

A doação *post mortem* de órgãos para transplantes no sul de Santa Catarina: uma análise do consentimento informado das famílias dos potenciais doadores x a autonomia da vontade do doador¹

Lucas Alberton²

Sheila Martignago Saleh³

Resumo

O tema central da pesquisa versa sobre a doação de órgãos *post mortem* para transplantes no sul de Santa Catarina, pela análise dos termos de consentimento informados das famílias dos potenciais doadores obtidos nos Hospitais da Região Sul de Santa Catarina que realizam a captação de órgãos, no período de janeiro de 2004 a junho de 2008. A pesquisa demonstrou que o número de negativas familiares no município de Criciúma é superior, inclusive, às autorizações para o efetivo transplante de órgãos, ao contrário do município de Tubarão. Todavia, a lei exige o consentimento familiar, como requisito essencial para o efetivo transplante de órgãos. Deste modo, o simples “não”, emitido por um familiar de um potencial doador, pode cercear o direito fundamental mais importante de todos, senão o direito à vida de outrem, que espera na fila dos transplantes.

Palavras-chave: transplante; órgão; autonomia; vida; consentimento informado.

Abstract

The focus of research is in the post-mortem donation of organs for transplants in southern Santa Catarina, by analyzing the terms of the informed consent obtained from families of potential donors in hospitals in the South of Santa Catarina that perform organ harvesting in from January 2004 to June 2008. The research showed that the number of negative family in the town of Criciúma is superior even to the effective permits organ transplantation, unlike the city of Jaws. However, the law requires family consent, as an essential requirement for effective organ transplantation. Thus, the simple "no", issued by a family of a potential donor

¹ Artigo elaborado em 2008, a partir de pesquisa financiada pelo programa PIBIC-UNESC, ano 2007/2008.

² Graduação em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense, Brasil (2008), Advogado, inscrito na OAB/SC sob o nº 28.795, especialista em Direito Previdenciário. Atual Presidente da Subcomissão do Jovem Advogado da OAB/SC - Subseção de Criciúma. E-mail: lucasalberton@hotmail.com

³ Mestre em Fundamentos do Direito Positivo pela UNIVALI- Universidade do Vale do Itajaí-SC. Professora do curso de direito da UNESC-Universidade do Extremo Sul Catarinense e pesquisadora do NUPEC-Núcleo de Pesquisas em Direitos Humanos e Cidadania da UNESC. E-mail: sheilamsaleh@hotmail.com.

can curtail the fundamental right of all most important, but the right to life of others waiting in line at the transplants.

Keywords: transplantation; organ; autonomy; life; informed consent.

Sumário

Introdução - 1. Desenvolvimento - 2. O direito à vida - 3. O consentimento na doação de órgãos *post mortem* - 4. Resultados obtidos - Considerações finais – Referências.

Introdução

Não resta dúvida de que a vida é o bem mais precioso que possuímos, tendo o homem desde a Antiguidade, até os dias de hoje, buscado incessantemente maneiras de prolongar sua sobrevivência.

A nossa Carta Magna assegura a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º CRFB/88), por outro lado também defende que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas [...]” (BRASIL, 2008-A).

Logo, pergunta-se, até que ponto deve sobrepesar a vontade do legislador, emanado por uma série de princípios, quando o bem mais precioso de qualquer cidadão corre perigo?

Será mesmo legal e correta, a intervenção negativa dos familiares de um potencial doador, cerceando o direito de outrem a um transplante de órgãos que possa salvar a sua vida?

São essas as questões que indagam o presente estudo, e que apresentam uma série de afrontamentos morais, religiosos e legais, onde se quer apenas salvar a vida de um ser humano, sem ultrapassar inúmeras barreiras para tanto.

1. Desenvolvimento

Conta a história que em 280 d.C, já nos deparávamos com as figuras de Cosme e Damião, médicos gêmeos, elevados à categoria de santos pela Igreja Católica, por entre outros milagres terem feito um transplante da perna de um doador morto negro para um paciente branco (ABTO, 2007).

