

FACULDADES INTEGRADAS

“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**OS CRIMES DECORRENTES DA LEI QUE DISPÕE SOBRE
TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS**

Fernanda Pifer Pagnozzi

Presidente Prudente - SP

2003

FACULDADES INTEGRADAS

“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**OS CRIMES DECORRENTES DA LEI QUE DISPÕE SOBRE
TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS**

Fernanda Pifer Pagnozzi

Monografia apresentada como requisito parcial da
Conclusão do Curso de Direito para obtenção do
Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do
Professor Dr. André Luis Felício.

Presidente Prudente - SP

2003

OS CRIMES DECORRENTES DA LEI QUE DISPÕE SOBRE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS

Trabalho de conclusão de Curso aprovado
como requisito parcial para obtenção do
Grau de Bacharel em Direito.

Dr. André Luis Felício

(Orientador)

Dra. Marina Caldas Junqueira

(Examinadora)

Dra. Mariângela Senra Roncati

(Examinadora)

Presidente Prudente, 27 de novembro de 2003.

“A sabedoria não nos é dada. É preciso descobri-la por nós mesmos, depois de uma viagem que ninguém nos pode poupar ou fazer por nós”.

Marcel Proust

AGRADECIMENTOS

Em um primeiro momento, agradeço a Deus, por toda sabedoria e coragem para lutar por meus ideais.

Agradeço imensamente aos meus pais, Daniel e Raquel, por estarem sempre ao meu lado, pelo amor que me dedicaram e por me ajudarem nos momentos mais difíceis principalmente no decorrer deste ano.

À minha irmã, Flávia, que me proporcionou muita alegria e amizade ao longo de toda a minha vida.

Ao meu orientador, Professor Dr. André Luis Felício, que muito me auxiliou neste trabalho, sempre compreendendo minhas dificuldades.

As minhas examinadoras, que tão prontamente se dispuseram a avaliar este estudo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
 PRIMEIRA PARTE	
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	10
 SEGUNDA PARTE	
2 DOS TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS E TECIDOS	13
2.1 Conceito	13
2.2 Conceito de órgãos e tecidos	14
2.3 Classificação	14
2.4 Órgãos e tecidos comumente transplantados	16
 TERCEIRA PARTE	
3 TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS ENTRE VIVOS	18
3.1 Disposições gerais	18
3.2 Consentimento dos sujeitos envolvidos no ato de Transplante.....	19
3.2.1 Gratuidade do ato de disposição do próprio corpo.....	22
 QUARTA PARTE	
4 TRANSPLANTE <i>POST MORTEM</i>	24
4.1 Determinação da morte para fim de transplante e retirada <i>post mortem</i> de tecidos do corpo.....	24
4.1.1 Formalidades da certificação da morte	26
4.2 Consentimento dos sujeitos envolvidos no transplante <i>post mortem</i>	27
4.2.1 Problemática do consentimento presumido	28
 QUINTA PARTE	
5. RESPONSABILIDADE DO PROFISSIONAL MÉDICO	30
5.1 Responsabilidade Civil	30
5.2 Procedimento ensejadores da responsabilidade – civil e penal – do médico na Lei de Transplante	32
5.2.1 Ausência de prova incontestável de morte encefálica	33
5.2.2 Ausência de consentimento do doador e receptor	33
5.2.3 Remoção de órgãos que não sejam duplos	34
5.2.4 Retirada de órgão de pessoa juridicamente incapaz e de gestante	34

5.2.5 Dano causado ao receptor em decorrência da demora na realização do transplante	35
5.2.6 Realização do transplante sem os exames prévios necessários	36
5.2.7 Ausência de notificação de diagnóstico de morte encefálica	36
5.3 Responsabilidade penal	37

SEXTA PARTE

6 ASPECTOS CRIMINAIS DA LEI DE TRANSPLANTE	39
6.1 Os delitos	39
6.2 Condutas atípicas	50

CONCLUSÃO	52
------------------------	----

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	56
---	----

INTRODUÇÃO

O assunto abordado nesse trabalho consiste na apresentação e conceituação do Transplante de Órgãos e Tecidos do corpo humano, bem como sua evolução histórica na medicina e no mundo jurídico e, especificamente, o aspecto criminal da Lei de Transplante.

A presente monografia foi baseada em pesquisa bibliográfica, abrangendo uma análise doutrinária, revistas e jurisprudência, cujo método alcançado foi principalmente o dedutivo, uma vez que a análise do tema escolhido foi feita a partir de regras aplicadas a casos gerais e abstratos.

Como o tema em questão vem alcançando um preciso desenvolvimento, vale salientar, que pôr maior alcance social ocorrido, é preciso basear-se em regras e fundamentos jurídicos como os dispostos na Lei n.º 9434/97, Decreto n.º 2268/97 e Medida Provisória n.º 1718/98.

O transplante de órgãos e tecidos despertou um interesse significativo por parte de toda sociedade, pois, a evolução médica na área dos transplantes aumentou a probabilidade de cura para as mais variadas doenças que, até então, eram consideradas fatais. Com isso, cada vez mais se eleva o número de transplantes feitos e esperados por uma infinita lista de receptores.

Devido a este tratamento ser considerado a última solução para tal receptor, diversos problemas jurídicos surgiram ante a preocupação de manter o direito em igualdade ao crescente desenvolvimento.

Este método de tratamento é uma atividade de difícil solução, pois envolvem questões atinentes entre a vida e a morte e também envolvem vários sujeitos como doador, receptor, médicos, enfermeiros e demais profissionais.

Mas é preciso colocar acima de isto a vida humana. Tanto da pessoa doadora, cuja vida necessita ser salva; como da receptora que somente após a comprovada morte daquela, receberá o órgão transplantado.

Deste modo, existem princípios fundamentais que se sobressaem ao simples fato de se transplantar um órgão ou um tecido como o direito de

personalidade que engloba o direito de dispor do próprio corpo vivo ou morto e o direito à vida, todos assegurados pela Magna Carta.

No capítulo I será demonstrada a evolução histórica que o tema em questão vem sofrendo, principalmente nas últimas décadas devido ao grandioso avanço da medicina.

O capítulo II conceitua o transplante de órgãos e tecidos bem como sua classificação e os diferentes tipos deste método cirúrgico que não foram definidos na Lei nº 9.434/97 mas que são de suma importância.

O capítulo III dispõe sobre o transplante de órgãos in vida, ou seja, transplantação de órgãos ou tecidos de doador vivo.

Também é mencionado o consentimento, tanto do doador como do receptor, de poder dispor de partes do corpo humano, além de observar as exigências feitas pela Lei para a prática do ato de disposição que não foi muito recepcionado por alguns juristas que trataram do tema.

Evidencia-se também a questão da gratuidade do ato de disposição que tem sido um tema bastante polemico devido ao crescente tráfico de órgãos e ou tecidos.

No capítulo IV é demonstrado o transplante de órgãos de doador cadavérico, o momento exato que a Lei define como sendo o da morte encefálica para fins terapêuticos e, ainda, o consentimento da família.

A responsabilidade civil e penal do profissional médico será estudado no capítulo V, principalmente quanto à questão da indenização pelos danos causados ao paciente.

Finalmente, no capítulo VI, este trabalho tem por objetivo fazer uma adequada e modesta crítica à tipificação das condutas delitivas que surgem devido ao ato de se transplantar órgãos e ou tecidos do corpo humano por se tratar de uma legislação inócua e principiante, precisando, assim, de inúmeras alterações, bem como a assuntos polêmicos ligados à ética-médica e a integridade física e psíquica de doadores e receptores.

A Lei n.º 9434/97, ao mesmo tempo em que foi elaborada para assegurar o direito de quem necessitasse de transplante, criou também, algumas sanções,

expressas nos artigos 14 ao 20 da mencionada Lei, para que esta necessidade de tratamento ficasse amparada por uma legislação específica, mas como será analisada no presente trabalho, esta tipificação legal deixou a desejar.

PRIMEIRA PARTE

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Em um primeiro entendimento sobre o tema de Transplante de Órgãos e Tecidos, verifica-se uma fase dita mitológica, na qual relata a passagem Bíblica da criação de Eva através das costelas de Adão; foi a primeira cirurgia com enxerto de pele, isto é, o primeiro exemplo de uma ressecção costal feita sob anestesia. Também é relatado um caso de implante de orelha realizado por Jesus Cristo, na Bíblia, em Lucas, capítulo 22, versículos 48 a 51.

É dita mitológica, esta fase, porque os recursos tecnológicos e científicos da época não permitiam uma certeza da efetiva ocorrência desses transplantes.

As primeiras tentativas de preservação da vida humana ocorreram na era do Cristianismo, em Roma, quando foi iniciada a assistência hospitalar.

Diz a lenda que os Santos Cosme e Damião exerciam a medicina por pura caridade sem cobrar nada de seus pacientes. Certa vez, substituíram a perna gangrenada de um doente, que necessitava ser amputada, por outra perna que retiraram de um cadáver.

(...) Para substituir a perna gangrenada de um doente que tinha necessidade de amputar foram os Santos ao cemitério, em busca de uma que lhes pudesse servir para aquele fim. O único cadáver utilizável naquela ocasião era o de um negro etíope, mas os Santos não tinham preconceitos raciais nem problemas com histocompatibilidade. Retiraram, pois, do cadáver o segmento do membro de que o enfermo carecia e a transplantação foi, por graças de Deus, um êxito completo, realçado ainda que pela diferença de cor. (SOUZA, 1980, apud CARDOSO, 2002, p.32)

No decorrer dos séculos, várias foram as tentativas de utilizar tecidos de pessoas e animais que culminaram em fracasso, pois, tudo era feito de forma muito arcaica.

Com advento de técnicas mais modernas na medicina, como a anestesia e a inclusão instrumental, as intervenções cirúrgicas na área dos transplantes, começaram a ter um bom resultado.

É a partir daí que se inicia a fase científica propriamente dita.

Com isto, conclui-se que a evolução histórica dos Transplantes de Órgãos e Tecidos divide-se em duas fases distintas: a mitológica, cujas técnicas cirúrgicas eram tão primitivas como lendárias, e a científica, onde a medicina começou a se desenvolver.

Jonh Hunter (1771) , cirurgião inglês , foi o primeiro a utilizar o termo Transplante quando implantou em um indivíduo, dentes de outro.

