendida como a cessação permanente da atividade do tronco cerebral. No esteio dessa assertiva, Motta Maia, mencionado por Silva (3) leciona: "Entretanto, registre-se que a ausência das funções cerebrais não impede que sejam mantidas artificialmente as funções de respiração e de circulação, o que os fisiologistas denominam de vida técnica".

Entretanto, antes da lei abraçar essa postura, os ilustres José Adriano Marrey Neto e Vitor Pereira (8) já ensinavam: "Em síntese, é aceitável sob os aspectos médico e jurídico, a morte encefálica como critério da morte. Todavia, é tal a gravidade do problema, que não se deve transigir com quaisquer cuidados que a possam envolver, entre eles ressaltando-se o esgotamento de todas as providências tendentes à sua verificação e a exigência imperiosa de sua consta-

tação por médicos especializados e do mais elevado sentido ético”.

No que se refere à mercantilização de órgãos em nosso país, observa-se que a mesma é absolutamente vedada, tanto que a posição majoritária, sobretudo a Constitucional, é clara no sentido de que, na permissão para a comercialização de órgãos faltaria uma base ética, eis que poderia provocar uma comercialização prejudicial aos interesses dos mais necessitados que poderiam ofertar seus órgãos em troca de melhores condições sócio-econômicas.

Em termos legais, a personalidade jurídica extingue-se por ocasião do evento morte, tornando-se, o cadáver, uma coisa submetida à disciplina jurídica, classificada como *extra commercium*. Não obstante o posicionamento contrário da Carta Constitucional, o ilustre José Afonso da Silva (2), salientando o problema do direito à integridade física, entende que não existiriam óbices ao indivíduo para alienar membros ou órgãos de seu corpo, desde que isso se verificasse após a morte do alienante, eis que não resultaria ofensa à vida, posto que a mesma já não existiria.

Os bens fora do comércio (art. 69, do CC) são as coisas insuscetíveis de apropriação e as legalmente inalienáveis e, desta forma, consoante o mandamento constitucional, os transplantes de órgãos enquadrar-se-iam na segunda modalidade (proibição legal). Com isso, apenas a doação de órgãos é permitida, eis que a alienação, com intuito de lucro, é defesa nos termos do art. 1.º, da Lei de Transplantes.

A título de ilustração, urge salientar que, nos Estados Unidos, o advogado Blumstein é mencionado por Garrafa (9) ao abordar a tese da ausência de controle do doador ou de sua família sobre a distribuição de órgãos doados para transplantes, passando o órgão humano

a ser considerado uma espécie de “propriedade nacional”. Enfatiza, ainda, que as pessoas foram criadas no regime da economia de mercado e só doam algo quando incentivadas monetariamente, pois estão culturalmente acostumadas com este sistema, e, além disso, “os medicamentos são pagos, o hospital é pago, o médico é pago. Por que os órgãos não devem ser também pagos?” (8). Todavia, segundo Garrafa (9), tal posição fere a ética e a moral necessárias nas relações médico-paciente.

3.2 Área Jurídica

Após a tramitação de vários projetos de lei perante o Congresso Nacional, foi sancionada a Lei n. 9.434, de 04.02.1997, disciplinando que todos os brasileiros são doadores, “salvo manifestação de vontade em contrário”. Com isso, mister se faz salientar que a capacidade de consentimento da pessoa, isto é, sua aptidão para administrar e decidir consoante sua vontade, acerca de bens e valores jurídicos a que se submete, vontade esta manifestada de forma livre e espontânea, acabou por ser desrespeitada pela lei vigente. É cediço que a grande polêmica existente na indigitada lei refere-se à compulsoriedade na doação de órgãos. Neste sentido, portanto, os defensores da lei de transplantes entendem que a exceção aberta na norma legal, vale dizer, a expressão “salvo manifestação de vontade em contrário”, estaria respeitando o princípio da autodeterminação do ser humano, no momento em que este apresentasse a recusa expressa (10).

