

DOAÇÃO DE ÓRGÃOS E MANIFESTAÇÃO DE VONTADE

SERGIO FERRAZ

Projeto, ora em tramitação no Congresso Nacional, estabelece a presunção legal que somos todos doadores, *post mortem*, de órgãos e tecidos, a não ser que em vida nos tenhamos manifestado formalmente, em sentido contrário. É intensa a polêmica que o tema vem suscitando.

O princípio da dignidade da pessoa, constitucionalmente consagrado, ora como princípio da personalidade, ora como princípio da individualidade, obriga a um compromisso inafastável: o do absoluto e irrestrito respeito à identidade e à integridade do ser humano.

É nesse quadro de cogitações que se encartam as indagações que o Projeto em questão suscita. Além da dimensão individual e pessoal, o homem tem uma dimensão social, traduzida no reflexo de sua vida, suas atitudes, seu conceito, seu julgamento, sua reputação, sua finalidade existencial, nos contextos sociais em que inserido em vida. É em respeito a tais dados — respeito que a morte não elide — que não se pode admitir a fecundação de alguém com sêmen de doador falecido, se disposição de vontade nesse sentido, validamente emitida em vida, não é registrável. Predomina aqui, pois, o caráter individual, pessoal, do ser humano.

Mas há, também, a contrapartida do interesse social predominante, perfeitamente invocável à vista da dimensão social, do caráter social do ser humano. Cremos que o ponto poderia ser traduzido na assertiva de que partes componentes do ex-ser humano (i.e., do corpo do falecido), tal como órgãos, tecidos não-implicados em processos reprodutivos, etc., podem ser objeto de transplante, mesmo sem expressa doação do morto ou de seus familiares. A questão, evidentemente, não é simples ou pacífica. Indagações inquietantes, tais como, as referentes ao momento em que se dá a morte, aqui incidem; preocupações ingentes, como por exemplo a que divisa na possibilidade da ablação de órgãos sem consentimento um estímulo à provocação ou à acelera-

ção da morte do doador, aqui também têm lugar. É por tudo isso que julgamos no particular, não obstante não divisemos óbice constitucional ao transplante mesmo sem anterior expresso consentimento do morto ou de seus familiares, *imprescindível* o prévio regramento da matéria em lei, eis que inexistente, no ponto, regra constitucional a respeito de cujo grau e extensão de eficácia se pudesse discordar. A lei é, aí, ademais disso, um imperativo cultural e uma poderosa válvula de segurança social, cabendo-lhe, à vista dos conhecimentos discerníveis à época de sua edição, definir, para os fins que ditarem sua elaboração, o momento em que se considera o doador morto, os órgãos e tecidos passíveis de extração, seu depósito, seus critérios de futura utilização, de escolha dos eventuais beneficiários, de cuidados técnicos obrigatórios, de responsabilização pelos desvios ou pelas conseqüências patológicas, etc... Tudo isso, porém, se encontra calidamente confortado pelos princípios constitucionais.

O ser humano, em si mesmo considerado, não pode ser objeto de atividade mercantil. Isso é válido para a totalidade do ser; é dizer, não só sua alma ou sua essência é indisponível: também é extra comércio o corpo, e não só o corpo vivo, mas também o cadáver. Este, como envoltório que é ou foi da essência, não se compatibiliza com a idéia de sua comerciabilidade, total ou parcial, em vida ou “post mortem”. Também na indagação jurídica é tão forte essa concepção que, por exemplo, é incontroversa, entre nós, a inapropriabilidade do cadáver (Diogo Figueiredo, “Curso de Direito Administrativo”, 1ª edição, volume 2, página 114; José Cretela Jr., “Tratado de Direito Administrativo”, volume IX, página 90; Seabra Fagundes, “Da Desapropriação no Direito Brasileiro”, 1949, página 60).