Em 1890, o primeiro transplante ósseo foi realizado com total regeneração quando uma criança de três anos recebeu, no lugar de um membro inútil, um grande número de cunhas ósseas retiradas de outro paciente.

Em 1931, o médico italiano Gabriel Janelli realizou o “Enxerto Voronoff” correspondente a enxertos de glândulas genitais. Este ato desencadeou inúmeras polêmicas para época, pois, foi feito em doador vivo e em troca de dinheiro.

O primeiro transplante de órgão se tornou realmente eficaz somente em 1954 quando um indivíduo recebeu um rim de seu irmão gêmeo. A partir deste, vários outros órgãos foram implantados com sucesso como o transplante de um fígado e um pulmão realizado em 1963 e um de pâncreas em 1967.

O transplante de coração ocorreu em 1967, na África do Sul , quando um comerciante recebeu tal órgão vital de uma moça falecida em decorrência de um acidente de trânsito, mas que veio à óbito dezoito dias após o implante.

Esta técnica de transplantar o coração sofreu uma grande crise na década de 60, onde os médicos constataram que menos de 20% dos receptores permaneciam vivos. Isto era devido ao fato de não existirem ainda drogas capazes de eliminar os riscos de rejeição.

Hoje em dia, esta crise foi superada justamente devido ao aparecimento dessas drogas imunossupressoras.

No Brasil, esta técnica foi um pouco tardia visto que, somente em 1988, foi realizado com êxito um transplante de fígado em uma pessoa adulta viva e sem parentesco.

Diante disto, o Transplante de Órgãos e Tecidos está sendo considerado uma prática médica comum mas, vale salientar, que somente em alguns órgãos ou tecidos esta prática tem sido realizada com um resultado efetivo, pois, o êxito não tem sido muito satisfatório.

Mas é importante ressaltar que as pesquisas cada vez mais estão evoluindo e devido ao numero de órgãos doados ser insuficiente para a grande procura, estas pesquisas estão se direcionando a busca de novas técnicas, como por exemplo, transplante em humanos de órgãos de animais modificados geneticamente, produção de órgãos artificiais e até mesmo a clonagem de embriões para fornecimento de material humano, tema este que ainda é proibido por lei.

SEGUNDA PARTE

2 DOS TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS E TECIDOS

2.1 Conceito

Literalmente, o termo “transplante” significa o ato ou a ação de arrancar uma planta ou uma árvore de um lugar e plantar em outro. Secularmente a esse conceito, nas ciências médicas e jurídicas, esse termo significa transferir um órgão ou uma parte deste órgão de um indivíduo, para outra parte desse mesmo indivíduo, ou ainda, de indivíduo vivo ou morto para outro indivíduo.

Portanto, para Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, “transplante é o ato ou efeito de transplantar”. (FERREIRA, 1994/1995, p. 743)

Para Ricardo Antequera Parilli, o transplante “é a retirada de um órgão ou material anatômico proveniente de um corpo, vivo ou morto, e sua utilização com fins terapêuticos em um ser humano”. (PARILI, 1983, apud SANTOS, 1992).

Esclarece Maria Celeste Cordeiro Leite Santos que o transplante:

Trata-se de uma técnica cirúrgica, denominada cirurgias substitutivas, que se caracteriza em essência porque se introduz no corpo do paciente um órgão ou tecido pertencente a outro ser humano vivo ou falecido, com o fim de substituir a outros da mesma entidade pertencente ao receptor, porém, que tenham perdido total ou sensivelmente sua função. A natureza desse tipo de intervenção do ponto de vista do receptor – posto que com relação ao doador a situação é diversa – é de estimá-la, em consequência, como uma intervenção curativa, sempre que exista a indicação terapêutica e se aplique a técnica adequada ao caso. (SANTOS, 1992, p.140)

Outros entendimentos consideram o transplante como sendo a amputação ou ablação de um órgão com função própria, de um organismo para instalar-se

em outro, a fim de exercer neste as mesmas funções que no anterior mais precisamente conhecidos por enxertos vitais.

Há uma grande confusão na doutrina sobre o verdadeiro conceito de transplante, pois, várias são as ligações feitas entre este vocábulo com enxerto ou implante.

Eis a diferença: transplante, como já tido anteriormente, é o ato ou o efeito de transplantar ou transplantar-se; enxerto, é o mesmo que inserir alguma coisa em outro lugar de modo a se tornar uma parte integrante deste último; e implantar, significa uma intervenção cirúrgica que retira do seu lugar de origem um tecido, ou parte de um organismo, para ser colocado noutra local do mesmo corpo, como por exemplo, os implantes de cabelo e pele.

2.2 Conceito de órgãos e tecidos.

Os juristas não se preocuparam muito em estabelecer estes conceitos , embora sejam muito importantes pois, tratam-se dos objetos do transplante, então , é necessário retirar tal informação dos compêndios de medicina.

Há um conceito de órgão que merece ser transcrito neste singelo trabalho e que por si só já nos traz uma melhor compreensão:

O órgão , em definição simplista, é a unidade ou formação do corpo que executa uma função definida. Mas, em base das descrições anteriores, pode-se ir além. No sentido de especialização das células, órgão é um grupo de células semelhantes ou vários desses grupos, que se especializaram para uma determinada função, ou funções, em benefício do organismo. No sentido do conceito de tecidos fundamentais, órgão é a combinação de tecidos em unidade encarregada de executar cada função ou conjunto de funções correlacionadas (GARDNER, 1980 apud CARDOSO; 2002, p. 115)

Quanto ao conceito de tecidos, pode ser encontrado facilmente nos dicionários da língua portuguesa como sendo o “agrupamento de células similares destinadas ao exercício de função determinada”. (FERREIRA, 1994/1995, p. 627)

2.3 Classificação

Segundo a doutrina, o transplante propriamente dito se divide em algumas espécies:

- **Autotransplante:** é a transferência de um órgão ou tecido de um lugar para outro, ocorrida na mesma pessoa. É também chamado de transplante autoplástico, pois, o doador e o receptor se confundem na mesma pessoa. Isto ocorre, por exemplo, com as cirurgias de ponte safena e com o transplante de pele em queimaduras (retira-se uma faixa de pele sadia de um lugar do corpo para colocar no lugar da pele queimada do mesmo corpo).

- **Isotransplante:** É também conhecido como transplante isogênico ou singênico e isoenxerto. Corresponde ao transplante de órgãos ou tecidos de um indivíduo para outro da mesma espécie e que possuam caracteres hereditários idênticos (gêmeos univitelinos) , como por exemplo um caso já citado anteriormente, onde um indivíduo doou o rim ao seu irmão gêmeo.

- **Alotransplante ou Homotransplante:** corresponde ao transplante de órgãos e tecidos entre indivíduos do mesmo gênero mas que possuem caracteres hereditários diferentes. Este tipo de transplante pode ser feito entre vivos ou com órgãos e tecidos do cadáver. Também é conhecido como aloenxerto ou homoenxerto. A transfusão de sangue é um exemplo dessa espécie de, também a córnea retirada de um cadáver, o rim, o coração etc.

- **Xenotransplante ou Heterotransplante:** é a transferência de órgãos ou tecidos de um indivíduo de um gênero (chimpanzé, por exemplo) , para um ser vivo de outro gênero (homem, por exemplo). Mas, nesta espécie, a grande possibilidade de rejeição torna praticamente impossível o transplante, pois o grau de afinidade biológica entre doador e receptor tem fator decisivo para o êxito do transplante.

2.4 Órgãos e Tecidos comumente utilizados para transplante

A legislação em vigor, de acordo com as noções básicas de medicina, regulamenta e especificam quais os órgãos e tecidos que podem ser objetos de transplante. Além deste amparo legal, há a necessidade de se verificar alguns requisitos específicos como os critérios excludentes, de classificação e os casos de urgência, critérios esses adotados por Rita de Cássia Curvo Leite (2000) em sua obra Transplante de Órgãos e Tecidos e o Direito da Personalidade.

Os órgãos mais utilizados para o ato do transplante são: o coração, o pulmão, o fígado e os rins.

O transplante cardíaco é mais visado nas pessoas que sofrem de problemas cardíacos e nas quais, a simples terapia já não mais causa um bom efeito. Para que tais pessoas não sejam excluídas desse transplante, é necessário que não haja incompatibilidade sanguínea ou de peso corporal. Infelizmente, a maioria dos pacientes, propensos receptores, não sobrevive até a chegada de um doador.

Para o transplante de pulmão, são aplicadas as mesmas regras quanto ao de coração, até mesmo porque algumas das transplantações pulmonares são acopladas a cardíaca.

Os pacientes sujeitos à cirurgia de fígado são aqueles que apresentam a cirrose, que é uma doença progressiva na qual a função do fígado vai sendo gradualmente perdida, e, ainda, não devem possuir qualquer outra doença grave em outra parte do corpo.

O rim permite que a transplantação seja inter vivos e por esse motivo é a cirurgia mais efetuada no Brasil.

São inúmeros os tecidos que podem ser transplantados como: medula óssea (mais utilizada em pessoas com leucemia), válvulas cardíacas, córneas, pele, dura mater (para reparo nos tecidos que revestem o cérebro e a medula espinhal), ossos do ouvido interno (recuperação da audição), cartilagem costal, crista ilíaca, cabeça do fêmur e tendão da paleta.

Com o advento da Lei nº 9.434/97, é permitido que se extraia a medula óssea de um menor, mediante autorização judicial, com o consentimento de ambos os pais e desde que não ofereça riscos à sua saúde, assim, como também é permitida a extração de medula de gestantes seguindo esses mesmos requisitos quanto à sua saúde.

Para efeito desta referida Lei, não estão compreendidos entre os tecidos comumente transplantados, o sangue, o esperma e o óvulo.

TERCEIRA PARTE

3 TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS ENTRE VIVOS

3.1 Disposições gerais

Por transplante entre vivos, deve-se entender a remoção, para fins terapêuticos, de tecidos , órgãos ou partes do corpo humano, vivo, para ser implantado ou enxertado em outro corpo humano também vivo com a finalidade de curar, ou então, melhorar as condições de vida do receptor.

Este transplante in vida deve respeitar as exigências, obviamente, da Lei nº 9.434/97, como também deve respeitar a integridade física do doador, que passa de um direito personalíssimo para um direito disponível pelo ato da renúncia. Renúncia esta que se dá pelo consentimento de o doador vivo dispor de uma parte do seu corpo, para que, num ato de solidariedade, caridade e amor, salve uma vida.