Mas foi a partir de meados do século XX, que o homem passou a tornar mais concreto o sonho de reconstituir uma parte do corpo humano afetada. Principalmente quando em 1959 é reconhecido o critério de morte encefálica em Paris (ABTO, 2007).

A morte encefálica caracteriza a figura do potencial doador. Assim dispõe a Lei 9.434 de 4 de Fevereiro de 1997, alterada pela Lei 10.211 de 23 de Março de 2001 que veio tratar da remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, quando assevera em seu art. 3º. “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 [...]” (BRASIL, 2008-B).

A entrada em vigor da Lei supracitada que passou a dispor sobre a retirada de órgãos, fez o Conselho Federal de Medicina baixar a Resolução nº 1480 de 08 de Agosto de 1997, esta que resolve em seu art. 1º. “A morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias” (ABTO, 2007).

É esta mesma Resolução que considera: “a parada total e irreversível das funções encefálicas equivale à morte, conforme critérios já bem estabelecidos pela comunidade científica mundial” (ABTO, 2007).

Logo, morte encefálica é a definição legal de morte. É a completa e irreversível parada de todas as funções do cérebro. Isto significa que, como resultado de severa agressão ou ferimento grave no cérebro, o sangue que vem do corpo e supre o cérebro é bloqueado e o cérebro morre (ABTO, 2007).

Nesse momento, estando caracterizado que para o transplante de órgãos *post mortem* necessita-se de um potencial doador, cujo óbito provém de morte encefálica. Ainda assim, é necessário o cumprimento de alguns requisitos, entre os tais uma série de exames, bem como o cumprimento de todos os encaminhamentos médico-legais que garantam o procedimento conforme a lei em vigor.

“A morte, tanto quanto a vida é de extrema importância para o Direito, pois dela decorre uma série de efeitos no âmbito jurídico” (VENOSA, 2004, p. 197). São estas as palavras do Mestre Venosa que, talvez, melhor representem as conseqüências geradas pela existência de um potencial doador.

Para se ter uma idéia, segundo dados do SNT (Sistema Nacional de Transplantes), nosso país conta hoje com quase 64 (sessenta e quatro) mil pessoas inscritas em Lista Única de Espera por um transplante de órgãos, sobretudo no Estado de São Paulo, que conta com o maior número de mortes de candidatos a transplante de órgãos em todo o mundo (LIMA, 2006, p. 25).

A Lista Única de Espera, criada pelo Ministério da Saúde em 1997, abrange candidatos a transplante de órgão, oriundos de todas as regiões do País. O critério adotado, via de regra, é o da ordem cronológica de inscrição: quem se escreve primeiro, antes receberá a tão sonhada doação.

Ocorre que, na prática, a adoção de tal critério se mostrou insuficiente, ineficaz e sobremaneira injusta. O método, é ocioso dizer, não se adequa à realidade, haja vista não ser aquele que primeiro se inscreveu na lista de espera quem, necessariamente, encontra-se na iminência de ser vitimado pela doença. (LIMA, 2006, p. 26).

O procedimento acima elencado demonstra a situação enfrentada por milhares de pessoas que dependem desesperadamente de um transplante de órgãos para continuar vivendo. Mas o que fazer para reverter este quadro?

2. O direito à vida

Não basta apenas ter surgido a figura do potencial doador, para que o transplante de órgãos possa acontecer. Ainda é necessário vencer as etapas seguintes. A mais importante destas, está denotada numa simples palavra que pode vir a restringir a esperança de milhares de pessoas que se fazem presente na fila, aguardando a sua vez de receberem o transplante: o chamado “Consentimento Familiar” que vigora desde a Lei 10.211 de 23 de março de 2001.

Logo, questiona-se quem possui a legitimidade suficiente para autorizar o transplante: O doador quando em vida assumiu esta prerrogativa, mesmo tacitamente? Ou a família que com a morte do seu ente querido, passaria a ter domínio sobre seus direitos?

