

TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS: UM DIREITO DA PERSONALIDADE¹

ORGAN TRANSPLANTS: A PERSONALITY RIGHT²

José Paszczuk³

RESUMO. Este trabalho visa demonstrar a verdadeira possibilidade de salvar vidas, ou até mesmo melhorar a dignidade de vida, de pessoas que estão vivendo de forma indigna por deficiência de algum órgão ou tecido, através do transplante. Ele visa evidenciar, o instituto dos direitos da personalidade em especial o direito a integridade física por tratar o transplante de órgãos e tecidos de uma operação cirúrgica realizada no corpo humano, forma prevista e possibilitada pelo Código Civil Brasileiro, que deve ser tratada por lei especial, Lei nº. 9.434 de 1997, a qual traz diretrizes para o procedimento do mesmo. O transplante de órgãos em vida depende de uma autorização, um consentimento do paciente, que deve ser informado pelos médicos dos eventuais riscos. Existe também a possibilidade de transplante *post mortem*, no qual o corpo humano não poderá ser tratado como simples objeto, levando-se em consideração a personalidade do morto e sua vontade. Uma vez que a realização deste procedimento cirúrgico, apenas será possível com profissionais habilitados, o trabalho também irá abranger os aspectos médicos que envolvem o transplante, como a responsabilidade contratual e a responsabilidade do médico e também a responsabilidade hospitalar.

PALAVRAS-CHAVES. Direito da Personalidade; Vida; Cadáver; Integridade Física; Transplante, Consentimento, Responsabilidade Médica.

ABSTRACT. This paper demonstrates the real possibility of saving lives, or even improve the dignity of life of people living in an unworthy manner by a deficiency of an organ or tissue through transplantation. It gives evidence, the institute of personal rights especially the right to physical integrity in dealing with

¹ Artigo recebido em 28 de outubro de 2011 e aceito em 07 de novembro de 2011.

² Artigo apresentado ao programa de pós-graduação em Direito, nível de Mestrado, do Centro Universitário de Maringá, como requisito parcial para aprovação na disciplina intitulada de Responsabilidade Civil nas Violações aos Direitos da Personalidade ministrado pelo Professor Doutor Clayton Reis.

³ Mestrando em Ciências Jurídicas - Direitos da Personalidade - pelo Cesumar - Centro Universitário de Maringá. Contador atuante na Comarca de Paranavaí - PR. Docente da Faculdade Estadual FAFIPA – Paranavaí – PR. Controlador Geral do Município de Paranavaí - PR. elex@uol.com.br.

the transplantation of organs and tissues of a surgical operation performed in the human body, as specified and allowed by the Brazilian Civil Code, which should be handled by special law (no. 9434/1997), which provides guidelines for the same procedure. Organ transplantation in life depends on an authorization, a patient's consent, which must be informed by physicians of possible risks. There is also the possibility of *post mortem* transplant, in which the human body can not be treated as a mere object, taking into consideration the personality of the deceased and his will. Since the completion of this surgical procedure is only possible with qualified professionals, the work will also cover the medical aspects involving the transplantation, such as contractual liability and responsibility of the physician and hospital liability.

KEYWORDS. Law of Personality; Life; Dead Body; Physical Integrity; Transplantation; Consent; Medical Liability.

SUMÁRIO. 1 INTRODUÇÃO; 2 TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS; 2.1 CONCEITO E BREVE HISTÓRICO; 2.2 CLASSIFICAÇÃO E FINALIDADE; 3 TRANSPLANTE E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE; 3.1 DIREITOS DA PERSONALIDADE; 3.2 DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA; LIMITES ÉTICOS E LEGISLAÇÃO PERTINENTE; 3.3 CONSENTIMENTO DO DOADOR; 3.4 O TRANSPLANTE “POST MORTEM”; 4 ASPECTOS MÉDICOS QUE ENVOLVEM O TRANSPLANTE; 4.1 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL; 4.2 RESPONSABILIDADE DO MÉDICO E DO HOSPITAL; 5 CONCLUSÕES; REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

Com o avanço científico a cada dia surgem experimentos capazes de proporcionar uma melhor condição de vida às pessoas; contudo, ainda existem muitas pessoas e doenças que dependem exclusivamente de um transplante de órgãos ou tecido para sobreviver ou pelo menos levar uma vida digna.

Primeiramente trataremos de conceituar transplante, o qual consiste basicamente em retirar um órgão de um indivíduo, vivo ou morto, e implantar em outro indivíduo ou até no mesmo, chamado de autotransplante; após analisaremos sua evolução histórica, classificações trazidas pelos doutrinadores e pela medicina, bem como a sua finalidade.

O estudo de transplante está conexo com os direitos inerentes à personalidade humana, por isso trataremos de forma breve de seu histórico e evolução, as principais características essenciais, bem como de todas as modalidades trazidas taxativamente pelo nosso ordenamento jurídico.

Este assunto é relevante uma vez que visa o estudo e alterações no corpo humano e na vida do ser humano que será receptor e busca uma vida mais digna. O estudo da vida humana e do corpo integra no aspecto de transplante, principalmente o direito à integridade física, a qual não pode ser diminuída além das formas previstas

no art. 13 do Código Civil Brasileiro. Onde o legislador faz referencia a Lei nº 9.434/1997 tratará dos princípios fundamentais dos transplantes, e os limites éticos e jurídicos das experiências humanas.

O nosso ordenamento visa à proteção à integridade física de forma ampla, sendo visto além do Código Civil, a tipificação de crime no Código Penal, sendo trazido o homicídio, a instigação e auxílio ao suicídio e lesão corporal, tudo no intuito de proteger a dignidade humana com a efetiva integridade física do ser humano.

A modalidade de transplante de órgãos entre pessoas vivas embora possa auferir a integridade física, em partes, é possível desde que respeite os aspectos legais, como dos serem órgãos duplos. Já o transplante *post mortem* é o preferido, pois estaremos manuseando apenas uma vida, é a possibilidade de salvar vidas com a morte de uma pessoa, porém deve ser sempre respeitada à vontade do morto art. 14 do Código Civil.

O transplante de órgãos deve ser feito por pessoa especializada, o médico, sendo assim será feito uma análise a respeito dos atos praticados pelos médicos, e quando este possui o dever e a responsabilidade pelo ato, lembrando que o médico não tem obrigação de cura, mas de prestar com certeza e eficiência a sua profissão.

2. TRANSPLANTE DE ORGÃOS

A evolução científica está a cada dia mais avançada, diante disso nos encontramos na possibilidade de salvarmos vidas por intermédio da modalidade do transplante de órgãos e tecidos.

Nesse primeiro capítulo conceituaremos transplantes e falaremos da sua evolução histórica, desde os primórdios até hodiernamente. Também será possível analisar as classificações dos transplantes, matéria que não está prevista pela Lei, portanto demonstraremos as principais classificações, estas não serão exauridas, pois existem autores que tratam de forma diferente.

