

BIOÉTICA E DIREITO

Antônio Carlos Mendes
Jefferson de Vasconcelos Silva
Sueli Gandolfi Dallari

Esta secção se destina a discutir os vários aspectos que ligam a preocupação ética na área sanitária à formulação jurídica do direito à saúde, seja enquanto disciplina em Lei, seja quando decidida pelos juízes individualmente ou nos tribunais.

Espera-se receber tanto comentários relativos às decisões acerca da matéria, quanto informação que possibilite o exame ético-sanitário daquelas decisões nos Tribunais. Também manifestações semelhantes quanto a projetos de Lei, ou mesmo legislação vigente que polemize princípios morais na área da saúde, serão bem-vindas para inclusão na coluna.

Aspectos da disciplina legal dos transplantes

Na medicina contemporânea, acentua-se o extraordinário progresso na retirada e transplante de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins terapêuticos e científicos.

Por muito tempo, o transplante foi considerado técnica experimental e muito arriscada. Agora desponta como terapia insuspeita e destinada a salvar e reabilitar o ser humano.

No Brasil, país tão alheio à promoção e recuperação da saúde de seu povo, aprimorou-se uma notável capacitação técnica para as diversas modalidades de transplantes. Ao lado desse aprimoramento técnico, houve inegável e eficaz progresso na imunologia da rejeição dos órgãos transplantados, superando-se, dessa maneira, um dos maiores entraves à utilização terapêutica dos transplantes.

Superadas essas dificuldades, persistem óbices legais e éticos, com reflexos diretos na disponibilidade de órgãos, substâncias e partes transplantáveis do corpo humano.

O parágrafo 4º do art. 199 da Constituição Federal de 1988 estipulou que a lei disciplinará os requisitos e condições que facilitem a remoção de órgãos e tecidos humanos para transplantes, pesquisa e tratamento, vedando a comercialização.

Com base nessa realidade normativo-constitucional, o Congresso Nacional revogou a Lei nº 5479/68 que, até então, dispunha acerca dos transplantes e, com arrimo no projeto substitutivo apresentado pelo Deputado Geraldo Alckmin, aprovou a Lei nº 8489, de 18/11/92, publicada no Diário Oficial da União de 20/11/92. Este diploma legal teve - e tem - como finalidade "estimular as doações e simplificar os procedimentos para a retirada de órgãos" (Anexo I). O Decreto nº 879, de 22/07/93, regulamentou este diploma legal (Anexo II). A Portaria n.º 96, de 28/07/93, da Secretaria de Assistência à Saúde, do Ministério da Saúde, estabelece as normas de credenciamento dos hospitais que realizam transplantes para o Sistema Único de Saúde.

Há dois aspectos notáveis nessa Lei: (a) o consentimento expresso ou presumido do doador e, conforme a Constituição Federal de 1988, (b) a proibição de comercialização dos órgãos transplantáveis.

O consentimento propicia a retirada de órgãos ou partes do corpo de maneira mais célere. É suficiente na doação *post mortem* que o doador tenha manifestado, por qualquer meio, a vontade de doar seus órgãos. Por outro lado, a Lei aperfeiçoa a questão do consentimento, prevendo a sua forma presumida. Dessa maneira, inexistindo a manifestação de vontade permitindo a doação emanada do próprio doador, é possível a retirada dos órgãos transplantáveis, salvo havendo contrariedade do cônjuge, do ascendente ou do descendente.

Quanto à comercialização de órgãos, há proibição decorrente de preceito constitucional e secundada por preceito legal. Não obstante o preceito constitucional ferir de inconstitucionalidade qualquer preceito legal que pretenda instituir a comercialização de órgãos transplantáveis, os congressistas apresentaram inúmeras emendas nesse sentido. A finalidade, diziam os congressistas, era de "estimular" o doador que teria a contraprestação de "benefícios sociais, habitacionais e educacionais". Além disso, sustentaram os congressistas a possibilidade de serem outorgadas ao doador outras "benesses" e honorárias. Entretanto, não lograram êxito neste intento. Isso porque as emendas violavam a finalidade altruísta, volitiva e solidária dos transplantes.

Não obstante o seu alcance e a evolução normativa da matéria, os arts. 2.º, 5.º, 9º e 13 do projeto de lei que

resultou na Lei n.º 8489/92 foram vetados. Todavia, tais vetos não alteram a substância da disciplina legal. Apenas para registro e análise, esses preceitos que não se converteram em dispositivos legais têm o seguinte conteúdo:

"Art. 2.º - A retirada para fins a que se refere o artigo anterior, deverá ser precedida de prova incontestável de morte encefálica.

Parágrafo único - A prova incontestável de morte encefálica referida no *caput* deste artigo será atestada por dois médicos, não integrantes da equipe de retirada e de transplante, com base no exame clínico, e em pelo menos um tipo de exame complementar.