A Corte Suprema da Califórnia já decidiu que as pessoas têm direito a serem informadas da potencialidade comercial, por força da engenharia genética, de que são dotados os tecidos retirados de seu corpo: mas não têm direito ao lucro derivado da utilização. É dizer, com a informação, habilitar-se-iam elas a uma prévia (à retirada do tecido) negociação. Mas, uma vez retirada as células, sem qualquer ajuste comprovado, porque não são elas mais sua “propriedade”, não são passíveis de postulações de cunho pecuniário, por sua utilização. A decisão em tela foi proferida numa ação movida em 1984 por John Moore, um empresário de Seattle, portador de leucemia que, 14 (quatorze) anos antes, tivera algumas de suas células sanguíneas retiradas numa intervenção cirúrgica realizada no Centro Médico da Universidade da Califórnia (Los Angeles), para remoção de seu baço. Dessas células, foi, mais tarde, criada uma droga, exitosamente utilizada no tratamento da leucemia. A pretensão de Moore foi rechaçada, mas a Corte, como se viu, reconheceu certa parcela de potencialidade comercial ao corpo humano (com o que, aliás, não concordamos).

Em nosso sentir, a extra comercialidade, aqui sustentada, é uma garantia da realização do princípio da integridade e da dignidade da pessoa humana, que abarca, é óbvio, seu corpo e seu espírito. Não há qualquer conflito entre tal assertiva e a admissão, por exemplo, das chamadas tabelas de infortunística, nas quais as diferentes partes do corpo humano são tarifadas, para fins de indenização acidentária. As aludidas tabelas têm seu alcance especificamente restrito à idéia de reparação de dano por terceiro, tanto assim que não incidem para o dano que o agente conscientemente se impõe.

Assim, a prática mais ou menos difundida, da doação remunerada de sangue, ou da venda de rins ou córneas, nos parece simplesmente caso de ilicitude penal e civil. Repise-se: a doação realmente gratuita de órgãos ou tecidos de seres vivos, ou a disponibilidade de partes do cadáver, inclusive com a presunção “*juris tantum*” do consentimento em vida do já então falecido, ou de seus familiares, não merece reparos, encartando-se, bem antes, nos princípios constitucionais por nós elencados, aparecendo como emanações palpáveis da dimensão social do indivíduo, também antes referida.

Como se sabe, no atual estágio da ciência tem-se aceito que só a constatação da morte cerebral enseja a ablação de órgãos, sem os quais a vida é impossível. Mas a crônica da patologia dos comportamentos humanos tem, com freqüência, indicado situações (sobretudo em bebês) em que ou a morte cerebral tem sido acelerada, ou até mesmo a ela se antecipa a retirada de órgãos. No plano penal, urge que tal prática seja definida como crime hediondo, na forma da previsão constitucional (art. 5º, inciso XLIII). No campo da prevenção, imperiosa é a edição de lei que cubra a constatação da morte, e a subsequente extração de órgãos ou tecido, de garantias várias, dentre elas inserindo-se, por exemplo: a participação, no evento, de médico de confiança da família do falecido, ou de familiar seu habilitado em medicina; a exigência, para que o estabelecimento médico admita a cirurgia do transplante, de exibição da atestação da morte, com a participação antes referida. Há, enfim, que se evitar que, mais cedo ou mais tarde, também o corpo do habitante do terceiro mundo se transforme em matéria-prima barata, para atendimento às necessidades orgânicas dos habitantes do mundo desenvolvido.

Tudo há que ser feito, para prevenir e reprimir o abuso, que se insere sempre que se considera imperativo franquear sem barreiras a investigação científica. Já pioneiramente o Tribunal de Nüremberg inaugurando uma série de julgamentos de médicos nazistas, condenara, por crimes contra a humanidade, o Professor Karl Gebhardt, pela utilização, sem consentimento, de ossos e ligamentos de prisioneiros de guerra sadios, em experiência de transplante.

O Projeto de Lei, ora apreciado, ao tornar mais amplo o universo dos doadores de órgãos ou tecidos, contribui significativamente para que o pobre e o desvalido não mais sejam submetidos — como hoje estão — à gana e à impunidade dos que, para atender às angústias dos mais favorecidos, não vejam limites à criação de sinistros “bancos orgânicos”.

Por último: não há forma mais digna e elevada, de cultuar a memória de nossos mortos, que a de vê-los perpetuados em outros seres sofredores, aos quais o corpo já sem vida poderá outorgar uma nova esperança, um horizonte de vida mais digno e pleno.

--oOo--