

A MANIFESTAÇÃO DA VONTADE NOS CASOS DE TRANSPLANTES

GERVÁSIO LEITE

Desembargador aposentado, Professor contratado de
Direito Civil da Faculdade de Direito de Cuiabá

I

Em livro que, recentemente, publicamos (**Parte Geral do Direito Civil**, 1970, pág. 129) assinalamos que o ato jurídico é, sobretudo, manifestação da vontade. É tal manifestação, segundo o magistério de RUGGIERO, seu momento central e prevalente, sem o que o ato não penetra no mundo jurídico. E porque é um ato de vontade é que o ato jurídico se distingue dos fatos jurídicos *lato sensu* que são resultantes de forças naturais. Fixando que a declaração da vontade, necessária à formação das relações jurídicas, foi considerada o elemento decisivo na estrutura do negócio jurídico, o pro-

fessor ORLANDO GOMES assinala que todo negócio jurídico seria uma declaração de vontade vinculante, que se emite para alcançar intencionalmente efeitos determinados em lei.

Assim, ao declarar o Código Civil, no art. 82, que o ato só é jurídico se o agente é capaz, quer dizer agente capaz de ter vontade e declará-la, não prevalecendo, dessarte, a crítica dos que se rebelam contra a não inclusão da vontade entre os requisitos do ato jurídico. Em verdade a lei ao exigir a capacidade do agente como requisito de validade do ato jurídico, o faz pressupondo que através dessa capacidade, possa êle manifestar plena e completamente sua vontade e, assim, a vontade é um dos requisitos indispensáveis na formação do negócio jurídico.

Essas noções sumárias são recordadas apenas para que possamos situar adequadamente o problema do consentimento nas questões de transplantes de órgãos.

Em se tratando de transplante o problema deve ser examinado sob dois prismas: a) o transplante de órgão de uma pessoa viva a outra; b) o transplante de órgão de cadáver a pessoa viva e, ainda mais, considerar: I. a vontade do doador; II. a vontade do sujeito do transplante.

2

Se examinarmos o ordenamento jurídico nacional encontramos consignado no art. 146, § 3º, do Código Penal que não é crime de constrangimento ilegal “a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal se justificada por iminente perigo de vida”.

Como se vê, o dispositivo fala em intervenção médica ou cirúrgica, estabelecendo um relacionamento linear simples entre médico e paciente, em que êste não manifesta sua vontade ou, esta não é considerada quando se encontra em perigo de vida. O médico trata, o cirurgião opera sem consultar o paciente, sem buscar o seu consentimento, pôsto que tem o dever de curar e, no cumprimento dêsse dever, não depende da vontade do doente. Ao procurar salvar a vida de um enfêrmo, o médico sobrepõe à vontade dêste o seu dever de salvar vidas porque salvar a vida de um doente é o fim da ciência que pratica. E fim legítimo.

3

Esse direito de tratar, que o Estado outorga ao médico com o diploma que lhe confere, não deve, todavia, ser entendido senão nos estritos têrmos do apontado dispositivo da Lei Penal e sem qualquer ampliação.

Em se tratando de transplante de coração, magistral é a lição de FLAMÍNIO FAVERO:

“Em casos de transplante de coração, quando a salvação da vida depende só dessa intervenção, não me parece que se possa invocar

o direito de tratar que o Código Penal vigente aceita ao seu artigo 146, § 3º, inciso I, ao admitir a intervenção médica ou cirúrgica sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida.”

É que no transplante encontra-se o médico ante uma situação excepcional; não se trata tão-somente de cumprir o seu dever de curar ou de procurar salvar alguém em iminente perigo de vida. O de que se cogita é de uma intervenção, ainda em fase de experimentação, que não salva a vida do paciente mas a prolonga sob sério risco e, que implica na tomada de um órgão de terceiro para inseri-lo no organismo do paciente.