Por fim enfocaremos a finalidade do transplante, ou seja, a possibilidade que traz ao transplantar órgãos de salvar vidas bem como melhorar as condições humanas de pessoas que antes estavam condenadas a morte.

2.1 CONCEITO E BREVE HISTÓRICO

O tema sobre o estudo dos transplantes se encontra num patamar complexo aos juristas, pois muitos dados técnicos são trazidos da medicina, por isso se torna complicada a sua compreensão, o que tentaremos esclarecer no desenvolvimento deste trabalho.

“A palavra transplantar tem origem do prefixo latino *trans*, que significa ‘além de’, ‘para lá de’, e do verbo latino *plantare*, que significa ‘plantar’”⁴. Sua utilização na medicina é muito antiga, “significa transferir órgão ou porção deste de uma para outra parte do mesmo indivíduo, ou ainda, de indivíduo vivo ou morto para outro indivíduo”⁵. Nada mais é do que o ato ou efeito de transferir.

Vejamos algumas opiniões relevantes a respeito de transplante trazidas pelos juristas, O CATÃO:

O vocábulo “transplante” como identificador do ato de transferir, remover de um lugar para outro, órgãos e tecidos para serem adaptados em local diferente, na mesma ou em outra pessoa, com finalidade exclusivamente terapêutica, de modo a possibilitar uma melhor qualidade de vida às pessoas que têm indicação médica para se submeter a tal procedimento cirúrgico.⁶

Alaércio Cardoso menciona que: “O vocábulo transplante é empregado pela lei, no sentido de retirada de órgãos ou partes do corpo de seres humanos, para aproveitamento, com finalidade terapêutica, em outros seres da mesma espécie.”⁷

Também é o entendimento de Ana Cláudia Pirajá Bandeira: “A palavra ‘transplante’, que coincide com o conceito dado pela legislação especial, responde, com exatidão, à retirada de órgãos ou partes de seres humanos, para aproveitamento, com fins terapêuticos, noutros seres da mesma espécie”⁸

A Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos profere:

Define o transplante como um procedimento cirúrgico que consiste na reposição de um órgão ou tecido de uma pessoa doente – receptor – por outro órgão normal de um doador, morto ou vivo. Trata-se aqui de um procedimento que pode prolongar a vida da pessoa com melhor qualidade, é uma das formas que tem o tratamento de substituir um problema de saúde incontrolável por um outro que está sobre controle.⁹

Portanto, transplantação ou transplante nada mais é do que colher um órgão ou tecido do indivíduo doador e implantar no mesmo indivíduo ou em outro chamado de indivíduo receptor. A palavra enxerto é utilizada como sinônimo de transplante por muitos doutrinadores. Faz-se necessário recorrermos à história para melhor entendimento sobre o transplante de órgãos.

O Catão salienta de quão remota é a utilização deste instituto “A idéia de transferir órgãos e tecidos de um organismo para outro não é recente. Na Medicina antiga, segundo lendas, deuses cimérios, heróis e curandeiros eram partícipes de atos cirúrgicos envolvendo transplantações.”¹⁰ Na mesma linha de raciocínio, profere

⁴ CARDOSO, Alaércio. *Responsabilidade Civil e Penal dos Médicos nos Casos de Transplantes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.112.

⁵ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*, 1993, p. 1.703 *apud* BANDEIRA, Ana Claudia Pirajá. *Consentimento no transplante de órgãos, a luz da lei 9.434/97 com alterações posteriores*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 27.

⁶ CATAO, Marconi Do O. *Biodireito: Transplante de Órgãos Humanos e Direitos de Personalidade*. São Paulo: Madras, 2004 p. 200.

⁷ CARDOSO, Alaércio, *op. cit.*, p. 113.

⁸ BANDEIRA, Ana Claudia Pirajá, *op. cit.*, p. 27.

⁹ Disponível em: <http://www.abto.org.br/abtov02/portugues/populacao/home/home.aspx>;

¹⁰ CATAO, Marconi Do O, *op. cit.*, p. 195.

Cardoso “A história registra que as técnicas de transplantes deram início pelos hindus no processo de uma reconstrução facial, tendo feito o trabalho o cirurgião Sushruta (750-800 a.C), o qual transplantou um pedaço de pele da testa.”¹¹

Entende-se que o transplante em questão foi realizado num período que podemos definir como sendo da chamada fase mitológica. A história dos transplantes de coração começou 1967 na África do Sul e no Brasil no ano de 1968.

A técnica de transplantes de coração, de rins entre outros órgãos, está sendo aprimorada, e graças ao surgimento de drogas capazes de diminuir os riscos de rejeição. Com o passar dos anos, pode-se perceber e comprovar o avanço tecnológico referente à técnica de transplantes, as quais são perceptíveis. Neste aspecto são as palavras de Marconi do Ó Catão:

O avanço tecnológico experimentado durante as últimas décadas possibilitou que os transplantes cardíacos passassem por inúmeras experiências, sendo que uma das mais impressionantes data de 12 de maio de 1987, quando, pela primeira vez na história dos transplantes, uma pessoa viva foi doadora de coração.¹²

Graças à evolução tecnológica é possível avançar e aprimorar cada vez mais os transplantes de órgãos. Dessa forma houve a evolução legislativa por necessidade de regulamentar as técnicas de transplantes e também a respeito dos direitos da personalidade.

A questão dos transplantes passou a ser tratada a nível constitucional a partir da Constituição de 1988, ao tratar da gratuidade e proibir a comercialização conforme o artigo 199, § 4º, da Magna Carta.¹³ A Lei nº. 9.434 de 04 de fevereiro 1997 trouxe a regulamentação da matéria sobre os transplantes de órgãos.

Contudo, nota-se que o conceito de transplante por si só, não é matéria com divergência entre os doutrinadores, embora não se conceituam da mesma forma, se completam, chega-se a simples conclusão, que transplante é retirar o órgão ou tecido do individuo doador e implantar no mesmo ou em outro individuo chamado de receptor. Podemos perceber que a modalidade de transplante não é novidade. E em matéria legislativa tanto a Constituição quanto o Código Civil defendem o direito da personalidade a qual está inserido o transplante de órgãos, porém a matéria específica está regulamentada pelo legislador ordinário, em especial pela Lei nº 9.434 de 1997.

2.2 CLASSIFICAÇÃO E FINALIDADE

¹¹ CARDOSO, Alaércio, *op. cit.*, p. 29.

¹² CATÃO, Marconi Do O, *op. cit.*, p. 198.