Todavia, é fato que a norma atinge diretamente a livre manifestação de vontade da pessoa, isto é, a “expressão externa do querer individual e implica o afastamento de obstáculos ou de coações, de modo que o homem possa agir livremente” (2). Para agravar esta situação,

lembramos que parte da população brasileira não possui a instrução jurídica adequada para a compreensão daquilo que a lei dispõe, o que, certamente, poderá intervir em uma manifestação livre e *consciente* de vontade, a partir do momento em que a pessoa não entenda o real significado da norma, podendo, com isso, gerar um consentimento falso, distorcido por um vício de vontade presente naquela manifestação. Além disso, é preciso enfatizar também que a lei não permite que a família se oponha à intervenção médica, fato este que, possivelmente, gerará grandes discussões entre a equipe médica e os familiares do doador. Portanto, de acordo com essas posições, verifica-se que a norma fere alguns princípios constitucionais que tutelam a autonomia de vontade e, neste caso, seria ela inconstitucional.

Apesar disso, alguns pontos se destacam na atual sistemática, tais como o da possibilidade do menor, sendo devidamente assistido (incapacidade relativa) ou representado (incapacidade absoluta) por seus pais, tutores ou curadores, manifestar-se contrariamente à doação de seus órgãos, já que a legislação nada menciona. Porém, entendemos que, uma vez atendidas as formalidades legais, a negativa para doar será admissível.

Além disso, a expressão “não-doador” será empregada na Carteira de Identidade ou na Carteira Nacional de Habilitação, devendo ser gravada, de forma indelével e inviolável, na documentação da pessoa que não pretender doar seus órgãos e que, para tanto, manifestou sua vontade naquele sentido (art. 4.º, § 1.º, da LT). Destaque-se ainda que esta documentação possivelmente será alterada, eis que, com o advento da Lei n. 9.454, de 07.04.1997, haverá um número único de Registro de Identidade Civil, fazendo com que, após o prazo máximo (5 anos) estipulado pelo art. 6.º, da indicada legislação,

todos os documentos de identificação que estiverem em desacordo com a norma legal percam a validade. Não obstante isso, aquela posição deverá ser seguida, também, pelas pessoas que já possuem a mencionada documentação que, neste caso, comparecerão aos órgãos competentes para providenciar o referido registro. Por sinal, seria necessária a criação de um procedimento capaz de registrar a vontade da pessoa, de forma rápida e econômica, eis que a necessidade da troca da documentação das pessoas “não doadoras”, possivelmente acarretaria gastos para a máquina estatal e, conseqüentemente, um possível desinteresse por parte daqueles que não almejam doar seus órgãos, já que deveriam enfrentar a burocratização do sistema e a falta de informação, deixando, assim, de escolherem livremente a vontade pretendida.

Outro ponto de destaque no que concerne à doação em vida refere-se ao fato de que somente será admissível a disposição de órgãos, tecidos ou partes do próprio corpo, quando se tratar de órgãos duplos, que não impeçam o organismo do doador de manter-se vivo, sem risco para a sua integridade, não apresente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental, não cause mutilação ou deformação inaceitável e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora (art. 9.º, § 3.º, da LT).

Importante salientar, ainda, a possibilidade de retratação do ato volitivo manifestado anteriormente, vale dizer, a possibilidade de “voltar atrás”, a respeito da decisão assumida em outra ocasião. Neste caso, a reformulação da manifestação de vontade, da mesma forma, deverá ser registrada, a qualquer momento, nos mencionados documentos (arts. 4.º, § 4.º e 9.º, § 5.º, da LT).

Pergunta interessante poderia ser suscitada no caso de existirem manifes-

tações divergentes nos citados documentos. Porém, para esta hipótese, a lei solucionou o problema, disciplinando que, no caso de dois ou mais documentos válidos apresentarem opções diferentes quanto à condição de doador ou não, prevalecerá o mais recente.

Ressalte-se, outrossim, a necessidade do diagnóstico da morte encefálica, autorizador da doação pós-morte, dever ser constatado e registrado por dois médicos não participantes das equipes de remoção ou transplante, permitindo-se, além disso, a presença de médico de confiança da família do morto. Pretende-se, destarte, respeitar a ética que deve reger as relações médico-paciente. Entretanto, este campo poderia ter sido ampliado com a adoção dos princípios norteadores da bioética, que, possivelmente, tornaria mais democrática a disponibilização dos órgãos do doador, respeitando-se a dignidade humana e evitando-se qualquer atrito entre a família e os profissionais da saúde.

Assim, procurando manter uma relação democrática na doação de órgãos, o coordenador do Grupo de Estudos em Bioética da UNB, Volnei Garrafa, destaca que o país somente alcançaria uma solução suficientemente equilibrada (politicamente) e justa (moralmente), na oportunidade em que ocorresse um progresso moral na sociedade (11).