Não se pode concordar que somente o ato de consentir justifique juridicamente a lesão causada na integridade física do doador , pois, é preciso que tal consentimento “seja outorgado dentro dos limites e das finalidades normativas, havendo uma proporção entre o interesse do doador e a potencial vantagem social”. (CARDOSO, 2002, p. 172)

O artigo 9º da Lei nº 9.434/97 estabelece que a pessoa juridicamente capaz, pode dispor gratuitamente de tecidos , órgãos e partes do próprio corpo vivo para fins de transplante ou terapêutico.

Estes atos de disposição do próprio corpo são lícitos desde que não ofendam a moral e os bons costumes e, ainda, desde que não impliquem na extinção da vida.

Portanto, a Lei que dispõe sobre Transplante de Órgãos e Tecidos disciplina alguns requisitos para a validade do ato de disposição do próprio corpo ,quais sejam, os sujeitos envolvidos na relação (doador, receptor e o medico) , os

tecidos , órgãos ou partes do corpo que podem ser objeto da benesse e, por fim, a forma do ato de disposição.

É notável a preferência pelo transplante *post mortem* do que por este ora discutido, pois, o doador naquele tipo de transplante, não sofre tipo algum de mutilação e , ainda, “salva” um numero maior de receptores devido à possibilidade de aproveitamento de uma quantidade maior de tecidos, órgãos e partes do corpo.

Em relação ao transplante in vida, igualmente no transplante *post mortem*, é indispensável suscitar a questão do consentimento do doador para que sejam retirados órgãos, tecidos e ou partes de sue corpo.

Este assunto será analisado no subtítulo a seguir.

3.2 Consentimento dos sujeitos envolvidos no ato de Transplante (doador e receptor).

O consentimento para o transplante in vida é , sem dúvida, a essência desse ato de disposição e recepção de partes do corpo humano e não só um simples requisito de validade do ato.

O consentimento é “a anuência do sujeito a respeito do entabulamento de uma relação jurídica sobre determinado objeto” (FRANÇA, 1995, p. 223), e ainda pode ser entendido como:

A manifestação de vontade séria e definitiva, em virtude da qual a pessoa, concordando com os desejos de outrem, vincula-se à obrigação ou obrigações, que servem de objeto ao ato jurídico ou ao contrato firmado entre elas. (DE PLÁCIDO E SILVA, 1984, p. 520).

De acordo com o artigo 5º da Constituição Federal o direito à vida ou a liberdade, ou seja, o direito que o individuo tem de querer ou não dispor de partes do seu corpo é inviolável e, portanto, deve ser respeitado e obedecido, haja vista que se trata além de uma vontade do ser humano, uma garantia constitucional, ou seja, uma garantia individual fundamental.

Não basta que o doador consinta com a doação, é também necessário que antes de dar esse consentimento, o doador possa optar ou não pela autorização.

Então, somente poderá ter esse livre arbítrio se souber exatamente da situação que se encontra.

Sendo assim, o médico ou a equipe médica deve informar o paciente de todos os riscos, vantagens e desvantagens que o tratamento poderá ocasionar.

Ressalta-se, porém, que o aconselhamento e a informação prestada pelo médico ao doador ou aos seus familiares deve preceder o ato de consentir para que, assim, a autorização do doador para que seus órgãos sejam transplantados ocorra de uma forma livre e válida.

Quanto a este consentimento ser efetivado de forma escrita ou tácita, há uma grande discussão entre os doutrinadores que trataram do tema.

Para alguns seria necessário que o consentimento do doador fosse feito de maneira escrita; para outros, porém, não há necessidade do consentimento escrito porque a referida Lei não faz referências ao assunto, apenas faz menção sobre o consentimento do receptor ser escrito e na presença de testemunhas e sobre a informação prestada pelo médico, sendo assim, o consentimento poderá ser tácito.

Em suma, a Lei se posicionou sobre a obrigatoriedade do consentimento e não pela obrigatoriedade quanto à forma de se consentir.

O que ocorre em relação a esse tema é que não se sabe ao certo se o doador realmente consentiu ou foi induzido a consentir.

Seria indispensável, então, que o consentimento fosse feito de modo escrito pelo doador e também por seus familiares e, ainda, seria necessário a assinatura do médico ou da equipe médica relatando toda informação já prestada ao paciente.

O paciente, por se encontrar em uma situação de menor defesa, acaba por deduzir que a escolha tomada pelo médico é, indubitavelmente, a mais adequada.

Na maioria das vezes, os pacientes, acham que por serem leigos em determinados assuntos, não podem opinar e isto é um grande equívoco, uma vez

que apenas eles, como pacientes e titulares do direito à integridade física, podem exprimir suas vontades e concordâncias.

Portanto, para que o transplante de órgãos ocorra validamente para o doador, receptor e também para o médico, o correto seria que todos assinassem um termo de compromisso demonstrando estarem conscientes de todos os riscos que tal ato cirúrgico pode ocasionar.

Neste caso, o sujeito mais prejudicado, conseqüentemente, é o doador que tem um órgão, um tecido ou uma parte de seu corpo removidos e é devido à este fato que o consentimento expresso e escrito dele e também de seus familiares seria o pressuposto de validade para o ato do transplante.

Quanto ao consentimento ser indispensável não se tem dúvida, uma vez que a Lei nº 9.434/97 se encarregou de punir o médico que agir sem essa devida autorização. O que se deve discutir é a questão da forma do consentimento, ou seja, deve-se legislar sobre a obrigatoriedade do consentimento escrito.

Pela regra geral, um médico não pode realizar um transplante sem o devido consentimento do paciente, exceto em três hipóteses: quando o tratamento estiver previsto em lei; quando o médico estiver obrigado a prestar o devido socorro e quando existir o estado de necessidade.

Pela Lei nº 9.434/97 a autorização, qual seja, o consentimento, é indispensável para o ato de doação, sendo, assim, que em seu artigo 14, a remoção de órgãos ou tecidos sem o consentimento do doador é tipificado como delito, sujeitando o infrator a uma pena de reclusão de dois a seis anos e mais multa, como será visto mais minuciosamente nos capítulos que se seguem.

Nota-se, entretanto, que a referida Lei, em seu artigo 10, disciplina que o consentimento deve também ser obtido do receptor que, assim como o doador, deve efetivar este consentimento de forma livre, sem vícios e com todas as informações necessárias, mas com a diferença de que para o receptor a Lei se encarregou de mencionar sobre a forma expressa, ou seja, o paciente que supostamente será um receptor, deve consentir de maneira expressa.

É imprescindível que estas formalidades sejam verificadas, pois, a remoção feita em contrariedade à estas regras, isto é, o doador que não manifestar expressa ou tacitamente seu consentimento e ter órgãos e ou tecidos do seu

corpo removidos, tipificara, também, o delito de lesão corporal previsto no artigo 129 do Código Penal. Caso ocorra a morte do doador , por aquela razão, a equipe medica poderá responder pelo delito de homicídio previsto no artigo 121 do mesmo códex.

Dado o seu consentimento, o doador, a qualquer tempo , pode revogá-lo , podendo ser feito de qualquer forma, até mesmo verbalmente, em conformidade com a Lei nº 9.434/97 em seu artigo 9º, parágrafo 5º.

3.2.1 Gratuidade do ato de disposição

O doador, ao consentir a remoção de órgãos, tecidos ou partes de seu corpo, deve estar ciente de que o faz gratuitamente, ou seja , absolutamente nenhuma recompensa ou meio de retribuição poderá exigir deste seu ato de disposição.

Esta gratuidade, em matéria de transplante, foi elevada a principio constitucional como estabelece o artigo 199, § 4º da Constituição Federal de 1988:

Art. 199, § 4º: A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substancias 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.

Esta exigência foi inserida na redação do caput do artigo 9º da Lei nº 9.434/97 que dispõe sobre Transplante de Órgãos.

O legislador assim dispôs, elevar a gratuidade à princípio constitucional e novamente reiterá-la na Lei Especial para tentar combater a comercialização que está cada vez mais evidente.

Portanto, as partes separadas do corpo não podem ser consideradas como “coisas” no comercio, pois, a circulação de órgãos e tecidos somente e admitida de forma gratuita e para os fins previamente fixados na Lei.

Da mesma maneira que o doador vivo não pode obter nenhuma vantagem econômica com o ato de disposição do próprio corpo, os familiares do doador cadavérico também não poderão.

Apesar de a Lei deixar claramente prevista uma punição para o comércio de órgãos, o que normalmente ocorre é justamente o contrário devido ao fato de se ter uma frágil fiscalização por parte do Estado e também por um erro legislativo, qual seja a permissão, para o transplante in vida, de doadores e receptores não serem parentes.

A conclusão a que se chega é de que um paciente somente se submete a uma operação de risco para doar seu órgão à um estranho, em troca de dinheiro, pois na concepção adequada do tema, a doação, embora seja um ato de solidariedade humana, é um ato cirúrgico dotado de riscos e imprevisões.

Sobre tal assunto, aborda-se mais precisamente nos estudos dos delitos da Lei nº 9.434/97, capítulo VI.

QUARTA PARTE

4 TRANSPLANTE *POST MORTEM*

O transplante *post mortem* corresponde à retirada de órgãos, tecidos ou partes de corpo humano de cadáver para ser implantado em um receptor vivo.

Diante disso, a morte presta um auxílio incalculável a todas as pessoas que necessitam ter suas vidas salvas e que não encontram outro meio a não ser por tal método cirúrgico.

Para que um transplante seja bem sucedido é exigível que os órgãos a serem doados estejam em perfeitas condições de integridade, viabilidade, estejam hígidos e funcionando mesmo por ocasião da morte.

Um órgão somente continua funcionando se a morte ocorrer em determinadas circunstâncias ou momentos que serão amplamente analisados no item seguinte.

4.1 Determinação da morte para fim de transplante e retirada *post mortem* de tecidos, órgãos e partes do corpo.

O critério utilizado para determinar a morte de um suposto doador e o da morte encefálica .

Mas como conceituar esta morte encefálica?

Segundo o Conselho Federal de Medicina em sua Resolução nº 1.480 editada em 8 de agosto de 1997, a morte encefálica é definida como sendo “a parada total e irreversível das funções encefálicas”.

A Lei de Transplante regulamentada pelo Decreto nº 2.268/97, por sua vez, adotou tal conceito como sendo a condição essencial para retirada de órgãos e tecidos do cadáver para fins de transplante.