¹³ A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

As espécies de transplante podem ser classificadas de várias formas. A Lei não adota todas as classificações, devendo assim recorrer aos juristas, doutrinadores bem como a medicina. Podemos trazer as seguintes espécies:

Autotransplante: é quando ocorre da retirada de tecido e recoloca no mesmo indivíduo, também chamado de autógeno, transplante autoplástico, autoenxerto. **Transplante isógeno ou isotransplante:** “transplante de tecido ou órgão entre indivíduo da mesma espécie e com caracteres hereditários idênticos; por exemplo: gêmeos univitelinos. Também chamado isoenxerto ou enxerto singênico.”¹⁴

Alotransplante ou homotransplante: parecido com a modalidade transcrita acima, porém nessa os indivíduos possuem diferentes caracteres genéticos, podendo ocorrer entre vivos ou com o cadáver. **Xenotransplante ou heterotransplante:** além dos indivíduos possuem diferentes caracteres hereditários, eles serão de espécie diferente, como por exemplo, um transplante ocorrido entre chimpanzé e homem. Duas modalidades são as cirúrgicas que conforme Ana Pirajá Bandeira pode ser elencada, quanto ao objeto:

- 1- **Cirurgia substituta com órgãos ou partes de órgãos artificiais** – com uma única fase (innesto- enxerto);
- 2- **Cirurgia de transplante** – tem por objeto partes anatômicas pertencentes ao ser vivo e compreende duas fases: numa primeira fase podem ser retirados tecidos, órgãos ou parte do corpo humano do doador, vivo ou cadáver e, numa segunda fase implanta-se esse material orgânico do receptor.¹⁵

Quanto à natureza anatômica, Maria Celeste Cordeiro Leite Santos distingue os transplantes da seguinte maneira:

Transplante de tecidos ou **isotransplantes**, que são utilizados em virtude de traumatismos ou processos mórbidos irreversíveis e necessários, não só para suprir funções de importância secundária, mas também para reintegrar o organismo em seu aspecto morfológico propriamente dito;

Transplantes de órgãos ou **organotransplantes**, que são destinados a suprir a função total de um órgão comprometido, estando este com completa insuficiência por lesões anatômicas difusas ou circunscritas, não remediáveis com o enxerto daquela parte alterada.¹⁶

Existe mais uma categoria, que é classificada quanto ao local em que será transposto o órgão, nessa categoria se encontra: **Transplante substituto** com o advento do transplante de um novo órgão se remove o antigo e **Transplante heterotópico** servindo o órgão transplantado de suplemento.

¹⁴ BANDEIRA, Ana Claudia Pirajá, *op. cit.*, p. 34

¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 34 e 35.

¹⁶ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *O equilíbrio de um Pêndulo. Bioética e a Lei: implicações Médico- Legais*, p. 135 apud CATAO, *op. cit.*

A finalidade do transplante se encontra na possibilidade de salvar vidas as quais se encontram em estado terminais. E estas são as palavras de Washington “É com emoção que se veem pessoas cujos dias estão contados em razão de moléstia grave ganharem sobrevida em função de transplante de órgãos, doados por alguém que faleceu.”¹⁷

Sábias também são as palavras de Ana Claudia Pirajá:

O transplante de órgãos responde aos avanços científicos com os quais a ciência médica tenta amenizar o clamor da sociedade em sua luta contra a dor e a enfermidade. Por isso, o fim terapêutico será sempre sobrelevado na técnica de transplante para justificá-la. O destino do transplante tem o propósito de melhorar a esperança ou as condições de vida da pessoa receptora substancialmente. O transplante de órgãos constitui, hoje em dia, a melhor e, em muitas ocasiões, a única alternativa para aqueles pacientes afetados por enfermidades nas quais existe um dano irreversível de algum órgão ou tecido.¹⁸

Vasta é a finalidade do transplante, pois este não visa apenas salvar vidas, como também melhorar a dignidade da pessoa humana de viver, pois poderá com o transplante melhorar sua condição de vida a qual se concretiza a modalidade de transplantes de órgãos e tecidos.

3 TRANSPLANTE E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A modalidade de transplante é extremamente ligada ao direito da personalidade, uma vez que a disciplina de transplante de órgãos compreende em retirar um órgão ou tecido de um indivíduo e recolocar no próprio indivíduo ou em outro que esteja à espera de um órgão ou tecido.

Principalmente se vinculam ao direito à vida, ao corpo, a integridade física e o direito ao cadáver, matérias de semblante relevante aos transplantes, pois com sua ocorrência não poderá ocorrer de maneira alguma diminuição na integridade física da pessoa, respeitando os direitos ao próprio corpo inclusive *post mortem*, por isso é interessante a análise do direito da personalidade, seu surgimento bem como características inerentes e o rol trazido pelo ordenamento jurídico de forma não exhaustiva. Pois, novos direitos podem surgir e devem ser protegido.

¹⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 36ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 98.

¹⁸ BANDEIRA, Ana Claudia Pirajá, *op. cit.*, 36.

Embora a evolução científica, a cada dia traz uma possibilidade para se continuar a vida, e viver esta com dignidade por meio do transplante, existem limites éticos e jurídicos que devem ser extremamente respeitados.

Diante disso, os transplantes de órgãos em nenhuma hipótese poderão ser analisados e efetivados sem a observância dos direitos da personalidade, e mesmo com a enorme evolução da ciência, esta não pode ser efetivada a qualquer custo, pois o corpo humano não é um experimento que se pode ocasionar dúvidas, degradando assim a sua integridade física bem como a sua dignidade.

3.1 DIREITOS DA PERSONALIDADE

Historicamente, o Código Civil Italiano de 1942 foi o primeiro a disciplinar em lei, os direitos da personalidade que passaram a ter uma relevância maior depois da Segunda Guerra Mundial e da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1.948.

O direito geral de personalidade se consolidou a partir da idéia e doutrina alemã, quando levada ao texto expresso na Constituição da República da Alemanha de 1949 em seu artigo 1º onde definiu “intangibilidade da dignidade humana” como direito fundamental e em seu artigo 2º dispôs quanto “a garantia do livre desenvolvimento da personalidade”. A dignidade da pessoa humana como fundamento do direito da personalidade obteve reconhecimento a partir do momento em que foi inserido no sistema constitucional. Um dos fundamentos da República Federativa de nosso país é a dignidade da pessoa humana, salientes são as palavras de Alexandre de Moraes:

A dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerentes às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta no singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo o estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.¹⁹

Assim, notamos que a nossa Constituição Federal de 1988, no seu artigo 1º inciso III estabelece como princípio fundamental: a dignidade da pessoa humana, norteando todo o ordenamento jurídico pátrio, estando o direito da personalidade inserido neste princípio, que é considerado o alicerce de todo os demais direitos fundamentais do homem. E no artigo 5º, inciso X acrescenta: constituem-se como direitos e garantias fundamentais e que também são direitos da personalidade, onde consta que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

¹⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19ª edição. São Paulo: Atlas, 2006, p. 16.