Sabe-se que a autonomia da vontade é um dos princípios basilares do Direito Civil, especialmente quando nos referimos a um negócio jurídico, a formalização de um contrato. Assim vaticina Venosa (2005, p. 397):

A declaração de vontade é elemento essencial do negócio jurídico. É seu pressuposto. Quando não existir pelo menos aparência de declaração de vontade, não podemos sequer falar de negócio jurídico. A vontade, sua declaração, além de condição de validade, constitui elemento do próprio conceito e, portanto, da própria existência do negócio jurídico.

Neste mesmo sentido Veiga (2001, p. 24) esclarece que segundo o princípio da autonomia da vontade, a parte só contrata se quiser, tem a liberdade de escolher a espécie de contrato que desejar, desde que se submeta às regras impostas pela lei.

Ocorre que ao referirmos-nos ao transplante de órgãos, percebe-se que a autonomia da vontade do doador, está apenas sendo acatada verdadeiramente nas doações tidas como *inter vivos*, desde que respeitadas algumas peculiaridades. Assim dispõe a Lei 9.434/97:

Art. 9º. É permitido 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) (BRASIL, 2008-B).

Logo se percebe que em vida o doador expressamente pode manifestar sua vontade e permitir a doação de órgãos que não comprometam a sua saúde, nem suas aptidões vitais. A preocupação do legislador se refere quanto à proibição da comercialização de órgãos, bem como da imoralidade em tirar proveito pecuniário desta situação, o que feriria os bons costumes.

Em 2002, com a entrada em vigor do Novo Código Civil, os chamados “direitos de personalidade” ganharam um Capítulo próprio, que tornou evidente a vontade do legislador em reger o domínio do próprio corpo no âmbito patrimonial. Assim rezam os arts. 13 e 14:

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. (BRASIL, 2008-D).

Os transplantes de órgãos ganham importância ainda maior quando os relacionamos à luz dos direitos fundamentais assegurados em nossa Constituição Federal. Mas o que são direitos fundamentais? Na concepção de Sarlet (2001, p. 82), direitos fundamentais são:

[...] todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto constitucional e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento, na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).

O próprio Sarlet (2001, p. 48) esclarece que, desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, decorrentes de uma mutação histórica, trazendo à contemporaneidade a existência de três gerações destes direitos. Há autores que defendem a existência de uma quarta geração.

Os direitos fundamentais de primeira geração seriam aqueles de cunho negativo, uma vez que dirigidos a uma abstenção e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos. Segundo ele, assumem importância, principalmente, pela sua concepção jusnaturalista: os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. São direitos que estão complementados pelas chamadas liberdades de expressão coletiva, bem

como pelos direitos de participação política, igualdade formal perante a lei e algumas garantias processuais constitucionalmente explícitas (SARLET, 2001, p. 50).

A história do homem civilizado, ser gregário e social, direitos naturais, poucos e essenciais, tais como direito à vida, à sobrevivência, à propriedade e à liberdade. Como Direito Natural, ou afirmação filosófica, não há defesa possível quando é o mesmo violado pelo Estado, a não ser pela resistência quando o súdito rebelar-se contra a supremacia do soberano que não respeita os direitos indispensáveis à sobrevivência, resistindo e pressionando a ordem constituída pelo Príncipe. (CALMON, 2002, p. 152).

Em contraponto aos direitos de primeira dimensão, persistem os direitos econômicos, sociais e culturais que seriam os chamados direitos de segunda dimensão. Sarlet (2001, p. 51) menciona que as diferenciações de tais direitos se encontram na sua dimensão positiva, uma vez que o Estado é responsável diretamente por sua intervenção. Neste sentido, caracteriza-se o dever do Estado em outorgar ao indivíduo o direito a prestações sociais estatais, entre os tais: assistência social, saúde, educação, trabalho. Mas também outros direitos que não são direitos de cunho positivo, mas sim liberdades sociais, como liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como o reconhecimento de direitos fundamentais a todos os trabalhadores (férias, repouso semanal remunerado, garantia de um salário mínimo, etc.) (SARLET, 2001, p. 52).