Assim está regido o artigo 16 do aludido decreto: “a retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo poderá ser efetuada no corpo das pessoas com morte encefálica”.

Deste modo, como nos ensina Ana Claudia Pirajá Bandeira:

É importante verificar que a lei fala em morte encefálica, e não em morte cerebral. Embora muitos autores não façam distinção dos significados dessas palavras, confundindo uma com a outra, há de esclarecer-se que cérebro (córtex) é o centro cortical e subcortical que condiciona a vida intelectual e é a sede da vida sedentiva. Com a morte do cérebro, continuam as funções vegetativas, em especial, a função cardiorespiratória. Assim, o indivíduo sobrevive em condições vegetativas. Quando morre o encéfalo, cessam todas as atividades do cérebro e do sistema nervoso central, atingindo a estrutura encefálica. Assim, o ser humano deixa de existir. (BANDEIRA, 2001, p. 97).

A ilustre professora Maria Helena Diniz que coordenou um ciclo de palestras realizadas em São Paulo no período de 29 de maio a 19 de junho de 1999, no qual foram discutidos vários temas atuais e polêmicos, dentre eles o direito de morrer, sustentou que para a constatação da morte encefálica, devem ser observados os seguintes critérios: coma irreversível, ausência de reflexos, cessação da respiração natural e atividade cerebral elétrica por 24 horas.

Evidente é, portanto, que a certeza da morte é imprescindível em matéria de transplante de órgãos e tecidos *post mortem*.

Sob esta égide, declara Paulo José da Costa Júnior que:

Se a morte for apenas aparente, o transplante poderá dar causa a um homicídio culposo. Diagnosticada com segurança a morte real, a lei brasileira não impede o transplante que é válido e conforme o direito (*secundum jus*). (COSTA JÚNIOR, in RT 389/395, p.396-7)

Neste sentido, é importante lembrar que no dia 14 de dezembro de 1973, na Califórnia, um garoto, chamado Jason Arthur Ral, foi dado como morto ao sofrer uma grave lesão cerebral. Sua mãe autorizou o transplante de seus rins e fígado e quando os cirurgiões se preparavam para a operação, perceberam que o

garoto respondia aos estímulos da dor, tendo sua respiração restabelecida 45 minutos depois.

Por isso, a comprovação da morte é considerada condição essencial relativa a transplante de órgãos e tecidos do cadáver, e , ainda, cabe ao médico atestá-la com certeza e seriedade sob pena de cometer o crime de falsidade de atestado médico previsto no artigo 302 do Código Penal.

4.1.1 Formalidades da certificação da morte.

A Lei nº 9.434/97 que dispõe sobre Transplante de Órgãos, e o Decreto nº 2.268/97 que a regulamenta, estabelecem que a retirada de órgãos somente poderá ser efetuada com a morte encefálica e confirmada por dois médicos, sendo que, pelo menos um deles seja neurologista, segundo os critérios clínicos e tecnológicos definidos pelo Conselho Federal de Medicina.

Nenhum desses médicos que atestaram a morte poderão integrar a equipe que realizará o transplante para que, assim, seja evitado que estes profissionais acelerem o diagnóstico pensando no sucesso da implantação de órgãos do cadáver em um receptor vivo.

Assim que seja diagnosticada a morte encefálica, o médico responsável deverá comunicar a família, que poderá suscitar a presença de um médico de sua confiança e, o Hospital, deve comunicar à Central de Notificação , Captação e Distribuição de Órgãos de sua respectiva unidade de Federação (artigo 18 do Decreto nº 2.268/97) .

Segundo o Conselho Federal de Medicina, aos pacientes com suspeita de morte encefálica, devem ser observados os seguintes exames clínicos para a efetiva comprovação da morte: eletroencefalograma e arteriografia cerebral, que são procedimentos mundiais.

Após seis horas esses exames serão repetidos e aí sim o diagnóstico será confirmado e lícito será o transplante.

Admite-se que a remoção de órgãos ou tecidos seja presenciada por um médico de confiança da família do doador falecido e caso se trate de família carente de recursos financeiros, o médico poderá ser o indicado pelo SUS (Sistema Único de Saúde).

O transplante depende de compatibilidade sangüínea e histocompatibilidade com o organismo do receptor, por isso, devem ser feitos testes para diagnosticar infecções e afecções, principalmente em relação ao sangue do doador.

4.2 Consentimento dos sujeitos envolvidos no transplante *post mortem*.

Como já foi visto no Capítulo III , o ser humano tem o livre arbítrio de querer ou não doar seus órgãos, tecidos ou partes de seu corpo.

No que concerne a pessoa viva, esta autorização é feita expressamente, ou seja, é a própria pessoa doadora que manifesta a sua vontade, tendo também o consentimento do receptor que é obrigatoriamente por escrito e na presença de testemunhas nos termos do artigo 10 da Lei nº 9.434/97 e, ainda, ambos têm o direito de revogar tal autorização a qualquer tempo como já mencionado nos capítulos anteriores.

No transplante de órgãos extraído de cadáver, o consentimento não é mais tão simples. Surge aí, o problema do consentimento da família quando a pessoa falecida não manifestou em vida sua vontade.

A Lei nº 9.434/97 , em seu dispositivo 4º , caput, adotou o consentimento presumido, qual seja, que é presumida a autorização para doação de tecidos , órgãos e partes do corpo nos casos em que não houver manifestação de vontade em contrário.

Caso a pessoa, em vida, não quiser ter seus órgãos, tecidos ou partes do corpo removidos, deve fazer constar de forma indissipável a expressão : “NÃO DOADOR DE ÓRGÃOS E TECIDOS” na Carteira de Identidade ou, então, na Carteira de Habilitação, conforme o parágrafo 1º do referido artigo 4º da Lei.

Mesmo manifestando a contrariedade à doação de órgãos, a pessoa tem o direito a mudança de opinião e para isto, basta que a nova declaração seja registrada nos documentos supracitados. Vale, então, a imissão mais recente.

Dessa forma, o consentimento somente é válido se feito pelo titular do direito de dispor do próprio corpo e com isso, inúmeras foram as críticas de praticamente todos os setores da sociedade e é o que veremos a seguir mais detalhadamente.

4.2.1 Problemática do consentimento presumido.

Vários setores da sociedade se posicionaram contra tal modelo presumido adotado pelo legislador.

A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) denominou tal método como “doação obrigatória de órgãos” devido ao fato de facilitar o tráfico e a comercialização de órgãos humanos, além, é claro, de ferir os direitos individuais do cidadão.

Este sistema também não se tornou efetivo para a classe médica, pois, questionavam que isto estava em desacordo com seus princípios ético-profissionais de ouvirem a família do suposto doador. Prevaleceu, então, para os médicos a regra ética da consulta à família do morto.

O descontentamento também foi evidenciado na população, uma vez que foi constatado que no Rio Grande do Sul, por exemplo, 88% da população se declararam não doadores.

Com isso foi editada a Medida Provisória nº 1.896 que acrescentou o parágrafo 6º ao artigo 4º da Lei nº 9.434/97 com a redação de que na ausência de vontade do doador, os familiares poderão manifestar-se contrariamente a doação, o que será obrigatoriamente obedecido pelas equipes de transplante e remoção.

Cria-se, assim, o sistema da informação, segundo o qual:

Ante a inexistência de consentimento expresso do falecido, comunica-se aos familiares a intenção da remoção de tecidos, órgãos ou partes do corpo, os quais, se não desejarem a remoção poderão manifestar oposição. (CARDOSO, 2002, p. 251)

Entretanto, esta Medida Provisória, não viola a regra dos § 1º à 3º, artigo 4º da Lei nº 9.434/97, onde a pessoa, titular do direito de dispor do próprio corpo, declara ser ou não doadora em sua Carteira de Identidade Civil e Carteira Nacional de Habilitação. Esta regra é válida e vincula a todos (familiares e médicos) a respeitarem e, perante isso, fazem prevalecer a vontade do “de cujus”.

Como já dito anteriormente, qualquer que seja à vontade da pessoa em ser ou não doadora, pode revogá-la a qualquer tempo, até mesmo em seu leito de morte, não precisando, neste caso, de declaração expressa.

Em relação à gratuidade do transplante de órgãos e tecidos *post mortem*, assim como no transplante in vida, é inquestionável perante a regra já transcrita do artigo 199, parágrafo 4º da Constituição Federal.

Assim como também mencionado no capítulo do transplante in vida, a comercialização de órgãos é crescente e no caso desse transplante *post mortem*, o temor da população é fundado na possibilidade de o médico ou a equipe médica constatarem a “inequívoca” morte encefálica para que seus órgãos sejam vendidos.

Pode ser até que esse tráfico por parte do profissional médico não ocorra mas a população não sabe o que acontece em uma cirurgia transplantadora, ou seja, não é do conhecimento popular que a mesma equipe médica que atesta a morte não é a mesma que pratica a remoção dos órgãos, por isso, o maior erro que se evidencia é a falta de informação da população.

Mas infelizmente não se pode tirar a razão da sociedade visto que não se pode garantir que tais equipes médicas, que atestaram a morte e que realizaram o transplante, são realmente diversas, pois não se pode garantir que em um centro hospitalar carente de recursos ou pelo menos carente de especialização, realmente não irá ocorrer nenhum transplante.

QUINTA PARTE

5 RESPONSABILIDADE DO PROFISSIONAL MÉDICO

5.1 Responsabilidade Civil.

A responsabilidade civil do médico, como em toda responsabilidade profissional, será, em regra, calcada em uma obrigação de meio e não de resultado.

O médico obriga-se a empregar toda a técnica, conhecimento e os meios necessários para a tentativa de cura do paciente mas não lhe pode garantir que isto ocorra, ou seja, não pode garantir ao paciente que ficara curado, pois, a vida e a morte são valores que não pertencem ao plano material.

O médico tem o dever de informar o paciente, ou sua família, de seu estado, dos riscos e da possibilidade de cura e não que a cura de fato existe.

A natureza jurídica da relação existente entre medico e paciente é contratual, pois tal relação é proveniente , em regra, de um contrato de locação de serviços; fato este afirmado pelo artigo 3º, parágrafo 2º da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Dessa forma, o tratamento médico é recepcionado pelo CDC, sendo assim, o paciente coloca-se no lugar de consumidor e o medico no lugar de fornecedor de serviços, nos termos dos artigos 2º e 3º, respectivamente, da Lei nº 8.078/90.