No entendimento de Alaércio Cardoso, os direitos da personalidade aplicam-se no âmbito do direito privado, afirmando “nos direitos da personalidade, a tutela jurídica objetiva a proteção contra as agressões dos particulares”.²⁰

Dessa forma, concluímos que os direitos da personalidade são objetivos ao termo direito a vida e aos demais direitos personalíssimos, é um direito subjetivo no sentido que podemos cobrar uma conduta negativa dos indivíduos ao invadir nossa integridade física. Os direitos da personalidade possuem algumas características importantes, são absolutos, generalidade, extrapatrimonialidade, intransmissibilidade, indisponibilidade, irrenunciabilidade, imprescritibilidade, inexpropriabilidade e ilimitabilidade. O Código Civil Brasileiro, embora de forma não exaustiva traz os seguintes direitos da personalidade: Direito à integridade física (direito a vida, direito sobre o próprio corpo e direito ao cadáver); direito à integridade moral (o direito à honra, o direito à liberdade, o direito ao recato, o direito à imagem, o direito ao nome e o direito moral do autor e direito ao segredo).

3.2 DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA; LIMITES ÉTICOS E LEGISLAÇÃO PERTINENTE

Tendo em vista que o transplante de órgãos e tecidos ocasiona alteração no corpo humano, essencial é analisar além dos direitos da personalidade, o direito à integridade física de forma mais ampla. Dentro do direito à integridade física, salientamos o Direito à vida e ao próprio corpo. Rita Maria Paulina dos Santos afirma:

Trata-se de direito que se reveste, em sua plenitude, de todas as características gerais dos direitos da personalidade, devendo-se enfatizar o aspecto da indisponibilidade, uma vez que se caracteriza um direito à vida e não um direito sobre a vida, constitui-se direito de caráter negativo, impondo-se pelo respeito que se exige de toda sociedade.²¹

Compreende um direito de caráter negativo, pois o indivíduo não poder dispor do próprio corpo, esta proteção é efetuada por meio do Código Penal, o qual tipifica como crime o homicídio, lesão corporal e suicídio, “o direito à integridade física é direito inato, reconhecido pelo sistema jurídico, que confere ao sujeito a faculdade de conservar-se íntegro e perfeito, desenvolvendo normalmente sem qualquer restrição.”²²

²⁰ CARDOSO, Alaércio, *op. cit.*, p.146.

²¹ SANTOS, Rita Maria Paulina dos. *Dos Transplantes de Órgãos à Clonagem*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 09 e 10.

²² RODRIGUES, Ivana Bonesi. Responsabilidade Civil por Danos Causados aos Direitos da Personalidade. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 02, nº 09, p.119-141, jan-março de 2002.

A proteção à integridade deve ser efetiva, conforme o art. 13 do Código Civil²³, porém em casos de transplante poderá ocorrer à disposição do corpo, mas não que este ocasione a diminuição da integridade psíquica.

O bem da integridade física é, a par do bem da vida, um modo de ser físico da pessoa, perceptível mediante os sentidos. Este bem, por outro lado, segue, na hierarquia dos bens mais elevados, o bem da vida. De fato, enquanto este último consiste puramente e simplesmente na existência, a integridade física, pressupondo a existência, acrescenta-lhe alguma coisa que é, precisamente, a incolumidade física, de importância indubitavelmente inferior ao seu pressuposto.²⁴

A integridade física do corpo humano em conjunto com a integridade psíquica, são os bens mais importantes da vida do ser humano, que o ordenamento jurídico brasileiro protege dentro dos direitos da personalidade bem como tipifica como crime no Código Penal. Existe a possibilidade de transplante entre seres vivos, bem como entre cadáver e vivo, porém a lei especial prevê premissas bem como critérios que será analisado a seguir.

Na matéria de transplante ao se analisar as possibilidades e os extremos, utilizamos da bioética e do biodireito. “Devido aos diversos problemas enfrentados pela bioética, faz-se possível falar do *ethos* da bioética significando o conjunto das normas morais que passarão a guiar a revolução bioética, a prática da bioética e os vários conflitos instaurados.”²⁵ A autora ao referir hoje por ética, quer dizer as diretrizes que são traçadas pela moral em conjunto com a beneficência da vida humana. Embora a ciência evolua a cada dia, “É necessário refletir sobre o valor da vida humana, ao se reconhecer que nem tudo que é possível de ser realizado pela ciência pode ser aceito pela ética”.²⁶ Pois visa privilegiar a vida e a qualidade de vida, ou seja, embora a ciência demonstre inúmeras possibilidades, deve-se agir com a certeza de que o corpo humano não pode sofrer erros às vezes com danos irreparáveis.

Devemos salientar a impossibilidade de comercialização dos órgãos e tecidos para fins de transplante. Conforme Fábio Ulhoa Coelho:

A começar pela proibição, no plano constitucional, de qualquer tipo de comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas. Para assegurar que as pessoas vão usufruir de seus corpos, proíbe-se a venda de órgãos e

²³ 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.

²⁴ CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Campinas: Romana, 2004, p. 75/76.

²⁵ GUIMARÃES, Adriana Esteves. Bioética e direitos humanos. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 04, nº 23, p.09-27, julho-setembro de 2005.

²⁶ GOMES, Daniela Vasconcellos. O princípio da dignidade humana e a ponderação de princípios em conflitos éticos. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 06, nº 29, p.78 a 85, jan-mar. 2007.

partes destes. Se dificuldades financeiras ou econômicas de uma pessoa ou de SUS dependentes pudessem ser atenuadas ou solucionadas com a receita gerada pela venda de um rim ou córnea, ela estaria sendo constrangida a dispor exatamente daquele que o direito quer-lhe assegurar. Toda e qualquer disposição de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano, portando, só pode ser feita de modo *gratuito*.²⁷

Washington de Barros Monteiro se expressa com mesmo semblante normativo “além de não poder comprometer a integridade física do doador, a cessão há de ser gratuita.”²⁸ A Lei 9.434 de 1997 preceitua ser gratuita a disposição dos órgãos.²⁹ Não estão compreendidos entre os tecidos, o sangue, esperma e o óvulo, “o corte de cabelo, da barba e de unhas não constituem ofensa à integridade física, porque são partes do corpo renováveis e livremente podem ser cortadas, não caracterizando, em princípio, lesão a direito da personalidade.”³⁰ A corrente que compreende estar o corpo humano, fora do comércio, é a corrente objetivista. Existe uma corrente subjetivista que analisa a possibilidade do corpo ser comercializado, porém não deve prosperar uma vez que o ordenamento jurídico prevê que o transplante de órgãos deve ser feito de forma gratuita, como forma de solidariedade, ricas são as palavras de Rita Maria Paulina dos Santos:

A disposição das partes do corpo vivo ou do cadáver, sempre a título gratuito, tendo em vista seus únicos objetivos científicos e filantrópicos, faz com que se deve encarar a figura do doador como um benemérito da ciência medica, coadjuvante do progresso da humanidade, sempre verificável através de uma doação ou legado do seu corpo com ou sem vida, pelos quais se presente inelutavelmente o espírito de solidariedade humana.³¹

A matéria de transplante de órgãos e tecidos é regulamentada pela lei especial nº. 9.434/1997 a qual traz diretrizes sobre os princípios fundamentais ligados aos direitos da personalidade, com o objetivando de resguardar sempre a dignidade humana. A necessidade de uma regulamentação própria é conveniente uma vez que se trata de transplantes e envolve o direito de personalidade devendo ser protegido para garantir a dignidade do doador e o receptor.

