

UMA REFLEXÃO CRÍTICA ACERCA DA BIOÉTICA: O CASO DOS TRANSPLANTES

Gabrielle Kölling¹

RESUMO: O presente ensaio tem a pretensão de analisar a aplicabilidade dos princípios da bioética, diante do atual contexto de relevância dessa área do conhecimento, na seara dos transplantes, usando para tal um caso concreto: os transplantes. A bioética assume, na contemporaneidade, um lócus privilegiado, haja vista que o avanço da ciência reflete no direito à necessidade de regulação desses próprios reflexos. A aplicabilidade dos princípios suscita uma ampla discussão no direito, o que não é diferente na seara da bioética.

PALAVRAS-CHAVE: Bioética. Regras. Princípios e Transplantes.

ABSTRACT: This essay intends to examine the applicability of the principles of bioethics, given the current context the relevance of this area of knowledge, in the area of transplants, using for such a case: the transplants. Bioethics assumes contemporarily as a privileged locus, considering that the advancement of science reflects in the need of regulation of these own reflections. The applicability of the principles raises a broad discussion on the right, which is no different on the likes of bioethics.

KEY-WORDS: Bioethics. Rules. Principles and transplants.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Parte I – A bioética enquanto novo ramo do direito e os seus princípios; 2.1 O objeto de estudo da bioética e a sua relevância na sociedade hodierna; 2.2 Uma breve introdução à ética: a ética de Kant; 3 Parte II – Os enunciados da bioética; 3.1 Os princípios da bioética: justiça e dignidade; 3.2 O caso dos transplantes: o caso concreto e a aplicação principiológica – uma resposta kantiana; 4 Considerações finais; Referências.

¹Doutoranda em Direito Público (Unisinos/bolsista Capes). Mestre em Direito Público (Unisinos). Especialista em Direito Sanitário (Unisinos e Universidade de Roma Tre). Bacharel em Direito (Unisinos). Professora Adjunta da Universidade Luterana do Brasil (Ulbra Torres). Email de contato: koll.gabrielle@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O avanço e o progresso científico trazem certa dose de ambiguidade, pois com eles, surgem inúmeras ameaças à própria existência da humanidade, especialmente no campo das ciências biológicas, que tem a pretensão de alterar a estrutura biológica do ser humano e da natureza. Essas situações suscitam algumas reflexões críticas, dentre elas a ética. É nesse cenário que a bioética ganha maior visibilidade, pois essas reflexões perpassam esse tema, de modo que dentro desse grande leque de reflexão, insere-se, também, a problemática dos transplantes, especialmente as questões atinentes às listas de espera e aos princípios bioéticos, bem como o caso concreto apresentado nesse ensaio.

A pretensão é que através da ética, possa-se estabelecer os limites desse núcleo de respeito à vida (objeto da bioética), cabendo à lei e aos princípios, estabelecerem dentro do sistema jurídico esses limites, mas legitimados pelos valores éticos, justamente porque cabe à ética, dentre outras coisas, fundamentar racionalmente e legitimar a produção do direito. Em última análise, pode-se dizer que há uma relação de complementaridade entre o direito, a ética e a bioética. O direito sozinho não consegue dar conta dessa problemática: a relação do homem com a técnica. E é justamente a ética que vai conseguir refletir sobre isso de modo a estabelecer e a legitimar os limites disso, e o direito instrumentalizará tais limites legitimados pela ética.

Assim, já que toca à bioética trabalhar, também, com as questões de engenharia genética e avanços da medicina, e como os transplantes estão nessa seara de avanço da medicina, mostra-se relevante analisar o caso dos transplantes sob o prisma da bioética.

2 PARTE I – A BIOÉTICA ENQUANTO NOVO RAMO DO DIREITO E OS SEUS PRINCÍPIOS

Diante da sociedade complexa e contingente, é inegável que a ciência (que está a serviço do homem) empenhe-se cada vez mais no que tange às descobertas. Entretanto, cabe à bioética, dar um olhar ético para um problema científico-jurídico. Nessa perspectiva, cumpre à bioética traçar limites para esses avanços da ciência² que têm como “objeto” o homem. Essa necessidade faz com que a ética recaia sobre

²Leia-se no presente texto “ciência” como ciência, literalmente, quando houver menção a termo limites. Quando se tratar de “ciência” como algo sem limites, deve-se ler como “cientificismo”.

essas situações, de modo a estabelecer um novo ramo do conhecimento: a bioética.

Esse novo ramo tem como condição de possibilidade de enfrentamento das questões propostas pela ciência e pela evolução da sociedade a aplicação de princípios, princípios próprios, que dão essa característica de “novo” ramo do direito. Cumpre destacar que não é tão novo assim, na medida em que a ética já foi objeto de grandes reflexões desde os primórdios da humanidade. A parte I desse ensaio pretende justamente elucidar a relevância da bioética, bem como traçar um panorama acerca da questão principiológica que permeia o tema central: bioética e transplantes. Além disso, pretende introduzir a ética, especialmente a de Kant. Tal análise faz-se relevante, visto que o caso dos transplantes transita na seara da legislação dos transplantes, bem como na principiológica.