4

Em se tratando de transplante de órgão extraído de cadáver, o médico, em primeiro lugar, se encontra ante a liberdade que tem o doador de permitir ou não que se retire do seu cadáver este ou aquele órgão. A lei que rege a espécie (Lei nº 5.479, de 10 de agosto de 1968) só cogita da manifestação da vontade do doador ao estabelecer no art. 3º que

“A permissão para o aproveitamento, referido no art. 1º, efetivar-se-á mediante a satisfação de uma das seguintes condições:

- I — por manifestação expressa da vontade do disponente;
- II — pela manifestação da vontade, através de instrumento público, quando se tratar de disponentes relativamente incapazes e de analfabetos;
- III — pela autorização escrita do cônjuge, não separado, e sucessivamente de descendentes, ascendentes e colaterais, ou de corporações religiosas ou civis responsáveis pelo destino dos despojos;
- IV — na falta de responsáveis pelo cadáver, a retirada somente poderá ser feita com a autorização do Diretor da Instituição onde ocorrer o óbito, sendo ainda necessária esta autorização nas condições dos itens anteriores.”

No caso, a lei exige a manifestação formal e clara da vontade do doador que resolve doar órgão, parte de órgão ou tecidos para um fim que especifica e para ser retirado do seu cadáver; ou, exige, nas outras hipóteses, que o responsável pelos despojos manifeste formal e precisamente o propósito de doar uma ou várias partes dos mesmos “para fins terapêuticos” (art. 1º da Lei referida). A retirada há de ser feita **post mortem**. E aqui surge o problema, para fins de transplante, da ocorrência da morte, questão importante e grave, mas que não interessa aos fins do presente estudo. A vontade do doador é aqui condicionada. O órgão, parte do órgão ou o tecido, deve ser retirado do seu cadáver. Assim sendo, enquanto a sua morte não ficar comprovada, a retirada não pode ser feita, dispondo o art. 2º da Lei nº 5.479 que

“A retirada para os fins a que se refere o artigo anterior deverá ser procedida da prova incontestável da morte.”

No projeto que se transformou na Lei nº 5.479 estavam consignados três parágrafos atinentes à verificação do óbito, infelizmente vetados. Assim:

“§ 1º A verificação do óbito deverá ser feita pelos métodos científicos atualizados, sempre precedida da comprovação da ausência de atividade cerebral, demonstrada pelo traçado absolutamente linear do eletroencefalograma e ausência de batimentos cardíacos por mais de cinco minutos.

§ 2º O atestado do óbito será subscrito por três médicos, sendo um clínico, um cardiologista e um neurologista, que não pertençam à equipe que irá proceder a dupla operação de retirada e enxerto.

§ 3º Em caso de aproveitamento de olhos ou outro órgão do cadáver que dispensam a retirada imediata, bastará o atestado de óbito firmado por um médico.”

Por isso a doação só poderá ser efetivada depois de verificada a ocorrência da morte, posto que a vontade do doador está condicionada à existência da morte efetiva, da morte real. Não se trata, no caso, de constatar a cessação da respiração, a ausência de batimentos cardíacos, ou, mais precisamente, a ocorrência de um ou mais elementos que demonstram a cessação da vida. O que se quer, para a efetivação da vontade do doador, é a constatação da morte, pois só a morte devidamente constatada é que poderá permitir a doação. Sem que o evento esteja precisamente caracterizado, não será possível a extirpação do órgão, tecido ou qualquer outra parte do cadáver dado que dita extirpação — de acordo com a vontade do doador, há de ser feita após sua morte. De sorte que só o diagnóstico seguro da morte é que torna possível o pleno cumprimento da vontade do doador.

FLAMÍNIO FAVERO assinala que há de ser formulado diagnóstico seguro da morte do doador, afirmando:

“diagnóstico precoce, por certo, e que se impõe, mas de inabalável firmeza. Aí, porém, da certeza na medicina, na qual, como no amor, *on ne dit ni jamais ni toujours*”.