Fator importante à uniformização e democratização da doação de órgãos refere-se às medidas previstas nos arts. 10 a 13, da LT, já que proíbem a veiculação, por qualquer meio de comunicação social, de publicidade de estabelecimentos autorizados a realizar transplantes, bem como de apelos públicos solicitando doação para uma pessoa determinada ou para a arrecadação de fundos para o financiamento de transplante. Dessarte, respeita-se o princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei, sem qualquer privilégio ou

prejuízo para as pessoas que se encontram na mesma situação.

Importante salientar, outrossim, que os transplantes somente poderão ser realizados em estabelecimentos públicos ou privados de saúde e por equipes médico-cirúrgicas autorizadas pelo Sistema Único de Saúde. Entretanto, para que este procedimento possa ser adotado com maior eficiência é necessária a criação das centrais estaduais de captação, determinando-se, ainda, as suas atribuições específicas.

Assim, além da disciplina legal vigente, a classe médica deveria esclarecer a população sobre o transplante, observando e respeitando os princípios bioéticos, a fim de conscientizá-la sobre os benefícios do procedimento, manifestados na possibilidade de um doador de múltiplos órgãos reintegrar, em média, de sete a oito indivíduos que aguardam por essa oportunidade.

3.3 Área Religiosa

É nítida a influência da religião nas atitudes e decisões de seus fiéis. Com isso, o posicionamento favorável de uma crença a respeito da doação de órgãos possivelmente acarretará uma tendência a que seus seguidores adotem a posição tomada por sua religião.

De acordo com essas posições, percebe-se que, apesar de algumas divergências, a tendência é manifestada no sentido de se apoiar qualquer tentativa de se salvar a vida de uma pessoa e, para tanto, a nova legislação é vista de forma positiva pelos religiosos, que assim se manifestaram por ocasião da tramitação do projeto de lei.

No esteio desta assertiva e conforme artigo publicado no jornal *Folha de São Paulo* (12) tem-se que a igreja católica, bem como a anglicana, o budismo e o espiritismo aprovam a doação; também

os seguidores da religião "testemunhas de Jeová" a autorizam. Outras religiões, entretanto, sem proibir o ato, consideram-no pessoal e, desta forma, dependente da vontade de cada doador. Esta posição é seguida pelas igrejas evangélicas, como batistas e presbiterianas.

Finalmente resta esclarecer que os muçulmanos são contrários à doação de órgãos, pois entendem que "o corpo humano não pertence aos homens" (12).

3.4 Direito Comparado

Vários ordenamentos jurídicos estrangeiros tratam do instituto ora em debate, porém não uniformemente, o que demonstra a problemática do instituto.

Segundo o Código Civil português, não havendo manifestação de vontade do *de cuius* sobre o destino de seu cadáver, isto é, do seu corpo para depois da morte, os parentes podem determinar o seu destino normal, fundado no sentimento de piedade que informa tal ato e notadamente por participar das relações de família (13).

De acordo com a doutrina apresentada por Hernán L. Fuenzalida-Puelma (14), no tocante à doação *post mortem* mister se faz a obtenção do consentimento afirmativo do doador, realizado de forma voluntária, que certamente contribui para uma doação rápida e incontestada. Neste campo, três seriam as formas de se manifestar aquela anuência.

A primeira forma seria a doação por testamento, caracterizada pela manifestação em vida do doador, recorrendo-se às solenidades das leis sucessórias, sendo, por isso, demorado.

Por sua vez, a doação por meio de etiqueta de doador é considerada a melhor forma voluntária, eis que oferece a vantagem do doador sempre portá-la. Dessarte, o hospital pode buscar a etiqueta e atuar imediatamente.

Finalmente, a doação por consentimento presumido consiste na extração habitual de órgãos, a menos que haja alguma objeção anterior (pelo doador antes de falecer, ou por um familiar se aquele não houvesse autorizado especificamente a doação). É possível a aquisição de maior número de órgãos do que o método anterior. Ainda assim, existe a preocupação de que o consentimento presumido limite o direito do indivíduo de decidir sobre o que fazer com seu corpo, devendo colocar uma ação afirmativa para evitar que extraiam algum de seus órgãos. Para que tenha validade, o doador deve entender o significado e compreender que a não discordância será interpretada como consentimento. Além disso, atente-se para o fato de que, na vida prática, *quo plerumque accidit*, é a não extração dos órgãos do falecido pelo médico, sem o consentimento da família, mesmo que esteja com a etiqueta firmada, temendo um futuro processo demandado pela família.