Esta responsabilidade civil contratual do profissional médico tem por fundamento legal os artigos 1056 e 1545 do Código Civil de 1916 e artigos 389 e 951 do Código Civil de 2002.

Deste modo, ressalta o artigo 1545 do Código Civil Brasileiro de 2002 que : “os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano sempre que da imprudência, negligência ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento”.

Mas existe a possibilidade dessa responsabilidade civil ser extracontratual, nos casos em que a relação médico-paciente independe de contrato, como por exemplo, quando um médico socorrer, na rua, alguém acometido de um mal súbito.

Portanto, segundo nos ensina Alaércio Cardoso:

Conclui-se pela natureza contratual das relações entre o médico e o paciente, nos casos de remoção e transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, inter vivos ou *post mortem*, mesmo porque, nessas hipóteses não é possível que as circunstâncias da vida colocam a frente médico e doente, incumbindo àquele o dever de prestar assistência. (CARDOSO, 2002, p. 269)

Verifica-se que a responsabilidade civil do médico é a existência ou não da culpa do agente causador do dano e o nexo causal entre este e a culpa.

Como já visto nos capítulos anteriores, o transplante deve ser efetivado mediante prévio consentimento instruído com todas as informações necessárias, e caso o profissional médico o faça de maneira contrária, surge o dever de indenizar.

De acordo com o artigo 14, § 4º do CDC, a culpa do médico é subjetiva, isto é, a responsabilidade civil deste profissional é baseada na culpa.

Art. 14: O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e risco.

Ao mencionar o ato indenizatório é necessário analisarmos o dano causado ao paciente.

Ao verificar o dano, é de suma importância entendermos a culpa que o profissional em questão possui em relação a atos por ele praticado.

Diante disso, o médico será civilmente responsabilizado, por qualquer dano causado ao paciente ainda que sua culpa não seja tão grave.

Devido à responsabilidade do médico ser subjetiva, a regra é de que, a vítima prove a culpa deste profissional e todos os danos por ele causados.

Mas como este tema sobre transplante de órgãos apresenta minuciosas particularidades fora do entendimento do homem comum, a inversão do ônus da prova é sempre verificada.

Assim, segundo o disposto no artigo 6º, inciso VIII, do CDC, o profissional, pelo princípio da inversão do ônus da prova, deve provar que não agiu culposamente para se exonerar do dever de indenizar.

Ante o exposto, afirma Alaércio Cardoso que o paciente-doador se encontra incapacitado de provar a culpa do médico que realizou o transplante:

É fato que a inversão do ônus da prova constitui faculdade atribuída ao juiz, nos termos do citado inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor, porém, nos casos de remoção e transplantes de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, parece evidente que a inversão do ônus da prova é medida que se impõe, dadas as particularidades dessa espécie de intervenção do profissional no corpo humano, que tornariam impossível à vítima provar a culpa do médico. Perante o médico, nessa hipótese, o paciente certamente deveria ser considerado hipossuficiente. (CARDOSO, 2002, p. 285)

Nota-se, entretanto, que o médico não é responsável somente pelos danos patrimoniais, ou seja, pelos danos que efetivamente causou. É responsabilizado também pelos danos extrapatrimoniais, qual seja, pela dor moral que causou a vítima, como por exemplo, o médico que remove órgãos ou tecidos de um cadáver que não manifestou tal vontade em vida ou, ainda, sem autorização da família.

Mesmo salvando outra vida com o ato da remoção, o médico deve ser responsabilizado, pois, a indenização também tem o objetivo de penalizar o infrator para que, assim, não volte a cometer condutas lesivas a outrem.

5.2 Procedimentos ensejadores de responsabilidade - civil e penal - do médico na Lei de Transplante.

Os fatos relacionados com o tema em pauta, Transplante de Órgãos, que são lesivos ao direito moral ou material do paciente gerando ao profissional médico a responsabilidade civil, serão expostos a seguir.

5.2.1 Ausência de prova incontestável da morte encefálica.

Como já estudado anteriormente, para que ocorra a retirada *post mortem* de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano destinados a transplantes, é indispensável a constatação da morte encefálica como dispõe o artigo 3º da Lei.

Caso o médico ou a equipe de transplante hajam em desconformidade com o dispositivo supra mencionado e seja constatado que ainda não houvera morte encefálica, poderão responder pelo crime de homicídio previsto no artigo 121 do Código Penal, além também de responderem pelos crimes da própria Lei e serão obrigados, ainda, ao ressarcimento dos prejuízos que causaram à família do morto, ou seja, terão o dever de indenizar.

5.2.2 Ausência do consentimento do doador e receptor.

Em relação à pessoa viva doadora, o médico que realizar o transplante sem o prévio consentimento daquele, será responsabilizado na esfera cível, onde surge o dever de indenizar a vítima pelos danos morais e materiais, e também na esfera penal, onde responderá pelo crime de homicídio, já citado acima, se houver morte em decorrência do ilícito, ou pelo delito de lesão corporal, de acordo com o artigo 129 do mesmo Código, se ferir a saúde ou a integridade física do doador, além de ser sujeito ativo no delito do artigo 14 da Lei nº 9.434/97.

Em relação ao doador-cadáver que não expressou em vida seu consentimento, o médico responderá somente na esfera civil, pois, aqui, não há o que se dizer em homicídio ou em lesão corporal, já que se trata de doação *post mortem*.

Quanto ao receptor, a regra será a mesma que a do doador vivo. Se não consentir o transplante, o médico, que mesmo assim o fizer, responderá civilmente devendo indenizar o dano e penalmente, caso tal dano configure uma lesão corporal ou, até mesmo, um homicídio.

5.2.3 Remoção de órgãos que não sejam duplos

O artigo 9º, parágrafo 3º da Lei nº 9.434/97 permite a doação inter vivo somente quando se tratar de órgão duplo, de partes de órgão, tecidos ou partes do corpo, isto posto, o médico que retirar um órgão que não seja duplo, como um fígado por exemplo, responderá civilmente indenizando o paciente pelos danos morais e ou materiais causados e até mesmo penalmente poderá ser responsável em conformidade com as sanções estabelecidas na aludida Lei.

Denota-se, porém, que nem todo órgão duplo é suscetível de remoção como, por exemplo, a córnea que mesmo sendo retirada uma, poderia causar um grave comprometimento da visão ao paciente.

Outra hipótese é bastante suscitada pela doutrina: haverá responsabilidade, mesmo que o médico retire tal órgão duplo autorizado em Lei ?

A resposta é afirmativa, haja vista que a remoção de órgão de pessoa viva somente será feita com a exclusiva finalidade de atender o receptor que necessita daquele órgão específico. Então, caso o médico faça tal remoção sem a devida finalidade, terá o dever de indenizar o prejuízo causado.

5.2.4 Retirada de órgão de pessoa juridicamente incapaz e de gestante.

A Lei proíbe a retirada de órgãos de pessoa incapaz, salvo nos casos de medula óssea com autorização de ambos os pais ou responsáveis legais e autorização judicial.

O médico, agindo em contrariedade com o citado acima, responderá civilmente pelos danos causados nas duas hipóteses: se retirar órgãos, tecidos ou partes do corpo de pessoa incapaz ou se retirar medula óssea de incapaz sem observar os requisitos exigidos pela Lei.

Poderá, ainda, ser responsabilizado penalmente tipificando, assim, o delido do artigo 14, parágrafo 2º, inciso III da Lei nº 9.434/97 que será mostrado mais detalhadamente no capítulo seguinte.

Da mesma forma ocorre com a gestante, onde a supracitada Lei, em seu artigo 9º, parágrafo 7º, veda expressamente a remoção de órgãos, tecidos ou partes de seu corpo, salvo quando se tratar de tecido para ser utilizado no transplante de medula óssea e se tal procedimento não oferecer riscos para a saúde do feto ou a sua própria saúde.

5.2.5 Dano causado ao receptor em decorrência da demora na realização do transplante.

Assim que o órgão seja retirado do doador, deverá ser imediatamente transplantado no receptor, sob pena de correr o insucesso da operação.

Esse lapso temporal deverá ser analisado caso a caso, isto é, em cada órgão separadamente, pois, cada um possui um tempo máximo para a sua retirada e um tempo máximo para sua preservação extracorpórea, conforme a tabela abaixo:

ORGAOS/ TECIDOS	TEMPO MÁXIMO PARA RETIRADA	TEMPO MAXIMO PARA PRESERVACAO
Córneas	6 horas pós PC	7 dias
Coração	Antes da PC	4 a 6 horas
Pulmão	Antes da PC	4 a 6 horas
Rim	Ate 30 minutos pós PC	Ate 48 horas
Fígado	Antes da PC	12 a 24 horas
Pâncreas	Antes da PC	12 a 24 horas
Ossos	6 horas pós PC	Ate 5 anos

*PC = parada cardíaca - Dados fornecidos pelo site www.abto.com.br do dia 09/09/03.

5.2.6 Realização do transplante sem os exames prévios necessários.

Neste caso, se o médico realizar transplante sem a realização dos testes de triagem para diagnóstico de infecção e infestação exigidos para a triagem de sangue para doação, como assim preceitua o artigo 2º, parágrafo único da Lei nº 9.434/97 e disso resultar transmissão de doença para o receptor, tais como a AIDS, sífilis, hepatite etc, terá de indenizar os danos morais e materiais sofridos pela pessoa contaminada.

Esse ato médico constituir-se-á em negligência, uma vez que tal profissional realizou um tratamento sem a realização de todos os exames recomendados e que estavam em seu alcance.

Somente isentar-se-ia da culpa, o médico que pudesse provar que não os realizou porque a demora que teriam tais exames, poderia causar a morte do receptor, neste caso, porém, o profissional médico não estaria sendo negligente, e sim, estaria optando por salvar um bem maior, qual seja a vida do receptor.

Será responsabilizado também penalmente tipificando o delito do artigo 14 da referida Lei.

5.2.7 Ausência de notificação de diagnóstico de morte encefálica .

O artigo 13 da Lei estabelece que todos os centros hospitalares deverão notificar a morte encefálica às Centrais de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos (CNCDO).

A notificação visa possibilitar o bom andamento do transplante, pois, é através desta que a família do morto autoriza a remoção de seus órgãos.