As pessoas têm que ser respeitadas em sua dignidade bem como ressaltar a isonomia de justiça, a lei 9.434 cria uma lista unitária de pessoas necessitadas de órgãos a serem transplantados, como uma das medidas de efetivar a isonomia da

²⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, vol. 01, 2ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 199.

²⁸ MONTEIRO, Washington de Barros, op. cit., p. 98.

²⁹ Art. 1º A disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou post mortem, para fins de transplante e tratamento, é permitida na forma desta Lei.

³⁰ BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da Personalidade: de acordo com o novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 111.

³¹ SANTOS, Rita Maria Paulina dos, op. cit, p. 23.

justiça aos que precisam para sobreviver de um transplante, bem como o de tratamento igualitário.

Outro princípio, aspecto importante é do consentimento do doador, pois apenas poderá ser realizado o transplante se houver consentimento. O paciente deverá ser informado pelo médico de todos os procedimentos para enfim poder tomar sua decisão de doar ou não.

Hodiernamente, o fato de extrair um órgão sadio de uma pessoa viva, partindo da licitude do sacrifício em favor de outros e transplantá-lo para outra pessoa, normalmente, não apresenta dificuldades desde que respeitados os seguintes aspectos: da parte disponente um consentimento com conhecimento de causa, excluindo-se imposições alheias ou decisões pessoais irresponsáveis; exame de eventuais riscos e prejuízos derivados da extirpação de um órgão (desde que duplo; por parte do receptor é preciso também avaliar os riscos e benefícios, tanto no caso de não se realizar transplante como no caso de fazê-lo.³²

O Código Deontologia Médica é um instrumento fundamental de regulamentação das relações do médico e o paciente. Tendo alguns preceitos e observações que devem ser levados em consideração, como as vedações, que devem ser sempre ponderadas. Contudo o transplante de órgão deverá atender os princípios legais estabelecidos na legislação de forma que venha beneficiar sempre o paciente.

A Lei de disposição, remoção de transplante é conveniente, pois trata de forma específica sobre o transplante ao regulamentar e trazer soluções a dúvidas existentes. CONTE faz elogio à referida lei:

A Lei 9.434, de 04.02.97, que dispõe sobre a remoção de órgãos e tecidos e partes do organismo humano para fins de transplante, é uma lei moderna. Enfim a Lei de Doação de Órgãos é uma lei, generosa, altruísta, constitucional e plena de sensibilidade ideológica, sendo uma atitude altaneira a doação de órgãos.³³

Os transplantes deverão ser feitos em estabelecimento previamente autorizado pelo Sistema Único de Saúde. Outro aspecto importante que traz a lei é a garantia da isonomia dos que necessitam de órgãos, no sentido da lista única de cadastro por Estado da federação de pessoa necessitadas de um transplante, salienta Maria de Fátima Freire de Sá:

³² *Idem; Ibidem*; p. 29.

³³ CONTI, Matilde Carone Slaibi. Transplante De Medula Óssea – Aspectos Jurídicos Dos Transplantes. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, Ano 55, nº 352, p. 115-128 fev. de 2007.

Há que ressaltar, porque aspecto importantíssimo da Lei de Doação de Órgãos, que cada Estado Brasileiro necessita cadastrar lista de pessoas que necessitam de órgãos. Esta lista é única, só podendo ser desrespeitada, caso os testes de triagem apontem incompatibilidade entre o órgão do doador e o organismo do receptor.³⁴

Assim a Lei em referência os princípios e os aspectos éticos formam uma base capaz de proteger os necessitados de um transplante de órgãos e tecidos bem como possibilita uma normatização para alcançar a igualdade e dignidade dos necessitados. A não comercialização dos órgãos visa assegurar que a pessoa na emergência financeira, desfaça de um bem (órgão ou tecido) que é direito fundamental, direito ao corpo e a integridade física. Devendo ser levado em conta que o corpo humano passível de experimentos, pois, embora a biociência tenha avançado com os tempos, não podemos utilizar da incerteza, pois o maior valor do ser humano é a vida e com isso esta deve ser priorizada em relação a qualquer experimento.

3.3 CONSENTIMENTO DO DOADOR

Para a ocorrência do transplante de órgãos e tecidos humanos, há necessidade de um prévio consentimento do doador. Partindo da premissa que existem duas modalidades de transplantes: transplantes entre vivos e transplantes *post mortem*, a forma de consentimento se dará de formas distintas.

No transplante em vida envolve o corpo da pessoa humana e neste sentido faz se necessário que haja o consentimento por escrito da pessoa doadora para a efetivação da remoção de órgãos e tecidos a serem transplantados em outra pessoa conforme dispõe o art. 9º da lei 9.434/97. Portanto deverá a pessoa ser juridicamente capaz e o órgão ser gratuito e de os órgãos serem duplos ou partes cuja retirada não seja comprometedora.

O paciente deve ser informado e aconselhado de todo o procedimento médico que será feito para a remoção de tecidos ou órgãos do corpo, para que o mesmo possa de livre vontade declarar o seu consentimento por escrito, pois, o mesmo é indispensável para a validade do ato de doação. O consentimento é tão importante, que poderá haver a revogação do ato de disposição por parte do doador até momentos antes de efetuar a remoção. Não podendo o mesmo sofrer coação, no sentido de dispor da integridade física, por se tratar de um bem que pertence ao direito da personalidade. Importante salientar que apenas no transplante de medula óssea compatível é que haverá a possibilidade de doação por menores conforme dispõe o

³⁴ SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei nº 9.434/97, com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.211/01*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.55.

art. 9º § 6º da Lei 9.434/97. A Lei dispõe ainda, ser vedado à disposição de órgãos ou tecidos por gestante, e que o auto-transplante necessita apenas de consentimento do próprio indivíduo ou de um de seus pais para ocorrência, conforme o art. 9º da Lei 9.434/97.