Há métodos de consentimento presumido com o requisito de um princípio de notificação, exigindo que haja um esforço razoável para que se localize o familiar mais próximo, caso aquele omita sua concordância. Se a pessoa falecida não se opuser à doação e não for possível localizar o parente mais próximo mediante uma busca exaustiva, o hospital poderá extrair qualquer órgão.

Por fim, resta esclarecer a posição louvável de Dickens citado por Fuenzalida-Puelman (14), no sentido de que a conduta do médico, em qualquer procedimento a ser adotado, não deve se fundamentar na preocupação pelo benefício que a morte do paciente possa representar para os receptores de órgãos, já que isto poderia ocasionar alguns conflitos de interesses entre o médico e os familiares do paciente.

Na Espanha, a Lei n. 30/79 visa os interesses do receptor, existindo uma

presunção *juris tantum* que permite a extração de órgãos no caso do doador não deixar expressa oposição. Na Áustria, o transplante somente deixará de ocorrer se houver oposição expressa do falecido. Por fim, em razão de não haver disciplina legal na Alemanha, a solução acolhida é a de recorrer aos princípios gerais de direito, que implicam na adoção do sistema do consentimento (10).

4. Considerações finais

A pretensão deste trabalho foi a realização de uma incursão ao tema da doação de órgãos, destinada aos transplantes, com a intenção de trazer à luz algumas interfaces da ampla questão.

A doação de órgãos encontra-se em destaque nos noticiários do país, em decorrência da nova legislação que a disciplina e, conforme procuramos explicitar, a discussão requer várias óticas que contemplem essas interfaces. É necessário preservar o respeito à dignidade humana em qualquer intervenção médica, devendo, para tanto, serem observados os princípios da bioética, a fim de que a vontade do doador prevaleça sobre a vontade médica ou estatal. Nesse ponto, portanto, é que se apresenta a principal polêmica envolvendo a recente lei de transplantes, qual seja, a autodeterminação do ser humano.

Com isso, tem-se que a compulsoriedade na doação de órgãos seria uma ofensa ao princípio da autonomia da pessoa e, por conseguinte, ao princípio da liberdade individual, previsto na Constituição Federal de 1988, considerando que produziria um vício na vontade do doador, ou seja, a coação, já que os princípios inerentes à doação não seriam respeitados, tendo em vista que aqueles se caracterizam em um ato volitivo, expressado de forma livre e espontânea.

Assim, tendo em vista que a bioética se baseia na necessidade de abordagens

multidisciplinares e multiprofissionais para uma adequada postura ética, isto é, na interação das várias disciplinas e dos vários profissionais que atuam nas áreas jurídica, da saúde, religiosa e, sobretudo, porque se pretende contemplar o humano, é fato que a busca do respeito mútuo nas relações médico-paciente, pretendida por aquela ciência, possibilitará o respeito à liberdade individual e à autonomia que tanto se almeja na disciplina das normas reguladoras dos transplantes de órgãos.

Assim sendo, a entrega de órgãos, de forma livre e espontânea, enquadra-se numa modalidade específica de doação, qual seja, a promessa de doação e, como aquela, exige, para a realização do ato, a presença de duas características, vale dizer, a liberalidade e a espontaneidade.

Com isso, estando presentes tais elementos que se referem à concessão feita pelo doador ao donatário, isto é, a uma vantagem que, no caso dos transplantes seria de ordem pessoal, coligadas ao elemento da gratuidade, ou seja, doar sem o intuito de obter lucro, o elemento subjetivo pessoal do agente e essência do contrato possibilitariam a consumação do ato e, conseqüentemente, respeitariam a sua vontade, eis que fora emanada sem a presença de qualquer vício que porventura pudesse desviar a intenção contida no ato volitivo.

Desta forma, apesar de ser uma tentativa louvável a existente na atual legislação visando beneficiar milhares de cidadãos, considerando que todos os brasileiros estão obrigados a dispor de seus órgãos, salvo a manifestação negativa, é evidente o desrespeito ao princípio constitucional da liberdade individual, já que a legislação figura a “doação” de órgãos como um ato forçado, imposto de forma coercitiva, sem respeitar a manifestação de vontade do doador. Destarte, entendemos que a doação voluntária seria a melhor manei-

ra de se dispor de órgãos, posto que respeitaria a vontade do doador, não cerceando qualquer direito do mesmo e, principalmente, preservando a ética nas relações médico-paciente, tendo em vista que uma doação compulsória, por vezes, poderá gerar conflito entre o profissional da saúde, favorável ao início do procedimento (transplante) e os familiares do doador, contrários àquela postura, em virtude daquele não ter pretendido que seus órgãos fossem retirados, seja por convicção pessoal, seja por falta de informação, que, por certo, poderão ser violadas em uma doação automática.