Segundo entendimento de Alaércio Cardoso:

Nessa hipótese, a pessoa com preferência para o transplante, inscrita na lista de espera, com compatibilidade, e que preenche todas as condições para o recebimento dos tecidos, órgãos e partes do corpo do falecido,

inegavelmente teve violado o seu direito de receber o transplante, ou seja, perdeu as chances de cura ou de melhora na sua condição geral de saúde e, certamente terá pretensão legítima contra o responsável pela omissão (deixou de agir, quando deveria agir), para demandar o ressarcimento dos danos morais e materiais que experimentou. (CARDOSO, 2002, p. 301)

5.3 Responsabilidade Penal.

A responsabilidade penal é a consequência pela ocorrência de um delito, importando para quem lhe deu causa, uma pena que a lei estabelecer.

Deste modo preceitua o Artigo 13 do Código Penal Brasileiro: “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa toda ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

Em relação à responsabilidade penal do médico, estaremos diante de um crime próprio, pois, para que ocorra tal delito, a lei exige uma capacidade especial do sujeito ativo, tal qual, a de ser médico.

Ao médico, desde os primórdios da antiguidade, lhe é depositada uma significativa confiança; de fato que o Código de Ética Médica o obriga a “tudo fazer para aliviar o sofrimento do seu doente” somente autorizando “a prática indiscriminada da cirurgia em caso de iminente perigo de vida”.

Diante deste poder conferido ao médico, também lhe é conferido uma grande responsabilidade.

Assim sendo, em matéria de transplante de órgãos e tecidos, extrai-se, também, do Código de Ética Médica que é vedado ao médico:

Art.72: Participar do processo de diagnóstico da morte ou da decisão de suspensão dos meios artificiais de prolongamento da vida de possível doador, quando pertencente à equipe médica de transplante.

Art.73: Deixar, em caso de transplante, de explicar ao doador ou a seu responsável legal, e ao receptor, ou a seu responsável legal, em termos compreensíveis os riscos de exames, cirurgias ou outros procedimentos.

Art.74: Retirar órgão do doador vivo, quando interdito ou incapaz, mesmo com autorização de seu responsável legal.

Art.75: Participar direta ou indiretamente da comercialização de órgãos ou tecidos humanos.

Sob esta égide, segundo entendimento de Rita de Cássia Curvo Leite, temos que:

(...) a Lei 9434/97 penaliza todo aquele que praticar atos contrários à integridade física e moral dos doadores e receptores, bem como atos atentórios à dignidade e aos bons costumes, como os que são relacionados a publicidade de órgãos, promessa de pagamento aos doadores e receptores e venda de órgãos (arts. 14 usque 20). (LEITE, 2000, p. 155)

Conclui-se, portanto, que em matéria de transplante, a responsabilidade atribuída à equipe médica é de suma importância, pois, envolve o direito à vida e à integridade física que são princípios fundamentais de qualquer ser humano.

Neste sentido, segundo palavras de Ana Claudia Pirajá Bandeira: “a profissão médica está fundada, primeiramente, na responsabilidade moral, na *lex artis* e, subsidiariamente, na responsabilidade jurídica”. (BANDEIRA, 2001, p.118)

SEXTA PARTE

6 ASPECTOS CRIMINAIS DA LEI DE TRANSPLANTE

Como o tema em questão, Transplante de Órgãos, é de notório cuidado e calcado em uma Lei Especial, esta prevê normas penais em sentido estrito, artigos 14 ao 20, com a finalidade de assegurar o cumprimento de seus preceitos.

Embora tenham caráter de especialidade, as normas inseridas na referida Lei, a aplicabilidade do Código Penal Brasileiro não fica afastada conforme disposto no artigo 12 do aludido código que segue o princípio *lex specialis derogat lege generalis* (a lei especial derroga a lei geral): “as regras gerais desse Código, aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”.

Sendo assim, em primeiro lugar será observada a Lei de Transplante de Órgãos e se não dispuser proibições acerca da norma geral, esta poderá ser aplicada, conforme alguns exemplos que outrora fora citado. Caso contrário, prevalecerá os dispostos na lei especial.

Ressalta-se também que os artigos 14, 16, 17, 18 e 20 da Lei tratam-se de normas penais em branco necessitando de uma complementação na mesma Lei ou seja, nos próprios ademais dispositivos existentes na Lei.

Norma penal em branco, segundo definição de Damásio Evangelista de Jesus “são disposições cuja sanção é determinada, permanecendo indeterminado o seu conteúdo”. (JESUS, 1995, p. 17)

Denota-se que tais delitos são reproduções de normas punitivas inseridas no Código Penal como é o caso, por exemplo, da lesão corporal e suas agravantes estabelecidas no artigo 129 e seus parágrafos deste códex em consonância com o artigo 14 desta Lei que será estudado no subitem seguinte.

6.1 Os delitos.

Aqui estão compreendidas as sanções penais da Lei que dispõe sobre Transplante de Órgãos e Tecidos (nº 9.434/97) nos artigos 14 ao 20. eis um estudo mais detalhado:

Art. 14 – Remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições dessa Lei:
Pena – reclusão, de dois a seis anos , e multa de 100 (cem) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.
Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa ou por outro motivo torpe:
Pena – reclusão de 3 a 8 anos, e multa de 100 a 150 dias-multa.
Se o crime é praticado em pessoa viva, e resulta para o ofendido:
I – incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias;
II – perigo de vida;
III – debilidade permanente de membro, sentido ou função;
IV – aceleração de parto:
Pena – reclusão de 3 a 10 anos e multa de 100 a 200 dias-multa.
Se o crime é praticado em pessoa viva e resulta para o ofendido:
I – incapacidade permanente para o trabalho;
II – enfermidade incurável;
III – perda ou inutilização de membro, sentido ou função;
IV – deformidade permanente;
V – aborto:
Pena – reclusão de 4 a 12 anos e multa de 150 a 300 dias-multa.
Se o crime é praticado em pessoa viva e resulta morte:
Pena – reclusão de 8 a 20 anos e multa de 200 a 360 dias-multa.

O delito previsto neste artigo corresponde a literal retirada de órgãos, tecidos ou partes do corpo de pessoa viva ou morta.

Portanto, insta salientar que, neste caso, o sujeito ativo será o médico ou a equipe médica que promover a remoção dos órgãos, e não aquele que fará o transplante, sendo este incurso no artigo 16 da mesma Lei.

Varias são as condutas que tornam o ato de remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo contrários a esta Lei, como nota-se a seguir:

- Não obtenção do prévio consentimento do doador ou de sua família, nos termos do artigo nono da referida Lei e da Medida Provisória nº 1896.

Neste caso, como já estudado anteriormente, ocorre a ausência de consentimento tanto do doador vivo como da família do falecido ou deste próprio, que quando em vida, nenhuma vontade manifestou.

A ausência deste ato, ou seja, a não obtenção do consentimento por parte da equipe médica tipifica o delito em pauta, além também de tipificar o delito de

lesão corporal previsto no artigo 129 do Código Penal e sobrevivendo morte, tipifica o delito do 121 do mesmo Código (homicídio). Estes dois últimos delitos citados somente se configuram no caso de doador vivo.

- Efetivar a remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo de doador vivo em desacordo com o seu consentimento.

Para que o consentimento seja válido, é necessário que seja feito de maneira livre, expressa, que o doador se valha de toda informação necessária prestada pela equipe médica, que seja efetivado preferencialmente por escrito. (grifo nosso)

Nota-se que o artigo menciona a palavra preferencialmente e não obrigatoriamente como deveria se valer, ou seja, como não custaria se valer já que o legislador já havia optado por incluir este parágrafo no artigo 9º da Lei.

Portanto, é de pesar entendimento que o legislador, por um descuido ou uma desatenção, não tenha inserido a palavra obrigatoriamente ao invés daquela aludida no citado parágrafo.(grifo nosso)

Ainda é necessário ,que tal consentimento seja feito na presença de testemunhas, assim como preceitua o parágrafo 4º, artigo 9º da Lei.

Neste caso, a conduta se caracteriza pela obtenção de consentimento eivado de vicio como , por exemplo, sem algum dos requisitos acima narrados.

- Efetivar a remoção de tecidos, órgãos ou parte do corpo após a revogação do consentimento do individuo que antes havia consentido.

A revogação do consentimento do doador ou de sua família pode ocorrer a qualquer tempo e de qualquer maneira, ate mesmo verbalmente. Desta maneira, o médico não pode deixar de observar se ocorreu ou nao tal revogação da vontade e não observando, configurará tal delito.

- Realizar autotransplante sem o prévio consentimento do paciente ou de seus pais e responsáveis legais se for juridicamente capaz.

O autotransplante, como já citado no capítulo II, é a retirada de tecido, órgãos ou partes do corpo de uma pessoa para ser reempregado nela mesma. O enxerto de pele é o exemplo mais representativo.

Este tipo de transplante embora doador e receptor sejam a mesma pessoa, também necessita de prévio consentimento e sem este, o delito em pauta está tipificado.

- Diagnosticar a morte da pessoa sem as precauções estabelecidas pelo Conselho Federal de Medicina.

A condição essencial para a remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano é a constatação da morte encefálica sob os critérios exigidos pelo Conselho supracitado.

Portanto, a equipe médica, deverá, antes de proceder à remoção, realizar os exames clínicos necessários e obedecer o lapso temporal para determinação da morte encefálica, estabelecidos na Resolução nº 1.480/97.

- Proceder à remoção *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa juridicamente incapaz, sem a prévia e expressa autorização de ambos os pais ou de seus representantes legais, conforme o disposto no artigo 5º da Lei.

- Proceder à remoção de tecidos, órgãos ou partes do corpo de cadáver sem a prévia autorização do patologista do serviço de verificação de óbito.

Diante disso, dispõe o artigo 7º, parágrafo único da Lei 9434/97:

Art. 7º: No caso de morte sem assistência médica, de óbito ou em decorrência de coisa mal definida ou de outras situações nas quais houver indicação de verificação da causa médica da morte, a remoção de tecidos, órgãos ou partes de cadáver para fins de transplante ou terapêutica somente poderá ser realizada após a autorização do patologista do serviço de verificação de óbito responsável pela investigação e citada em relatório de necropsia.

Portanto, o médico que agir em desconformidade com tal preceito, tipificará o delito do artigo 14.

- Efetivar a remoção de tecidos, órgãos e partes do corpo humano de indivíduo juridicamente incapaz.