Em 1968 o Conselho da Organização Internacional de Ciências Médicas, órgão filiado à UNESCO fixou o critério determinativo da morte que deve ser baseado em

- I — perda de todo sentido ambiente;
- II — debilidade total dos músculos;
- III — detenção espontânea da respiração;
- IV — colapso da pressão sanguínea no momento em que deixar de ser mantida artificialmente;
- V — traçado absolutamente linear no eletroencefalógrafo.

De outro lado, o Código de Processo Penal, no art. 162, declara que a autópsia deve ser feita pelo menos seis horas depois de óbito, salvo se os peritos pela evidência dos sinais da morte, julgarem que possa ser feita antes daquele prazo.

Assim deve ser fixada precocemente, mas com certeza, a morte do doador. A vontade manifestada anteriormente encontra seu pleno aperfeiçoamento no diagnóstico que evidencie a morte real ou, como diz o art. 2º da Lei nº 5.479, na "prova incontestável da morte".

Se a morte não está firmemente comprovada e a extirpação é feita, a vontade do doador não está sendo fielmente cumprida; se o diagnóstico da morte embora precoce não é de absoluto rigor, além do descumprimento da vontade, arrisca-se o cirurgião a praticar homicídio culposo pois que, enquanto houver qualquer possibilidade, por mínima que seja, ao médico compete conservar, poupar ou prolongar a vida.

5

Não menos importante é a vontade do receptor do órgão a ser transplantado. O Código Penal no art. 146, § 3º, I, não considera crime de constrangimento ilegal a intervenção médica ou cirúrgica sem consentimento do paciente, ou de seu representante, se justificada por iminente perigo de vida. Por sua vez a Lei nº 5.479 estabelece, no parágrafo único do art. 4º, que o transplante somente será realizado se o paciente não tiver possibilidade alguma de melhorar, através de tratamento médico ou outra ação cirúrgica.

Deduz-se daí que, não ocorrendo iminente perigo de vida e havendo possibilidade de melhora através de outro tratamento médico ou de ação cirúrgica diversa, o transplante não deve ser considerado como método adequado à cura ou recuperação do paciente. Além disso, no caso de ser o transplante o único tratamento — impõe-se ao cirurgião, para afastar o perigo de rejeição do órgão transplantado, o exame da compatibilidade.

Necessário será considerar, ainda, que no caso de transplante, não ocorrendo iminente perigo de vida (art. 146, § 3º, I, do estatuto penal), o mesmo não pode ser realizado sem o expresse consentimento do receptor.

Tal consentimento deve ser claro, preciso, real, desanuviado de qualquer dúvida; é necessário que a vontade do agente se manifeste desembaraçadamente sem as pressões decorrentes do quadro sombrio que o cirurgião pode montar ante o doente dominado pelo pavor. Quem sofre dores; quem se encontra sob o terror da morte dolorosa; quem vê prolongarem-se as horas e os dias no leito de um hospital, muitas vezes desmoralizado, não pode manifestar a sua vontade plena e desembaraçadamente.

A espera de um doador com quem seja compatível, pode ficar semanas no leito, trabalhado pela pressão do médico que lhe fez um diagnóstico precoce de morte e, destarte, o consentimento que emite não é obra de uma vontade descompromissada, liberta de pressões.

Na espécie, ademais, a vontade não pode ser exercida com a mesma eficácia das épocas de normalidade. Dado que a medicina dos transplantes encontra-se em fase experimental, o homem, que é uma unidade social, não pode vincular-se a uma experiência de resultados imprevisíveis. Nem o progresso da ciência, nem o da técnica, nem o consentimento do enfermo, nem o bem da sociedade, afirma TODOLI (*Ética dos Transplantes*, ed. Herder, pág. 78), podem justificar a experimentação no homem. As experiências podem e devem fazer-se em cadáveres ou em animais.