No transplante *post mortem* faz necessária a manifestação do consentimento da pessoa doadora para efetuar os procedimentos de retirada de órgãos e tecidos da pessoa humana (cadáver). A pessoa pode manifestar seu consentimento por escrito estabelecendo a retirada de órgãos e tecidos para fins de transplantes *post mortem*. Quando não há a declaração de vontade do doador em vida, deverá ser consultada a sua família quanto à possibilidade da doação de órgãos e tecidos humanos conforme especificado no art. 4º da Lei 9.434/97. Em se tratando de menor de idade que falece se ambos os pais autorizarem poderá ocorrer à doação de órgão conforme art. 5º da mesma lei. Não pode ser feito transplante com órgãos de pessoas não identificadas, e quando a causa da morte não for definida somente poderá ocorrer o transplante depois de autorizado serviço de patologia (art.6º da Lei). Trata-se de um ato voluntário, podendo ser revogado até mesmo em momento próximo a morte, como afirma Antonio Chaves:

Assinalam que o ato pelo qual uma pessoa resolve a doação de seu corpo para depois de sua morte, aos fins da lei, é um ato jurídico unilateral, configurando uma verdadeira disposição de última vontade, e, portanto, essencialmente revogável até o próprio momento da morte.³⁵

Com a morte termina o direito de se manifestar, mas a pessoa pode ter manifestado sua vontade em vida, a qual tem valor *post mortem*, como menciona Pontes de Miranda: “Com a morte termina a vontade do homem e, pois, a sua manifestabilidade. Pode a pessoa, antes da morte, ter querido e manifestado a sua vontade”.³⁶

É entendimento de Carlos Alberto Bittar, em sua manifestação que a pessoa tem o direito de dispor do próprio cadáver desde que não contrarie a ordem pública.

Como prolongamento do direito ao corpo, em nosso entender, sob a mesma base, encontra-se o direito da pessoa de dispor quando ao destino do próprio cadáver, devendo ser respeitada a sua vontade pela coletividade, salvo se contraria a ordem pública. A morte espera a separação do ser, remanescendo, por certo tempo, a forma material e alguns componentes, até a consumação definitiva, persistindo, enquanto presentes, o direito de personalidade correspondente (direito ao cadáver e às partes do cadáver).³⁷

Diante das referências podemos concluir que só pela manifestação de vontade do consentimento por escrito poderá ser praticado *post mortem* a remoção de órgãos e tecidos do corpo humano (cadáver). Caso não haja o consentimento escrito deixado pelo doador em vida, deverá ser consultada sua família, quanto à possibilidade de disposição da doação de órgãos e tecidos. O consentimento é de suma importância,

³⁵ CHAVES, Antonio. *Direito à vida e ao próprio corpo*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 214.

³⁶ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, vol. 01. Campinas: Bookseller, 2000, p. 283.

³⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitaria, 2008, p. 85 e 86.

uma vez que pode ser revogado o ato de disposição do corpo pelo doador minutos antes de sua morte.

3.4 O TRANSPLANTE “POST MORTEM”

Embora a personalidade civil acabe com a morte, conforme o art. 10 do Código Civil, a pessoa humana possui direito à integridade física e ao corpo, estende-se o direito da personalidade aos mortos. Salaria BELTRÃO “baseado na idéia de proteger a dignidade do ser humano, mesmo após a morte tem-se admitido a preservação do direito do cadáver, ”³⁸ por proteger o corpo humano e os direitos da personalidade do morto. Porém esta corrente não é predominante, há autores que embora acredite que exista o direito ao cadáver, direito ao corpo e a vontade do morto, vontade apenas de dispor dos seus órgãos e tecidos, após a morte esses direitos não são direitos da personalidade, e sim mero direito ao cadáver, e a não comercialização do corpo humano mesmo após a morte, dessa forma salienta Cupis:

Se a personalidade não existe depois da morte, nem por isso o cadáver deixa de ser considerado parte do ordenamento jurídico. Pelo contrário, o corpo humano, depois da morte, torna-se uma coisa submetida à disciplina jurídica, coisa, no entanto, que não podendo ser objeto de direitos privados patrimoniais, deve classificar-se entre as coisas *extra commercium* (fora do comércio). Não sendo a pessoa, enquanto viva, objeto de direitos patrimoniais, não pode sê-lo também o cadáver, o qual, apenas da mudança de substancia e de função, conserva o cunho e o resíduo de pessoa viva. A comerciabilidade estaria, pois, em nítido contraste com tal essência do cadáver, e ofenderia a dignidade humana.³⁹

A maioria dos autores equiparam o direito ao corpo do cadáver, direito ao enterro como direitos da personalidade que continuam com o ser humano, mesmo após a morte. E devem ser respeitados, no nosso estudo evidenciado, transplante de seres humanos, respeitada a vontade do morto, com o seu consentimento em vida para efetivar a doação de órgãos e a dignidade sendo proibida a comercialização de cadáver.

A morte é fator determinante na matéria de transplante para não haver injustiças e até mesmo crueldade a qual se recomenda acentuada observação para concretização da morte do ser humano. “A morte é fato, que há de ser alegado e provado. A prova do registro civil vem em primeiro lugar. Depois, a prova por

³⁸ BELTRÃO, Silvio Romero, *op. cit.*, p. 111.

³⁹ DE CUPIS, *op. cit.*, p. 98.

presunção (arts. 1.167, II do Código de Processo Civil e 482 do Código Civil).”⁴⁰ A Lei 9.434 de 1997 determina em seu art. 3º que só poderá haver o transplante se ocorrer morte encefálica, a qual deverá ser constatada por dois médicos. Maria de Fátima Freire de Sá sintetiza os critérios para diagnóstico de morte cerebral, sendo:

Em primeiro lugar, verifica-se a história de doença catastrófica – doença estrutural conhecida, ou seja, tumores, infecções, acidente vasculares cerebrais, ou causa metabólica sistemática irreversível, como a hipoglicemia, uremia, coma hepático, etc. I - 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 necessárias. II Ausência de função cerebral e do tronco encefálico.⁴¹

A morte encefálica ocorre “mesmo sem a parada cardio-respiratória, o ordenamento jurídico reconhece também a morte encefálica ou, mais precisamente, a morte do tronco encefálico.”⁴² A vida humana após a morte do tronco cefálico não existe mais, apenas vegetativa, sendo assim a pessoa que morre desta forma biológica vive uma vida apenas vegetativa, com aparelhos e perde sua dignidade humana. Diante disso, visa reconhecer que a vida apenas biológica não é considerada uma vida digna. A formalização da morte é feita por dois médicos e testemunhas conforme dispositivo legal o qual poderá ser acompanhado pela família.

4 ASPECTOS MÉDICOS QUE ENVOLVEM O TRANSPLANTE

Trata-se de transplante de órgãos e tecidos de uma operação cirúrgica, realizada por um profissional médico. Na realização dos transplantes haverá uma responsabilidade contratual, estabelecida expresso ou tacitamente, entre médico e paciente ou entre médico e familiar. No objetivo de proteger a vida e a integridade física do ser humano, existem crimes tipificados pela Lei 9.434 de 1997, quando os médicos poderão ser responsabilizados após analisar as provas. O instituto de responsabilidade faz se necessário, pois poderá haver erros, os quais trarão diminuição na integridade física e até mesmo mental ou psicológica do paciente e que o paciente deverá ser indenizado.

4.1 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL

⁴⁰ MIRANDA, Pontes de, *op. cit.*, p. 290.

⁴¹ SÁ, Maria de Fátima Freire de, *op. cit.*, p.57.

⁴² ESTEVES, Luciana Batista. (IN)DISPONIBILIDADE DA VIDA? *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 04, nº 24, p.89-111, out.-dez 2005.