A única hipótese que a lei autoriza a doação de órgãos de incapaz, de acordo com o artigo 9º, parágrafo 6º da Lei, ocorre no caso de transplante de

medula óssea, desde que haja consentimento de ambos os pais ou de seus representantes legais, autorização judicial e o ato não oferecer riscos para sua saúde.

Isto posto, constitui objeto material deste delito qualquer das condições referidas acima que não forem observadas pelo médico.

- Efetivar a remoção de tecidos, órgãos ou partes do corpo de gestante.

Assim como o incapaz, a gestante poderá somente ser doadora no caso de transplante de medula óssea e se este fato não causar riscos à sua saúde ou à do feto.

As agravantes reunidas nos parágrafos 1º ao 4º são as mesmas relacionadas ao artigo 129 (lesão corporal) do Código Penal e seus respectivos parágrafos.

O delito em tela admite a co-autoria e a participação, ou seja, tanto quem ajuda o autor do delito como quem apenas instiga para que outra pessoa o faça (partícipe) respondem por este delito.

O elemento subjetivo é o dolo, ou seja, é a manifesta vontade do médico ou da equipe médica em agir em desconformidade com a Lei.

A ação penal é pública incondicionada.

A tentativa é admitida.

Art.15: Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano:
Pena – reclusão de 3 a 8 anos e multa de 200 a 360 dias-multa.
Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermídia, facilita ou auferir qualquer vantagem com a transação.

Neste dispositivo o legislador objetivou punir toda e qualquer forma de comercialização de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, haja vista que a gratuidade do ato de disposição do próprio corpo é requisito essencial para o transplante.

Tanto é assim que esse princípio da gratuidade foi elevado em nível constitucional conforme a regra outrora transcrita do artigo 199 da Constituição Federal.

Ocorre que, em relação ao transplante entre vivos este delito tem “deixado a desejar”, melhor dizer, não tem tido muita aplicabilidade.

Em primeiro lugar porque a Lei não exige que doador e recepto tenham relação de parentesco podendo, o ato de disposição, ser consentido expressamente (e até tacitamente) e perante testemunhas.

Aqui, surge a seguinte questão: qual o motivo que levaria uma pessoa a dispor de algum órgão, tecido ou parte de seu corpo, sofrendo com isso, vários danos à sua saúde, podendo até sofrer uma mutilação, para ajudar, quer dizer, para salvar uma vida?

Segundo entendimento da Juíza Maria Isabel de Matos Rocha: “a resposta é óbvia: em troca de dinheiro, muito dinheiro”. (ROCHA, RT 747, p. 76-77)

Portanto, mesmo existindo um dispositivo legal punindo, ou com o fim de punir, a comercialização de órgãos, esta ainda ocorre devido ao fato de a Lei ser tão omissa e pouco fiscalizatória.

Em segundo lugar, a Lei é omissa no sentido de que não veda expressamente a publicação ou anúncio de ofertas de órgãos. Devido a isto é encontrado facilmente em classificados de jornais, a venda de órgãos ou tecidos.

Este artigo pune a comercialização de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano tanto de doadores vivos como de cadáveres.

Eis um fato curioso: em alguns países do mundo a comercialização de órgãos é lícita, como por exemplo na Índia, um rim é encontrado no mercado pela bagatela de aproximadamente três mil dólares.

O delito preceituado neste artigo não mais figura como crime próprio devido ao fato de qualquer pessoa poder praticá-lo, assim, como afirma Alaércio Cardoso: “mesmo um órgão de imprensa que promova a venda de órgãos, por exemplo, ou que anuncia a venda em classificados, mediante obtenção de vantagem, comete o crime”. (CARDOSO, 2002, P. 326)

Confirmada a contraprestação, a consumação deste artigo se dá no momento em que ocorrer a remoção.

Aqui, o sujeito passivo é a sociedade, pois, há um sentimento de solidariedade humana que esta deposita neste ato de transplantação.

Da mesma forma que o delito citado anteriormente, admite-se a tentativa, a co-autoria e a participação.

O elemento subjetivo também é o dolo, uma vez qualquer pessoa tem a ciência de que o comércio de órgãos é ilegal, excluindo, assim, completamente a culpa.

**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 dessa Lei:
Pena – reclusão de um a seis anos, e multa, de 150 (cento e cinquenta) a 300 (trezentos) dias-multa.**

A tipificação legal deste delito exige um minucioso estudo.

A consumação ocorre com a efetiva realização do transplante, cujo médico tenha o total conhecimento de que os órgãos, tecidos ou partes do corpo, que serão objetos do ato de disposição, têm origem ilícita.

Portanto, para que o crime se caracterize, é preciso que o médico esteja ciente da origem ilícita dos órgãos ou tecidos.

Além disso, a conduta que a Lei preceitua como delituosa é: ter o médico ciência de que tais órgãos foram obtidos de maneira irregular e somente são obtidos de maneira irregular àqueles obtidos mediante compra e venda. (grifo nosso)

Então, mesmo que o transplante tenha sido realizado em desconformidade com a Lei, como por exemplo, sem os testes de triagem exigidos pelo artigo 2º, e com isso vier o receptor a contrair uma doença, não há o que se falar no delito do artigo 16 se o médico nada sabia quanto a origem ilegal dos órgãos.

A não obtenção dos testes de triagem não implica em obtenção irregular de órgãos.

Vale lembrar, ainda, que pode ocorrer aí uma causa excludente de ilicitude como denotado no Capítulo V, subitem 5.2.6, quando o médico deixa de realizar tais testes devido a sua demora comprometer a vida do paciente.

A contaminação do receptor, em decorrência da não realização dos testes, também não confira este delito e nem mesmo o delito do artigo 14, uma vez que este dispõe sobre a remoção e não sobre o ato do transplante em si.

Neste caso, o delito será o do artigo 129 do Código Penal que considera crime ofender a integridade física e a saúde de outrem”.

O que se conclui, é que mais uma vez, o legislador visou punir a comercialização.

Trata-se de crime próprio onde o sujeito ativo será somente o profissional que realizará o transplante.

O sujeito passivo será a pessoa que receber o órgão, tecido ou partes do corpo obtidos de maneira irregular.

O elemento subjetivo é dolo, pois o profissional deve ter a plena ciência de que os órgãos ou tecidos foram obtidos ilicitamente.

Admite-se a co-autoria e também a participação, uma vez que trata-se de uma equipe de médicos, qual seja, a equipe de transplante.

Admite-se também a tentativa.

A ação é pública incondicionada.

Art.17: Recolher, transportar, guardar ou distribuir partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os respectivos dispositivos dessa Lei:

Pena – reclusão de (6) seis meses a (2) dois anos, e multa, de 100 (cem) a 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa.

Os elementos deste delito são: recolher (que significa guarda, arrecadar, dar abrigo); transportar (que significa conduzir, levar de um lugar para o outro); guarda (que significa vigilar, vigiar, manter) e distribuir (que significa espalhar, entregar) órgãos, tecidos ou partes do corpo humano que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com a Lei.

Aqui o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa que cometa qualquer das condutas supramencionadas e, desde que saiba que os órgãos ou tecidos foram obtidos ilicitamente.

Assim como no artigo anterior, ter ciência da obtenção ilícita de órgãos e ou tecidos é o núcleo do tipo penal.

Portanto, todos os caminhos percorridos pelos órgãos, tecidos ou partes do corpo humano desde o doador até o receptor, feitos de maneira irregular, são punidos pela legislação em vigor.

O sujeito passivo deste delito será toda a sociedade que, como no delito do artigo 14, deposita um sentimento de solidariedade e caridade nesta técnica cirúrgica que, com sua finalidade humanitária, salva vidas.

O elemento subjetivo é o dolo, ou seja, a vontade consciente de cometer tais condutas do tipo legal.

Admite a participação, a co-autoria e a tentativa.

A ação é pública incondicionada.

**Art.18:Realizar transplante ou enxerto em desacordo com o disposto no art. 10 desta Lei e seu parágrafo único:
Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.**

Este artigo penaliza o médico que realiza transplante sem o consentimento do receptor, que deixa de lhe dar as informações devidas, ou ainda que realiza transplante em pessoa juridicamente incapaz, cuja manifestação de vontade esteja comprometida por condições de saúde, sem o consentimento de seus pais.

É o que preceitua o artigo 10 e seu parágrafo único desta Lei.

Como já visto anteriormente, não basta apenas o consentimento do doador, sendo da mesma forma imprescindível, o consentimento do receptor. Além disso o profissional médico deve prestar, de maneira clara, todas as informações adequadas sobre o ato do transplante.

Quanto ao receptor incapaz que, por motivos de saúde não puder expressar sua vontade, seus pais deverão fazê-lo.

Portanto, não verificadas tais exigências, o médico, sujeito ativo deste crime próprio, responderá pelo dispositivo em análise.

O sujeito passivo deste delito será o receptor, cuja vontade fora desrespeitada, como do receptor incapaz que por razões de saúde, não pôde manifestá-la.

O elemento subjetivo é igualmente o dolo.

Admite-se a tentativa, a co-autoria e a participação, assim como nos outros delitos a ação é publica incondicionada.

**Art.19: Deixar de recompor cadáver, devolvendo-lhe aspecto condigno, para sepultamento ou deixar de entregar ou retardar sua entrega aos familiares ou interessados:
Pena – detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.**

Aqui os elementos básicos são:

- Deixar de recompor condignamente o cadáver;
- Deixar de entregar o cadáver à família ou interessado;
- Retardar a entrega do cadáver à família ou aos interessados.

O artigo 8º da Lei, acolheu a visão doutrinaria do direito à dignidade humana do respeito ao sentimento dos familiares e da sociedade em relação aos seus parentes mortos.

Deste modo, visa o legislador propiciar, mesmo após a morte, uma imagem condigna à pessoa estabelecendo, assim, que após a remoção, o cadáver seja suturado igualmente se estivesse vivo.

Uma vez efetuada a remoção *post mortem* de órgãos, tecidos ou partes do corpo e também efetuada a respectiva recomposição do cadáver, este deve ser imediatamente entregue aos familiares ou interessados, sob pena de incorrer neste delito .

Configura também o delito em pauta, além da não entrega do cadáver à família, sua ocultação, destruição ou subtração assim como preceitua os artigos 211 e 212 do Código Penal Brasileiro.