Diz-se que a Medicina, nos últimos anos tem progredido em ritmo acelerado. Embora a descoberta de substâncias imuno-supressoras tenha diminuído os sérios riscos que correm os pacientes, é certo que estes ainda existem referentes à rejeição e aos efeitos colaterais de monta. Dêsse modo o transplante não pode ser considerado uma técnica cirúrgica segura.

Em se tratando de transplante de coração, devemos lembrar que a vida é um direito inalienável e, sem estar frente a uma morte certa e rápida, o médico não pode promover o transplante ainda que tenha o consentimento do receptor, pôsto que se o homem pode transigir com enorme soma de direitos de que é titular, não pode transigir com o seu direito à vida.

De sorte que, no campo profundamente tumultuado dos transplantes de órgão, o problema do consentimento do receptor deve ser visto com extrema cautela, pois que o ordenamento jurídico nacional não permite que o homem ponha em risco um bem social que é a sua vida, consentindo em se submeter a uma técnica cirúrgica ainda em fase de experimentação.

Em verdade, o homem exerce o seu direito à vida em co-titularidade com a sociedade.

6

Merece exame, ainda que sumário, o problema do transplante de órgão de pessoa viva a pessoa viva. Não menos importante é aí o problema do consentimento, dado que para o doador o transplante implica efetivamente em mutilação. TODOLI preocupado com a ética dos transplantes expõe o ponto de vista de PEINADOR que considera ilícito o transplante de órgãos pares de pessoa viva por considerá-lo mutilação. Isso porque a ninguém é dado atentar contra a integridade física da pessoa física, salvo o caso de se tornar necessária a mutilação para salvar a vida do paciente.

Se se trata, porém, de mutilação para enxerto em pessoa enferma cuja salvação dependa de ablação do órgão enfermo e irrecuperável e a inserção de um outro extraído de pessoa sadia, as opiniões não encontram um terreno comum no campo da ética e, ainda que os progressos assinalados da Medicina indiquem que são cada vez menores os riscos dos transplantes, pode-se chegar a um impasse: mutila-se o indivíduo sadio e, pela rejeição, não é possível salvar-se a vida do indivíduo enfermo.

TODOLI, depois de expor e criticar as diferentes correntes existentes no campo da Ética, inclina-se a considerar o transplante como ação não

moralmente má. Desde que se justifique por motivos suficientes — explica o professor espanhol — deixa de ser moralmente reprovável a extirpação do órgão de pessoa sadia para inserção em organismo enfêrmo e passa a ser boa, como no caso da amputação de um membro para se salvar o todo. Não existe, pois, o problema tantas vêzes levantado de que se segue o efeito bom a partir do mau, já que esta condição faz referência ao aspecto moral e não ao aspecto físico. Vemos como a ablação de um membro por motivos suficientes pode deixar de ser má e, inclusive, pode chegar a ser obrigatória e heróica. O fim bom se segue, não a partir de um mal moral, mas de um ato altamente louvável.

Eis como o catedrático da Universidade de Madri coloca o problema:

“As outras condições já não oferecem dificuldade qualquer: pode existir uma causa suficientemente grave. Os bens que se seguem podem ser superiores ao mal físico que supõe; pode, realmente, não haver outro meio eficaz de salvar o doente.

Com isso, creio que a solução ao menos se esboça. Não se trata de uma ação moralmente única. Esta implica em duas fases ou efeitos: a ablação de um órgão sadio e um enxêrto em organismo doente. A ablação do órgão sòmente é moralmente má, quando não fôr devidamente justificada; podemos afirmá-lo porque o princípio da totalidade é sempre aceito como justificativa, no caso de amputação de uma perna por gangrena.

O princípio de solidariedade, a nível de amizade, família, razão de Estado, pode apresentar casos muito mais aceitáveis que o princípio da totalidade.

Em tal caso a ablação de um membro já não é moralmente má; pode ser até obrigatória e heróica, embora fisicamente.

Não é querida diretamente, embora diretamente executada; porque não é visada por si mesma e sim, em função da vontade — moralmente única — de salvar o enfêrmo.”