O transplante de órgãos e tecidos é uma operação cirúrgica, onde visualiza um contrato. Figurando de um lado da relação jurídica o profissional médico e de outro pólo o paciente ou os seus familiares. A relação médico-paciente que se estabelece para os casos de remoção e transplantes de órgãos ou tecidos ou ainda partes do corpo humano, inter vivos ou *post mortem* é de natureza contratual. Márcia Regina Lusa Cadore Waber demonstra a possibilidade de a relação contratual ser expressa ou tácita:

O consenso necessário ao contrato poderá ser expresso ou tácito, manifestado diretamente pelo interessado ou por seus familiares, sem que a ausência de instrumento escrito possa ser interpretada como inexistência de negócio jurídico entre as partes.⁴³

Manifestada por seus familiares em casos que o paciente encontra-se sem possibilidade para demonstrar sua vontade. A responsabilidade civil contratual é de ordem subjetiva, cabendo a parte lesada pelo inadimplemento provar o descumprimento da obrigação estabelecida no contrato. Na obrigação de meio, o profissional da saúde não tem por objetivo o dever de alcançar o resultado desejado pelo paciente, mas, não medirá esforços, empregando todo o seu conhecimento técnico para alcançar o objetivo, pois nos transplantes de tecidos e órgãos os riscos para os pacientes são elevados. No entendimento de Marconi do Ó Catão: “O que se torna necessário observar é que o objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de cuidados conscienciosos e atentos, em conformidade com os atuais progressos da ciência médica”.⁴⁴ E Catão continua a dizer:

Ao participar de uma cirurgia de transplante de órgãos, deve o médico, portanto, fornecer ao doador e/ou receptor todas as informações sobre o ato operatório, evolução do quadro clínico e perspectivas do tratamento, tudo fazendo no sentido de preservar a autonomia do paciente.⁴⁵

Diante das referências trazidas, o contrato pode ser tácito ou escrito e ainda a necessidade do médico fornecer todas as informações necessárias sobre a operação. Na relação extracontratual entre paciente e médico se distingue da contratual, pois a primeira necessitará de uma prova que existia um contrato tácito.

O ônus da prova no contrato de obrigação de meio cabe ao paciente provar que o médico agiu com negligência, imprudência ou imperícia, aplicando-se a responsabilidade civil subjetiva, aplicando ao caso a teoria da culpa. Mas o ônus da prova torna-se complicado para o paciente diante dos procedimentos e técnicas que são utilizadas, não possuindo o mesmo conhecimento técnico dos profissionais da área da saúde. Podendo neste caso ocorrer à inversão do ônus da prova, conforme autoriza o art. 6º, VIII do CDC.

⁴³ WEBER, Márcia Regina Lusa Cadore. Responsabilidade Civil do Médico. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 03, nº 18, p.144-162, abril-jun- 2004.

⁴⁴ O CATÃO, Marcones do, *op. cit.*, 248

⁴⁵ *Idem, ibidem*, p. 249.

Sendo assim, se comprovada por meio de provas que poderão ser realizadas pelo paciente ou ainda pelo médico e determinada pelo Juiz que se inverta o ônus da prova, o responsável pela obrigação poderá ser condenado, sujeitando a perder parte do seu patrimônio como forma de pagamento. Compreende-se que a relação jurídica existente entre o médico e paciente é uma relação contratual, até mesmo na ausência de contrato, que será extracontratual caracterizada por contrato tácito. Ainda, haverá produção de provas, sendo que em regra será do paciente podendo haver a inversão do ônus da prova.

4.2 RESPONSABILIDADE DO MÉDICO E DO HOSPITAL

Como já evidenciamos a relação existente entre médico e paciente, é uma relação contratual. A responsabilidade civil do profissional médico é culposa, aplicando-se a teoria da culpa. Pois, em se tratando de remoção e transplante de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, existe um grau de risco elevado para o paciente e o médico não poderá assumir a culpa caso não alcance o objetivo final de seu trabalho, não tendo o médico a obrigação de curar, mas sim, de aplicar todo o seu conhecimento, recursos técnico e pessoal que estejam ao seu alcance, visando alcançar o resultado da cura ou a melhora de saúde de seu paciente. Caso contrário responderá civilmente por danos materiais e danos morais. Assim se manifesta Catão:

Quanto à cirurgia de transplante, existindo a culpa do profissional da área médica, é lícito à vítima ou aos seus familiares pleitear indenização pelos prejuízos causados pela incidência de danos material e moral. Nesse contexto, aplica-se a teoria da responsabilidade subjetiva na medida em que há de ser comprovada a culpabilidade do agente. Então, só responderá civilmente o médico que tiver agido com imprudência, imperícia ou negligência.⁴⁶

O erro médico nem sempre pode caracterizar a culpa do médico no exercício de sua profissão, existem algumas espécies de erros médicos que podem ocorrer, sendo erro culposos e erro doloso; erro de diagnóstico e erro de conduta; erro deliberado, erro escusável ou erro profissional e por fim o erro grotesco. De todos os erros citados, o erro grotesco é imperdoável, não pode o profissional errar ao analisar um exame laboratorial, uma radiografia onde poderá operar um membro não fraturado. Existem alguns procedimentos que o médico pode responder por culpa na lei de transplantes, a ausência de prova incontestável da morte encefálica conforme dispõe o artigo 3º da Lei nº. 9.437/97. São as palavras de Alaércio Cardoso:

Ficando provado que a pessoa ainda se encontrava viva quando da remoção, feita nestas condições, o médico responderá pelo crime de

⁴⁶ O CATÃO, Marcones, *op. cit.*, p. 251.

homicídio e será obrigado a ressarcir os prejuízos materiais e morais sofridos pela família do morto.⁴⁷

Quando a pessoa for incapaz de manifestar seu consentimento a respeito da doação conforme preceitua a Lei nº. 9.434/97, em seu artigo 9º § 4º. Se o profissional realizar o procedimento cirúrgico de remoção de órgãos ou tecidos de pessoa viva sem o prévio consentimento, responderá o médico criminalmente e civilmente pelo ato. Se o doador for pessoa viva deverá indenizar por danos materiais e morais e ainda criminalmente e no caso de cadáver por danos morais. Uma questão que merece destaque é no caso de o transplante de órgãos efetuado sem o consentimento prévio da pessoa receptora e ter êxito, mesmo assim o médico responderá por danos morais por ter colocado o paciente a exposição de riscos tendo assim violada a sua dignidade humana. Conforme preceitua o artigo 9º § 3º da Lei nº. 9.434/97: “A remoção de órgão que não seja duplo é proibida mesmo com o consentimento do doador”. Às vezes mesmo a remoção de um órgão duplo poderá acarretar dano irreparável para o doador quando este órgão removido de nada serviu para o paciente receptor, cabendo ao doador o direito à indenização por danos materiais e morais.