A era dos direitos políticos tem início com a Revolução Francesa e com a aprovação, em 26 de agosto de 1789, da primeira Declaração dos Direitos do Homem.

A marca registrada desta era está na consciência da imperiosa necessidade de se estabelecer limites ao superpoder do Estado. Daí a preocupação em garantir-se a liberdade pessoal: ninguém pode ser acusado, preso ou detido, senão nos casos determinados em lei. (CALMON, 2002, p. 152).

Nos direitos considerados de terceira dimensão estariam representados os direitos de solidariedade e fraternidade que, segundo Sarlet (2001, p. 53), seriam os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação. Seriam direitos cuja base reside na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável que não encontraram ainda seu reconhecimento na seara do direito constitucional, mas estão bem adiantados no direito internacional, devido aos inúmeros tratados e outros documentos transnacionais existentes (SARLET, 2001, p. 53).

É a terceira fase dos direitos sociais, voltada para a comunidade internacional, cujo problema maior é o de fornecer garantias válidas e eficácia para os direitos fundamentais, ao tempo em que se empenha em aperfeiçoá-los continuamente, de

modo a não deixa-los engessados em fórmulas solenes e vazias. (CALMON, 2002, p. 153).

Cabe mencionar ainda a tendência contemporânea, que reconhece uma nova dimensão dos direitos fundamentais, tida como a quarta dimensão. Bonavides (2006, p. 571-572) sustenta que esta quarta dimensão é o resultado da globalização dos direitos fundamentais, estando presentes o direito a democracia, à informação e ao pluralismo, mas que esta defesa ainda esta longe de obter o devido reconhecimento, pois aguarda sua consagração na esfera do direito internacional e das ordens constitucionais internas.

Torna-se evidente a dificuldade em classificar os direitos fundamentais, tamanha a multifuncionalidade que eles se apresentam. Rocha (2004, p. 89), assim preferiu classificá-los:

[...] os direitos fundamentais são sistematizados em dois grandes grupos: os direitos de defesa e os direitos a prestações. O segundo grupo seria composto pelos direitos à prestação em sentido amplo (abrangendo os direitos de proteção e os direitos à participação na organização e procedimento) e o dos direitos à prestação em sentido estrito (direitos materiais sociais).

Quer-se, através da compreensão das dimensões e classificações que permeiam os direitos fundamentais, elucidar a importância de direitos essenciais para o ser humano, entre os tais, aquele considerado o maior de todos, senão a inviolabilidade do direito à vida.

Resta evidente que os transplantes de órgãos e tecidos estão estritamente conexos aos direitos fundamentais, pois traduzem o mais fundamental de todos eles: o direito à vida. Neste sentido Moraes (2004, p. 65-66) ensina:

O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos. A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.

Observa-se que a nossa Carta Magna de 1988, é responsável por assegurar o direito à vida, devendo o Estado dar todas as condições necessárias para que este direito esteja acima de todos os outros. Assim retrata Lima (2005, p. 86):

Na verdade, todo o elenco de direitos relaciona-se à vida e/ou seus atributos. Num sentido estrito, compreende-se o direito de nascer, viver e morrer dignamente. Envolve o direito à vida e à integridade física, reprimindo, p. ex., a prática da tortura. Na verdade, a vida e a liberdade constituem realidades pré-jurídicas e pré-estatais, acima da lei e anteriores a ela.

Ora, foi a própria proclamação da Constituição de 1988 que caracterizou a ascensão do novo Estado Democrático de Direito, nas palavras de Leite (2008, p.151), também chamado de Estado Constitucional, Estado Pós-Social ou Estado da Pós-Modernidade, no qual seus fundamentos assentam-se na constituição de uma sociedade mais livre, justa e solidária, na correção das desigualdades sociais e regionais, promoção do bem-estar e justiça sociais para todas as pessoas, bem como o desenvolvimento sócio-ambiental, a paz e a democracia.