Tal é o problema no campo da Ética. Argumentos vários servem para reforçar a posição dos que examinam e aceitam o transplante e suas implicações no campo da moral. Afirmam, por exemplo, que a transfusão de sangue é hoje amplamente aceita e não é senão um transplante. Anotam que o transplante de órgãos não significa uma simples amputação, pôsto que inseridos em outros organismos ali persistem em pleno funcionamento.

Ao versar o tema — implicações jurídicas do transplante — JEAN SAVATIER, em documentado estudo no *Recueil Dalloz Sirey* intitulado *Et in hora mortis nostra* (1968, pág. 89), preocupa-se tão-sòmente com a extração de órgãos de cadáveres, entendendo que a ablação deve ser realizada para fins de transplante, salvo quando há **oposição manifesta** por parte do defunto antes de morrer ou por parte de seu cônjuge, pais ou filhos. Não aborda SAVATIER os transplantes de pessoa viva a pessoa viva onde, naturalmente, o problema se situa em outro plano: vontade claramente manifestada e conseqüências sociais.

A pessoa humana é um valor social positivo e a ablação de um dos seus órgãos pares só é possível conjugando a vontade do disponente e os interesses da sociedade que, também, estão em jôgo não interessando a esta a existência de seres humanos mutilados.

Ao tratar do transplante de pessoa viva a pessoa viva, a Lei nº 5.479 dispõe no art. 10 que

“É permitido à pessoa maior e capaz dispor de órgãos e partes do próprio corpo, para fins humanitários e terapêuticos.

§ 1º A autorização do disponente deverá especificar o tecido, ou órgão, ou a parte objeto da retirada.

§ 2º Só é possível a retirada, a que se refere este artigo, quando se tratar de órgãos ou tecidos, vísceras ou partes e desde que não impliquem em prejuízo ou mutilação grave para o disponente e corresponda a uma necessidade terapêutica, comprovadamente indispensável para o paciente receptor.”

A vontade do disponente está, como se vê, fortemente condicionada pela lei. Em primeiro lugar essa vontade só pode ser manifestada se a retirada do órgão vai atender “fins humanitários e terapêuticos”. Se não são esses os fins diretamente visados, inútil o consentimento do disponente.

Além disso a vontade do doador encontra barreiras na lei se a doação implicar em comercialização de seus órgãos, tecidos e vísceras. São, evidentemente, órgãos, tecidos e vísceras humanos bens fora do comércio e se a doação se efetiva com objetivos de lucro, já a vontade aí nenhuma força tem. A gratuidade é que integra e aperfeiçoa o consentimento.

Por outro lado, a retirada, ainda que para fins humanitários e terapêuticos, é impedida pela Lei, desde que implique em prejuízo ou mutilação grave para o disponente. A manifestação da vontade de nada vale se o doador, dispondo-se a ceder órgão, tecidos ou vísceras, o faça de modo a ficar fortemente prejudicado em sua saúde ou em suas atividades. A lei, impedindo a mutilação ou o prejuízo grave para a saúde do disponente, restringe o campo onde a sua vontade possa se manifestar e torna-a nenhuma se manifestada **contra legem** e, nesse caso, o cirurgião não pode efetuar o transplante.

Em terceiro lugar, se a cura ou recuperação do receptor podia ser obtida de outro modo, inútil é a manifestação da vontade, pôsto que a lei permite a ablação desde que seja comprovadamente indispensável para o paciente receptor. Havendo possibilidade de cura ou recuperação com tratamentos outros ou técnica diversa, ainda que mais demorados e dispendiosos, esses tratamentos devem ser prescritos e a técnica aplicada.

Devemos, ainda, levar em linha de conta que a lei não cogita de heroísmos inúteis, nem de doações visando fins publicitários. Tem em mira a cura ou recuperação do paciente desde que esgotadas as possibilidades comumente oferecidas pela Medicina. As doações prometidas sob intensa publicidade, objetivando fins promocionais, devem incidir na censura da Lei.