Com efeito, percebe-se a necessidade de uma revisão constante da ordem jurídica, tendo em vista que as relações ou condições de fato são dinâmicas e flexíveis. Neste sentido e sabendo que as relações sociais encontram-se em permanentes alterações é que, diretamente, se impõe também a mutação da ordem jurídica, a fim de que a mesma acompanhe e se adapte às novas condições e valores emergentes na coletividade.

Neste campo, por conseguinte, e acentuando a mutabilidade da ordem jurídica, tem-se que a nova de lei de transplantes, apesar de procurar fornecer uma maior oferta de órgãos para os eventuais receptores, acabou por desrespeitar a autodeterminação do ser humano e, conseqüentemente, a violação a um dos princípios fundamentais aparados pela Carta Magna (art. 1.º, III), qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Portanto, em razão dos possíveis conflitos que poderão advir nas esferas envolvidas, particularmente na relação médico-paciente, é que destacamos a importância de serem respeitadas algumas posições de natureza bioética, reverenciando, destarte, a dignidade humana e a manifestação volitiva desembaraçada de quaisquer vícios do consentimento, que porventura pudessem macular uma decisão referente à doação de órgãos.

5. Referências bibliográficas

1. CAPEZ, F.; Curso Preparatório aos Concursos de Ingresso nas Carreiras Jurídicas; *Direito Constitucional*; MPM, p. 117, 1996.
2. SILVA, J. A.; *Curso de Direito Constitucional Positivo*; 11.ª ed., São Paulo, Malheiros; 1996.
3. SILVA, F. L.; Direitos e deveres do paciente terminal; *Revista Bioética; Simpósio: Pacientes Terminais*, v. 1, n. 2; p. 148; Conselho Federal de Medicina; 1993.
4. CLOTET, J.; Direitos e deveres do paciente terminal; *Revista Bioética; Simpósio: Pacientes Terminais*, v. 1, n. 1; p. 16; Conselho Federal de Medicina; 1993.
5. GRACIA, D.; *Procedimentos de decision en ética clínica*; Conferência realizada no 1.º Congresso de Bioética da América Latina e Caribe, São Paulo, 1995.
6. GARRAFA, V.; *Dimensão da Ética em Saúde Pública*; Faculdade de Saúde Pública / USP; 1995.
7. GRACIA, D.; *La Bioética Médica 1: Organización Panamericana de la Salud*; Bioética: Temas Y Perspectivas; Washington, 1991, p. 3-7, apud GARRAFA, V.; *Dimensão da Ética em Saúde Pública*; Faculdade de Saúde Pública / USP; 1995.
8. MARREY NETO, J. A., PEREIRA, V.; *Revista dos Tribunais*, v. 681; p. 435-437; Julho/1992.
9. GARRAFA, V.; O Mercado de Estruturas Humanas (A soft human market). *Revista Bioética; Simpósio: Pacientes Terminais*, v. 1; n. 2; p. 119; Conselho Federal de Medicina; 1993.
10. OLIVEIRA, W. T.; Lei n. 9.434/97: Os Transplantes e a Polêmica sobre seus aspectos Constitucionais e Penais; *Boletim IBCCrim*, p. 10, p. 11; Março/1997.
11. GARRAFA, V., "Meta a Longo Prazo", *Folha de São Paulo*; Caderno Opinião, p. 1-3, 25.01.1997.
12. FALCÃO, D.; "Decisão divide líderes religiosos", *Folha de São Paulo*, Caderno Cotidiano; p. 3-1; 17.01.1997.
13. GOGLIANO, D.; Morte Encefálica. *Revista Bioética; Simpósio: Pacientes Terminais*, v. 1; n. 2; p. 147; Conselho Federal de Medicina; 1993.
14. FUENZALIDA-PUELMA., H. L.; Transplante de organos. La respuesta legislativa de América Latina; *Boletim de La Oficina Panamericana*; v. 108; ns. 5 e 6; ano 69; p. 445-453.