Neste sentido, Silva (2002, p. 197), define o que seria o direito à existência, senão o direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, basicamente é o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável, se assim não o fosse a legislação penal não puniria todas as formas de interrupção violenta do processo vital.

Com base nestas constatações doutrinárias, questiona-se até que ponto o direito mais fundamental de todos deve prevalecer? Até que ponto a utilização de um órgão ou tecido *post mortem* pode ser limitado por alguma barreira legal, ou não, que impeça à garantia a vida de uma outra pessoa? Ainda mais, quando em vida o indivíduo declarou sua vontade expressa ou não, em ser um doador de órgãos.

Para esclarecer tal conotação, faz-se necessário, inicialmente, contemplar os ensinamentos de Silva (2002, p. 198), que aduz o direito à integridade física do ser humano, pois agredir o corpo humano nada mais é do que um modo de agredir à vida, por isso a integridade físico-corporal constitui um bem vital e revela um direito fundamental.

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. (SILVA, 2002, p. 199).

Mais especificadamente nos casos de doação *post mortem*, Silva (2002, p. 199) comenta que procedeu bem o legislador, quando ao editar a atual Lei 9.434 de 04 de fevereiro de 1997, regulamentada pelo Decreto 2.268 de 30 de junho de 1997, que instituiu o Sistema Nacional de Transplante – SNT, admitiu a disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, para fins de transplante e tratamento.

É que a vida, além de ser um direito fundamental do indivíduo, é também um interesse que, não só ao Estado, mas a própria humanidade, em função de sua conservação, cabe preservar. Do mesmo modo que a ninguém é legítimo alienar outros direitos fundamentais, como a liberdade, por exemplo, também não se lhe admite alienar a própria vida em nenhuma de suas dimensões. (SILVA, 2002, p. 199).

Assim sendo, em qualquer oportunidade, a ponderação de interesses deve priorizar sempre o princípio mais fundamental de todos, senão o direito à vida.

3. O consentimento na doação de órgãos *post mortem*

O consentimento que autoriza a doação de órgãos possui dois momentos distintos, conforme a legislação vigente em nosso país. Inicialmente, com a entrada em vigor da Lei 9.434/97, adotou-se a tese do consentimento presumido que fez com que toda a pessoa, desde que não se manifestasse em sentido contrário, seria doador em potencial.

Assim versava o art. 4º de referida Lei: “Salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta Lei, presume-se autorizada a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para finalidade de transplantes ou terapêutica *post mortem*” (BRASIL -2008-B).

Silva (2002, p. 200) esclarece que a vontade do legislador anteriormente prevista, no qual a manifestação de vontade em contrário devesse constar na Carteira de Identidade e na Carteira Nacional de Habilitação, foi um exagero, pois se constasse em apenas um destes documentos, a doação já teria sido expressada.

Com as alterações propostas pela Lei 10.211/01 extinguiu-se a doação presumida em nosso país, e determinou-se que a doação com doador cadáver só poderia ser realizada com o “Consentimento Familiar”, independentemente da vontade expressa em vida pelo potencial doador. Neste sentido, em contraponto ao exposto na Lei anterior, a nova Lei 10.211/01, passou a dispor em seu art. 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. (BRASIL, 2008-C).

Assim a Legislação Brasileira em vigor passou a adotar o chamado “Consentimento Informado”. Com efeito, nos transplantes *post mortem* deve-se comunicar a morte encefálica aos familiares, cabendo a estes consentir ou recusar a doação de órgãos de seu ente querido.