Art. 5.º - As instituições onde se realizarem as retiradas de partes do corpo com finalidade terapêutica ou científica manterão arquivados os exames referentes ao diagnóstico de morte encefálica e os relatórios dos atos cirúrgicos relativos a essas retiradas.

Parágrafo único - Estas instituições enviarão anualmente ao Ministério da Saúde relação das doações realizadas e o destino das partes retiradas.

Art. 9.º - Serão criados centros regionais ou estaduais para cadastrar os candidatos e receptores e assegurar a fiel observância da ordem de inscrição.

Art. 12 - O Ministério da Saúde será órgão fiscalizador desta lei."

Note-se que os vetos não alteraram substancialmente a Lei n.º 8489/92. Nas justificativas, o Presidente da República registrou que o veto ao art. 2.º decorreu do fato de encontrar-se superada a controvérsia acerca da morte encefálica. Para tanto, invocou os conhecimentos técnico-científicos e, especialmente, a Resolução n.º 1246/91 do Conselho Federal de Medicina, regulamentando a matéria. A par disso, justificou o veto ao art. 5.º daquele projeto pela existência de redundância ou duplicidade de procedimentos. A prática ali indicada sempre existiu e existia em face de imperativo legal e, também, porque decorre de necessidade técnico-científica. Por outro lado, o veto ao parágrafo único do citado art. 5.º emerge de sua natureza administrativa e, assim, a matéria ali contida teria melhor disciplina nas instruções baixadas pelo Ministério da Saúde. Quanto ao art. 9.º, o veto fundamentou-se no fato de que no transplante prepondera a "histocompatibilidade entre doador e receptor do órgão a ser transplantado". Dessa forma, não poderia prevalecer a ordem cronológica dada por uma "lista de espera". Por último, o art. 13 foi vetado porque, em tese, estaria invadindo as atribuições constitucionais cometidas ao Presidente da República.

Bem se vê, pois, que os "valores" juridicizados permaneceram intocados em face dos vetos presidenciais.

No entanto, há pontos destacados no decreto regulamentador como: a aceitação expressa pela morte encefálica de acordo com os critérios definidos pelo Conselho Federal de Medicina (Resolução CFM n.º 1346/91) e a criação da Central de Notificação das Secretarias de Saúde nos Estados encarregadas de disciplinar a doação de órgãos, tecidos e partes do corpo humano e da centralização das comunicações sobre morte encefálica nos hospitais.

No quadro sinótico anexo encontram-se as principais disposições normativas vigentes no Brasil e aplicáveis aos transplantes.

Quadro Sinótico

Legislação:

- a. Constituição Federal, art. 199, parágrafo 4.º;
- b. Lei nº 8489, de 18/11/92 (DOU de 20/11/92).

Atos Regulamentares:

- a. Decreto Federal n.º 879, de 22/07/93 (DOU de 23/07/93);
- b. Resolução n.º 64, de 08/07/93 (DOU de 11/08/93) do Conselho Nacional de Saúde, Ministério da Saúde;
- c. Portaria n.º 96, de 28/07/93 (DOU de 02/08/93) da Secretaria de Assistência à Saúde, Ministério da Saúde;
- d. Código de Ética Médica, Resolução CFM n.º 1246, de 08/01/88), arts. 72 a 75;
- e. Resolução CFM n.º 1346, de 08/08/91, Conselho Federal de Medicina.

Doação *Post Mortem*:

- a. consentimento expresso do doador em vida por meio de documento pessoal ou oficial;
- b. na ausência do documento de consentimento será procedida a retirada do órgão, salvo se houver manifestação contrária do cônjuge, ascendente ou descendente.

Doação *Inter Vivos*:

- a. somente é possível a doação de órgão que se regenere mediante o consentimento do doador maior e capaz, limitando-se aos avós, netos, pais, filhos, irmãos, tios, sobrinhos, primos até segundo grau, cunhados e cônjuges;
- b. doação entre pessoas não relacionadas acima depende de autorização judicial;
- c. são passíveis de doação os órgãos, tecidos, vísceras ou parte do corpo que não implique em prejuízo ou mutilação grave para o doador e comprovada a necessidade terapêutica.

Comercialização de Órgãos:

É proibida.

Determinação da Morte:

No caso de pessoas acima de dois anos de idade, desde que verificada a parada total e irreversível das funções encefálicas:

- a. exame clínico;
- b. exame complementar. Será admitida a presença de médicos da família do falecido na comprovação e atestação da morte encefálica.

Notificação do Óbito:

Nos casos de mortes encefálicas, a notificação é emergencial e obrigatória.

Morte Violenta:

Sujeita a necrópsia. A retirada dos órgãos somente é possível após a autorização do legista.

Bancos de olhos, ossos e medula:

Funcionário vinculados às Centrais de Notificação da Secretaria de Saúde dos Estados.

Local:

Instituições públicas ou privadas idôneas e credenciadas pelo Ministério da Saúde.