Ao médico é preciso ter consciência que tanto à demora, quanto à necessidade da realização de exames prévios necessários antes da efetivação do transplante, são requisitos primordiais para o êxito do órgão transplantado, evitando assim a transmissão de doenças ao receptor, conforme preceitua o art. 2º. Parágrafo único da Lei 9.434/97. Caso o profissional ignore tais requisitos responderá por danos materiais e morais sofridos pela paciente contaminada.

A responsabilidade do estabelecimento hospitalar deverá ser objetiva, pois, trata-se de um vínculo contratual que possui características próprias e exclusivas, aplicando-se a teoria objetiva da culpa. E devendo ser objetiva também quando ocasionadas por falhas de equipamentos ou de profissionais auxiliares, nesta linha de raciocínio são as palavras de Alaércio Cardoso:

A responsabilidade do estabelecimento hospitalar deverá ser objetiva apenas quando se tratar de danos ocasionados por falhas de seus equipamentos, instrumentos, ou por culpa de profissionais auxiliares, que não são considerados profissionais liberais nos termos da lei, como, por exemplo, o caso de um enfermeiro que ministra um medicamento errado, sem a participação do profissional médico⁴⁸.

⁴⁷ CARDOSO, Alaércio, op. cit., p. 293.

⁴⁸ *Idem, ibidem*, p. 321.

O médico além da responsabilidade de ordem civil possui também a responsabilidade de ordem penal quando sua conduta caracteriza-se como um crime previsto no Código Penal Brasileiro. Os crimes previstos para os casos de remoção de tecidos, órgãos ou parte do corpo humano ou ainda de cadáver, estão inseridos e tipificados a partir do artigo 15 da Lei 9.434/97, como menciona Alaércio Cardoso:

Trata-se de uma norma genérica, na qual incorrerá o médico, se não restar caracterizado nenhum dos crimes previstos nos artigos 15 a 20, da mesma lei, assim como, por exemplo, a compra e venda de tecidos, órgãos e partes do corpo humano constitui prática em desacordo com a lei, porém, o crime está tipificado no artigo 15.⁴⁹

Contudo vimos que o médico não possui responsabilidade de curar o paciente, mas sim de prestar seus serviços com prudência respeitando os princípios e dispositivos legais. A respeito da culpa do hospital será em regra objetiva aplicando-se a teoria objetiva da culpa. E deve ser objetiva também quando ocasionadas por falhas de equipamentos ou de pessoas auxiliares. A responsabilidade do médico é trazida legalmente visando que este efetue seu trabalho da melhor forma possível, para que o paciente possua seus objetivos alcançados.

5 CONCLUSÃO

O transplante de órgãos e tecidos possui a finalidade de salvar vidas bem como melhorar e aprimorar a qualidade de vida de pessoas que se encontram em grave situação de saúde. Com este trabalho, tentamos demonstrar que o transplante de órgãos está inserido nos direitos da personalidade do Código Civil Brasileiro, tratado também na Lei Especial nº 9.434 de 04 de fevereiro de 1997, que traz as diretrizes e observâncias importantes para ocorrência de transplante, bem como tipifica como crime determinada conduta dos médicos.

A integridade física é defendida amplamente pelo nosso ordenamento, e o caráter de doação de órgãos de ser gratuito é mais uma forma de defesa à integridade física, pois proíbe uma pessoa que se encontra em dificuldades financeiras de dispor de partes de seu corpo, um dos bens mais preciosos da vida. O transplante de órgãos só poderá ser feito se analisados os preceitos legais, sempre em busca de uma melhor condição, não pode degradar a integridade física do ser humano.

Sendo protegidos os direitos da personalidade inerentes à pessoa, mesmo após a morte, pois visa proteger o que lhe é de garantia, não é possível a comercialização do corpo humano, nem mesmo o cadáver, pois a dignidade humana não aceita esta conduta deplorável. A vontade do morto deve ser respeitada, se era esse o teor de sua vontade poder continuar a ajudar as pessoas por intermédio do

⁴⁹ CARSOLO, Alaércio, *op. cit.*, p. 323

transplante de seus órgãos e o seu consentimento em vida deve ser levado em consideração.

A intervenção cirúrgica do transplante será feita por médicos, sendo assim enfocados os direitos da obrigação, entende-se que embora o médico não possua responsabilidade de curar o paciente, este deve agir com presteza, somente sendo responsável quando evidenciado erro em sua conduta. A respeito da culpa do hospital será em regra ser objetiva aplicando-se a teoria objetiva da culpa. E devendo ser objetiva também quando ocasionadas por falhas de equipamentos.

Devemos salientar que indubitavelmente a medicina tem avançado, porém esta deve caminhar sempre junto aos preceitos éticos e legais, defender os direitos da personalidade, efetivando suas experiências com certeza quando se tratar de seres humanos, como no caso de transplantes de órgãos e tecidos.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL, Organização Brasileira de Transplantes de Órgãos. Disponível em <http://www.abto.org.br/abtov02/portugues/populacao/home/home.aspx>;

BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. Atual. por BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Rio de Janeiro: Universitária, 7ª edição, 2008.

BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da Personalidade: de acordo com o novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005.

CARDOSO, Alaércio. *Responsabilidade Civil e Penal dos Médicos nos Casos de Transplantes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CATAO, Marconi Do O. *Biodireito: Transplante de Órgãos Humanos e Direitos de Personalidade*. São Paulo: Madras, 2004.

CHAVES, Antonio. *Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplante*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, vol. 01, 2ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006.

CONTI, Matilde Carone Slaibi. Transplante De Medula Óssea – Aspectos Jurídicos Dos Transplantes. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, Ano 55, nº 352, p. 115-128 fev. de 2007.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Campinas: Romana, 2004.

ESTEVEES, Luciana Batista. (IN)DISPONIBILIDADE DA VIDA? *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 04, nº 24, p.89-111, out.-dez 2005.

GOMES, Daniela Vasconcellos. O princípio da dignidade humana e a ponderação de princípios em conflitos éticos. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 06, nº 29, p.78 a 85, jan-mar. 2007.

GUIMARÃES, Adriana Esteves. Bioética e direitos humanos. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 04, nº 23, p.09-27, julho-setembro de 2005.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, vol. 01. Campinas: Bookseller, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19ª edição. São Paulo: Atlas, 2006.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 36ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

RODRIGUES, Ivana Bonesi. Responsabilidade Civil por Danos Causados aos Direitos da Personalidade. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 02, nº 09, p.119-141, jan-março de 2002.

SA, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos incluindo o estudo da lei n.9.434/97, com as alterações introduzidas pela lei n.10.211/01*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Rita Maria Paulina dos. *Dos Transplantes de órgãos à clonagem: nova forma de experimentação humana rumo à imortalidade?* Rio de Janeiro: Forense, 2000.

WEBER, Márcia Regina Lusa Cadore. Responsabilidade Civil do Médico. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 03, nº 18, p.144-162, abril-jun-2004.