A antiga redação da Lei 9.434/97, que tratava do consentimento presumido e a sua abolição, nos termos da nova Lei 10.211/01, é retratada por Venosa (2005, p. 208-209):

O texto anterior desse artigo trouxe celeuma e enorme resistência da sociedade, tanto que foi substituído pela atual redação, pela Lei nº 10.211, de 23-3-2001. No texto original, presumia-se que toda pessoa era doador, salvo manifestação em contrário, e a expressão *não doador de órgãos e tecidos* deveria ser gravada na carteira de Identidade ou na Carteira Nacional de Habilitação de quem fizera essa opção. Evidentemente que a resistência à lei que fizera de todos os brasileiros doadores, em

face de constrangimento a direito personalíssimo que criava, exigiu pronta revogação. O ato de doar, pela própria conotação semântica, é o ato voluntário. Não pode ser imposto pelo Estado, o qual deve isto sim, realizar campanhas de conscientização nacional nesse campo, sem a menor imposição.

De qualquer forma, nos termos da Lei em vigor, necessário se faz que a família autorize a colheita de órgãos e tecidos da pessoa falecida. Logo, o contato com a família do potencial doador deve ser de extrema cautela, tendo em vista que a sua manifestação, é realizada em um momento doloroso, quando os familiares recém tiveram a notícia da morte encefálica. Assim, requer-se habilidade no momento da solicitação da doação, pois desta depende um maior êxito na captação de órgãos e tecidos para fins de transplantes (BANDEIRA, 2001, p. 138).

Cabe levantar as palavras de Engelhardt Jr. (2004, p. 362) que trata a respeito da prática do consentimento livre e informado, da seguinte forma:

1) é o modo de obter permissão ou autoridade para o uso de outras pessoas; 2) diz respeito a várias visões da dignidade individual; 3) aceita diversos valores associados com a liberdade ou independência dos indivíduos; 4) reconhece que os indivíduos muitas vezes são os melhores juízes de seus próprios interesses particulares; 5) mesmo que não sejam os melhores, fica reconhecido que a satisfação de decidir livremente é quase sempre preferida à decisão correta imposta por outras pessoas; 6) reflete a circunstância em que o relacionamento médico-paciente pode levar a um relacionamento fiduciário especial, que cria uma obrigação de revelar informações. Podemos assim justificar as práticas do livre e informado consentimento, com base nos princípios de permissão e beneficência.

Esse novo posicionamento que assegura o consentimento informado encontra sustentação nas obras de Willian Beaumont e Claude Bernard, que criou raízes ainda no Século XIX, porém a sua prática apenas se expandiu no século XX, provenientes da jurisprudência, bem como na ética médico-filosófica (ABTO, 2007).

Destaque para o que diz Clotet (2003, p. 89-90) que o consentimento informado envolve relação humana, com base no diálogo, evitando assim atitude arbitrária do médico, reconhece o indivíduo como ser autônomo e que deve ser respeitado, ou seja, a norma do consentimento informado fortalece a autonomia do indivíduo.

Clotet (2003, p. 93-94) vai mais além e se manifesta quanto ao forte destaque dado “[...] às liberdades individuais, à autodeterminação, aos direitos do consumidor, aos direitos reprodutivos, ao direito a uma morte digna, entre outros, impulsionou movimento em prol da defesa dos direitos individuais na área da saúde”.

De acordo com o renomado autor, esta teoria do consentimento informado encontra fundamento de forma implícita na Declaração dos Direitos Humanos de 1948, no Código de Nuremberg de 1947, na Declaração de Helsinki de 1964 e nos Códigos de Ética Médica (CLOTET, 2003, p. 95).

Portanto, o consentimento informado possui amparo normativo, o que de certa forma viabiliza sua aplicação no Direito brasileiro, como requisito necessário para a efetiva doação de órgãos.

4. Resultados obtidos

A partir de questionários aplicados nos Hospitais da Região Sul de Santa Catarina que realizam a captação de órgãos, pretendeu-se colher alguns dados para analisar, nos últimos cinco anos (2004-2008), algumas premissas entre as tais: 1) Quantos órgãos foram captados *post mortem*, em potenciais doadores? 2) Quais foram os órgãos mais captados e quais destes órgãos possuíram maior restrição pelos familiares do potencial doador, visando o efetivo transplante de órgãos?