É um crime próprio sendo o sujeito ativo apenas o profissional médico.

O sujeito passivo é a sociedade.

O elemento subjetivo é o dolo e a ação é pública incondicionada.

Art.20: Publicar anuncio ou apelo publico em desacordo com o disposto no art. 11:

Pena – multa, de 100 (cem) a 200 (duzentos) dias-multa.

Ocorre, neste delito, a punição para qualquer pessoa que desrespeitar o artigo 11 da aludida Lei que proíbe:

- A publicidade de estabelecimentos autorizados a realizar transplantes ou enxertos, relativos a essa atividade.

Portanto, tais estabelecimentos não podem divulgar, através de rádios, jornais, televisão etc, ou seja, não podem fazer propagandas de suas atividades objetivando angariar clientela.

Então, quem o fizer, tipificará tal delito.

Nessa hipótese o sujeito ativo será a pessoa do estabelecimento autorizado a realizar transplante que solicitar qualquer dos meios supracitados para a divulgação, assim, como o próprio divulgador também será punido.

- O apelo público no sentido de doação de órgãos para pessoa determinada.

Aqui, se o apelo público for feito de forma impessoal sem visar uma pessoa determinada, a campanha será válida, pois, com isso as pessoas estariam se conscientizando que um número muito grande de pessoas necessita de transplante.

- Apelo público para arrecadar fundos para o financiamento de transplante em benefício de particulares.

Esta campanha para arrecadar fundos é permitida. O que não é permitido é o anúncio desta campanha através dos meios de comunicação.

Além do sujeito ativo do crime ser o responsável pelo meio de comunicação que realiza a propaganda, também o é, nessas duas últimas hipóteses, a pessoa que solicitar o apelo através dos meios de comunicação.

Em todas as modalidades de condutas descritas neste artigo, o sujeito passivo será a sociedade.

A tentativa é admissível, uma vez que a consumação do delito ocorre com a divulgação e para que esta se realize são necessários vários atos preparatórios.

O elemento subjetivo é o dolo e a ação é publica incondicionada.

Conclui-se em suma, que a maioria dos delitos é ou podem ser cometidos por profissionais médicos, eis que são eles os guardiões das vidas daqueles enfermos que necessitam de um tratamento final, como é o caso do transplante de órgãos.

Nota-se também as várias omissões constantes nos artigos e, principalmente, a grande confusão que o legislador ocasionou por tentar tipificar condutas que, na realidade, já estavam tipificadas no Código Penal.

Além disso várias são as excludentes e também vários são os fatos atípicos que a referida Lei não se posicionou. Eis o que se segue.

6.2 Condutas atípicas.

Como preceitua a Lei nº 9.434/97 que serão punidas as condutas efetuadas em desconformidade com a mesma, as condutas efetuadas em desacordo com o Decreto nº 2.268/97 e com o Código de Ética Médica são figuras atípicas, ou seja, não constituem crime devido ao fato de nada mencionar a Lei.

Então, por exemplo, se um médico participar simultaneamente das equipes de remoção e transplante, não estará cometendo delito algum, uma vez que tal conduta somente possui vedação no Decreto nº 2.268/97.

Portanto, embora alguns atos sejam proibidos, não foram considerados crimes pelo legislador.

Mais uma vez é verificada a omissão constante em quase todos os dispositivos das normas, pois uns tratam-se de normas penais em branco e outros deixam de tipificar condutas.

CONCLUSÃO

Dentro do perfil histórico do tema Transplante de Órgãos, Tecidos ou partes do corpo, verificamos duas fases distintas. A primeira denominada fase mitológica onde os recursos e tecnologias da época não permitiam o sucesso ou pelo menos a evidência da transplantação.

A segunda fase é a denominada científica onde, por volta de 1770, foi mencionado pela primeira vez o termo “transplante”.

Tentou-se demonstrar através destes antecedentes históricos que a evolução acerca do tema ocorreu, embora tardiamente, de maneira rápida e eficaz.

Atualmente muitas pesquisas estão se desenvolvendo e a cura para as mais variadas doenças está se tornando cada vez mais uma realidade, haja vista que, antigamente, as pessoas morriam por terem rins disfuncionais e hoje isso não ocorre devido à existência de transplante renal.

Também nesta fase, em 1931, ocorreu um fato curioso: o primeiro transplante de doador vivo e com fins lucrativos. Deste modo, evidencia-se que a luta incessante para extinguir o tráfico de órgãos estava apenas no início.

De um lado tem-se o tráfico ilegal de órgãos crescente e de outro tem-se uma legislação que, embora calcada em muitas falhas, visa punir toda e qualquer forma de comercialização.

Mas isto é suficiente? Ou seja, foi suficiente elevar a gratuidade da disposição de órgãos como princípio constitucional e punir o comerciante com quase oito anos de reclusão?

Apesar de todo esse “avanço” legislativo, ainda é preciso fiscalizar com maior precisão o que realmente acontece dentro de centros hospitalares carentes de recursos onde a equipe que atesta a morte encefálica geralmente é a mesma que faz o transplante.

Facilmente é visto em jornais, órgãos ou tecidos sendo oferecidos à venda por meio de classificados como se fossem realmente “res in commercium”.

De nada adianta uma punição severa se o erro está na falta “de alguma coisa” : falta de fiscalização, falta de verbas para que o transplante seja feito de modo adequado mesmo em centros carentes; falta de confiança da população em doar, justamente por não haver uma preocupação por partes das autoridades; falta de humanismo de uma pessoa que doa por dinheiro etc..

O crime e a punição, na prática, são secundários, haja vista que são resultados quase nunca alcançados. Não são alcançados, ou seja, raramente um sujeito é punido pelo comércio de órgãos, pois é de extrema dificuldade conhecer quem, na verdade, cometeu ou auxiliou o cometimento de tal conduta.

O Estado, talvez por este tema ser ainda recente, não se preocupou muito sobre a aplicação correta da Lei.

Outro ponto de bastante controvérsia que a autora se preocupou em demonstrar, é a questão do consentimento do doador não ser obrigatoriamente por escrito.

Existem casos que, obviamente, não haverá como adquirir do doador uma resposta expressa sobre tal consentimento por não estar ele em condições de avaliar o risco que a cirurgia do transplante causaria á sua vida. Neste caso, assim como ocorreria com o transplante *post mortem*, o consentimento por escrito seria feito pela família do paciente.

Não seria um documento escrito lavrado em cartório; o que se tem em mente como uma medida eficaz embora de urgência, seria um papel manuscrito, com as assinaturas dos respectivos interessados e também de mais duas testemunhas que poderiam ser enfermeiras, por exemplo.

Nota-se, portanto, que a referida legislação especial ainda está em fase de andamento.

Quanto à parte geral, não há qualquer reclamação, salvo pela ausência do já supracitado consentimento escrito obrigatório do doador. Neste caso, seria adequada a inclusão de mais um parágrafo no artigo 9º da Lei nº 9.434/97 onde preceituaria que o doador consentisse obrigatoriamente por escrito sobre a doação e, em casos de urgência ou de doadores cadavéricos, sua família assim o fizesse; que o médico ou a equipe médica responsáveis pelo transplante

assinassem após tal consentimento e, ainda, que fosse obtida a assinatura de duas testemunhas.

Isto evitaria o medo que a população tem de ser enganada e ter órgãos de seus corpos tirados ilicitamente e, no mais, o medo fatal de ser constatada uma morte encefálica fictícia.

Quanto à parte especial, ou seja, quanto aos delitos estabelecidos pela Lei, em seus artigos 14, 16, 17, 18, 19 e 20, há a necessidade de uma reforma ou uma alteração mesmo que parcial.

Ocorre que nesses delitos o médico ou a equipe médica pode sempre se valer de excludentes de ilicitude e também por não preceituarem condutas diversas das do Código Penal Brasileiro ou ainda, por suas condutas estarem contrárias apenas ao Decreto ou ao Código de Ética Médica e não à Lei.

O artigo 15 está bem disposto, pois não há no Código Penal norma parecida e também por tentar punir a comercialização de órgãos que trata-se de um tema atual que fere a moralidade e a opinião pública. Ressalta-se, entretanto, que o preceito legal está bem situado e redigido o que não significa ser uma norma satisfativa e de eficaz aplicabilidade.

O artigo 14 é uma norma penal em branco que exige complementação na própria legislação especial, além, de ser de difícil elucidação pelo fato de englobar todas as condutas possíveis estabelecidas na Lei.

Insta salientar que o tema em pauta, Transplante de Órgãos e Tecidos, deve ser visto como algo inovador, capaz de salvar inúmeras vidas mas que, como em qualquer ato humano e justamente por ser ato humano, deve-se ter uma legislação punitiva contra àqueles que agirem de maneira diversa.

O homem medíocre é capaz de cometer condutas duvidosas por causa de inúmeras razões: amor, ódio, dinheiro, vingança etc.. Um médico, com todo poder de decidir sobre a vida e a morte de alguém, pode ser capaz de cometer atos ainda piores. Mas, pior que tudo isso é a omissão de socorro de alguém que pode doar para outrem cuja vida necessita ser salva, pelo fato de ter medo de não estar nas mãos de um profissional condigno ou, ainda, pelo simples fato de ser ignorante em relação ao assunto abordado.

Por fim, seria necessário uma legislação mais adequada e fiscalizatória que, além de punir, incentivasse e obrigasse a realização de campanhas pró doação, para, talvez, acabar ou pelo menos diminuir o medo da população.

Conclui-se dessa forma que o tema abordado para este trabalho ainda é de difícil acesso e entendimento, haja vista que até mesmo os legisladores pecaram por punir demais. Nem sempre a força punitiva do Estado resolve conflitos, na maioria das vezes, seria de melhor adequação uma fiscalização do Estado e não um excesso de normas penais que, na verdade, não punem ninguém.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá. **Consentimento de transplante de órgãos.** Curitiba: Juruá Editora, 2001.

CARDOSO, Alaércio. **Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes.** Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** 7 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1984.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa.** 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal.** São Paulo: Editora Guanabara Koogan, 1998.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de direito civil.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

JESUS, Damásio Evangelista. **Direito penal parte geral.** São Paulo: Saraiva, 1998.

LEITE, Rita de Cássia Curvo. **Transplante de órgãos e tecidos e o direito da personalidade.** São Paulo: Editora Juarez, 2000.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Transplante de órgãos e eutanásia.** São Paulo: Saraiva, 1992.