Dos três hospitais pesquisados, da Região Sul de Santa Catarina, que possuem Unidade de Terapia Intensiva (UTI) e conseqüentemente realizam a captação de órgãos, apenas o Hospital São João Batista de Criciúma-SC, alegando estar reformando o seu sistema de dados, se absteve de prestar as informações.

Assim, seguem abaixo as tabelas formuladas com os dados fornecidos pelo Hospital São José de Criciúma/SC e o Hospital Nossa Senhora da Conceição de Tubarão/SC:

DADOS DO HOSPITAL SÃO JOSÉ – CRICIÚMA/SC				
<u>Ano</u>	<u>Protocolos</u>	<u>Negativa Fam.</u>	<u>Contra-Ind. Médica</u>	<u>Doações</u>
2004	06	04	01	01
2005	10	05	00	05
2006	14	10	01	03
2007	20	07	03	10
2008 – até junho	08	03	02	03

ÓRGÃOS CAPTADOS:								
Ano	Córneas	Rins	Fígados	Válvulas Car.	Pulmão	Pâncreas	Ossos	Coração
2004	01	01	01	01	-	-	-	-
2005	05	01	03	02	01	01	-	-
2006	02	01	01	-	-	-	-	-
2007	08	10	10	03	-	01	03	03
2008 – até jun.	01	03	03	01	-	01	02	01

DADOS DO HOSPITAL NOSSA SENHORA DA CONCEIÇÃO – TUBARÃO/SC				
<u>Ano</u>	<u>Protocolos</u>	<u>Negativa Fam.</u>	<u>Contra-Ind. Médica</u>	<u>Doações</u>
2004	08	01	-	07
2005	10	03	-	07
2006	06	02	-	04
2007	06	03	-	03
2008 – até junho	03	00	-	03

ÓRGÃOS CAPTADOS:								
Ano	Córneas	Rins	Fígados	Válvulas Car.	Pulmão	Pâncreas	Ossos	Coração
2004	12	02	01	-	01	01	-	02
2005	13	-	-	-	-	-	-	-
2006	04	02	02	-	01	-	-	02
2007	06	-	-	-	-	-	-	-
2008 – até jun.	06	-	-	-	-	-	-	-

Dos dados extraídos do Hospital São José de Criciúma-SC constata-se que deram entrada 58 (cinquenta e oito) potenciais doadores que tiveram morte encefálica, entre janeiro de 2004 e junho de 2008. Sendo que destes ingressos, 50% (cinquenta por cento) acarretaram em negativa familiar, 38% (trinta e oito por cento), deu-se a efetiva doação de órgãos, e em 12% (doze por cento), apesar do consentimento familiar, a contra indicação médica vetou o efetivo transplante de órgãos.

Em relação ao mesmo período, no Hospital Nossa Senhora da Conceição de Tubarão/SC, 33 (trinta e três) entradas de potenciais doadores, foram protocoladas, sendo que destas em 73% (setenta e três por cento) dos casos, foi possível o efetivo transplante de órgãos, enquanto que em 27% (vinte e sete por cento) dos casos, houve o óbice familiar.

Uma análise superficial permite considerar que o número de negativas familiares no município de Criciúma é superior às autorizações para o efetivo transplante de órgãos, ao contrario do município de Tubarão. Seriam esses resultados mera coincidência, ou decorrência de fatores externos como religião, cultura e raça?

Sabe-se que o consentimento familiar é requisito essencial para o efetivo transplante de órgãos, sendo que qualquer ato realizado em desacordo com esta instrução poderá acarretar em responsabilização civil e criminal do infrator.

Para se ter uma idéia, no Capítulo V, Das Sanções Penais e Administrativas, Seção I, Dos Crimes, mais precisamente em seus arts. 14 e 16 da Lei 9.434/97, transcreve-se:

Art. 14. Remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições desta Lei:

Pena – reclusão, de dois a seis anos, e multa, de 100 a 360 dias multa.

Art. 16. Realizar transplante ou enxerto utilizando tecidos, órgãos ou partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos desta Lei:
Pena- reclusão, de um a seis anos, e multa, de 150 a 300 dias-multa. (BRASIL, 2008-B).

Em discussão, encontramos um Estado que priorizou o consentimento como forma de proteção aos Direitos de Personalidade. Em outro extremo, nos deparamos com milhares de pessoas em uma fila extensa que parece nunca ter fim, todas estas à espera de um transplante, direito à vida, como princípio fundamental de todos, assegurado pela nossa Constituição Federal.

Considerações finais

Dos estudos referenciais bibliográficos realizados, bem como dos dados extraídos, percebe-se que o assunto em pauta é de extrema importância, uma vez que o simples “não”, emitido por um familiar de um potencial doador, pode cercear o direito fundamental mais importante de todos, senão o direito a vida de outrem.

Até que ponto os direitos de personalidade podem estar em confronto com o direito à vida?

A legislação em vigor apregoa uma série de requisitos a serem cumpridos até o efetivo transplante de órgãos, quando se sabe que a “fila” de pessoas que necessitam de um transplante de órgãos aumenta a cada dia.

O fato é que ainda hoje a captação de órgãos é notícia a ser veiculada nos órgãos de imprensa, haja vista a dificuldade até certo ponto encontrada para que uma captação de órgãos em um potencial doador se concretize.

O pouco conhecimento da população em geral acerca do presente tema justifica em parte as negativas familiares, por isso da necessidade de campanhas de conscientização para que o ato de doar órgãos possa ser mais do que uma opção, mas sim uma obrigação moral.

Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS. Disponível em: <http://www.abto.org.br>. Acessado em 18 de junho de 2007.

BANDEIRA, Ana Claudia Pirajá. Consentimento no transplante de órgãos: à luz da lei 9.434/97 com alterações posteriores. Curitiba: Juruá, 2001.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 15 jun. 2008-A.

_____. **Lei 9.434, de 04 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Altera a legislação de previdência social e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 07 set. 2008-B.

_____. **Lei 10.211, de 23 de março de 2001**. Altera dispositivos da Lei nº 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". Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 07 set. 2008-C.

_____. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 07 set. 2008-D.

CALMON, Eliana. As Gerações dos Direitos e as Novas Tendências. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **As vertentes do direito constitucional contemporâneo**, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 151-159.

CLOTET, Joaquim. **Bioética: uma aproximação**. Porto Alegre: EDIPUCRS. 2003.

ENGELHARDT JR, H. Tristam. **Fundamentos da Bioética**. Tradução de José A. Cheschin. 2. ed., São Paulo: Loyola, 2004.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. O Acesso à Justiça como Direito Humano e Fundamental. **Revista LTr**, São Paulo, vol. 72, n. 02, p. 149-153, fev. 2008.

LIMA, Cecília M. **Contratos – Teoria – Prática – Legislação – Jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Desafio Cultural, 2001.

LIMA, Lucas Rister de Sousa. Transplantes de Órgãos – O Direito de Burlar a Fila. **Revista Jurídica Consulex**, São Paulo. n. 238, p. 25-32, dez. 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15 ed. atualizada com as reformas Previdenciária (EC nº 41/03) e Tributária (EC nº 42/03). São Paulo: Atlas, 2004.

ROCHA, Daniel Machado da. **O Direito Fundamental à Previdência Social: Na Perspectiva dos Princípios Constitucionais Diretivos do Sistema Previdenciário Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

VEIGA, Francisco Meton Marques de. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: LTr, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 5.ed. São Paulo: Atlas, vol. 1, 2005.

_____, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Parte geral**. 4 ed. São Paulo: Atlas, vol. 1, 2004.