2.1 O objeto de estudo da bioética e a sua relevância na sociedade hodierna

É fato que a tecnologia tem adquirido um poder enorme de manipulação e modificação da natureza, lato *sensu*, especialmente a humana. Isso ocorre por meio das diversas possibilidades de lidar com o futuro, pelas quais o mundo e os homens são transformados. A técnica (na modernidade) é a ferramenta para tal transformação, tanto numa esfera concreta como numa mais abstrata³.

A técnica suscita numa parte da consciência filosófica temor, sentimento de perigo absoluto e em quase toda a consciência religiosa é a exterioridade da técnica em relação com a essência natural-cultural do homem. Não parece que isso advenha de uma mera valoração antropológica, mas sim da intuição de que a tecnociência concentra uma tentação e um perigo essencial: o de eliminar os limites da essência e da condição humana⁴.

Nesse cenário, deve-se pensar na ética, especialmente como *ethos* que existe no plural. Reconhecer a diversidade multicultural permite-nos a revelação de importantes diferenças éticas. Podemos usar a ética para identificar as regras de comportamento usadas por advogados, contadores, médicos, enfermeiros, enfim por vários segmentos profissionais. Ela será mais compreendida como etiqueta, na

³HOTTOIS, Gilbert. *El paradigma bioético: una ética para la tecnociencia*. Barcelona: Anthropos Esditorial, 1999. p. 53.

⁴Ibid.

medida em que esses profissionais articulam-se para apontar um modelo de comportamento e decoro profissional⁵.

A ideia de forma (tudo tem dois lados) está presente, e é interessante no debate da bioética com a liberdade das ciências, especialmente quando se fala de técnica. Nesse sentido, é salutar a colaboração de Hans Jonas:

Continuamos a discutir a técnica do ponto de vista da verdade antropológica, quer na direção dela realizar o verdadeiro sentido humano, quer, opostamente, no sentido dela construir a própria negação do ser humano ou da natureza⁶.

Sabe-se que não é necessário fazer-se um resgate histórico acerca dos conceitos de pessoa para se saber que esses já não dão mais conta de si próprios, ou seja, já não se sustentam mais. Falta-nos, ainda, saber quais seriam esses novos padrões e em que proporção, a pessoa humana será preponderante frente a determinados valores.⁷ E frente à própria técnica, tão criticada hodiernamente.

Ou seja, está-se diante, ainda, de “indefinido”. Não conseguimos sequer ter um “consenso, total, teórico e prático” acerca de quando começa a vida, ou em que momento é que se pode falar em personalidade, então, não termos esses limites bem definidos e delineados, acerca desse “indefinido”, parece-nos aceitável.

Dallari destaca que vivemos numa “era” da “sensação de extraordinários avanços”, tanto na seara científica quanto na tecnológica: o homem chegou à lua, a velocidade dos meios de comunicação atingiu um patamar nunca antes imaginado, a ciência criou instrumentos de destruição em massa (a morte passa a ser planejada e prevista em grandes escalas), ou seja, está-se diante da possibilidade ilimitada no que concerne ao avanço das ciências⁸. Estamos na fase de transição e progresso⁹.

Isso é mais que suficiente para se ter uma preocupação com

⁵JR. ENGELHARDT, H. Tristram. *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Edições Loyola, p. 55.

⁶JONAS, Hans. *Ética, medicina e técnica*. Lisboa: Passagens, 1994.

⁷DALLARI, Dalmo de Abreu. *Ética Sanitária*. In: O direito achado na rua – Introdução crítica ao direito à saúde. COSTA, Alexandre Bernardino [et al.]. (Orgs). Brasília: CEAD, UnB, 2008. p. 129.

⁸Ibidem. Esse destaque não é nenhuma inovação no que tange ao tema, são inúmeros os autores que tratam dessa perspectiva (perspectiva que é fruto da observação, poder-se-ia dizer constatação), mas optou-se por trazer o apontamento de Dalmo de Abreu Dallari.

⁹O que seria esse “progresso”? O autor (Dallari) traz uma contribuição: o progresso está atrelado ao avanço, ou seja, às novas possibilidades de influir sobre a natureza. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op Cit.* p. 129.

essa sucessão de fatos, de modo que cabe à filosofia, por meio do estudo da ética, repensar essas questões e é aqui que a bioética ganha espaço e maior relevância, mas pensada de modo acoplado ao direito, pois tais reflexões precisam “respingar”, também, no ordenamento jurídico.

Em meio a esse cenário que pode parecer caótico (do ponto de vista desses avanços incontroláveis), há que pensar que inúmeras vezes, o cientificismo¹⁰ despreza a pessoa humana e a coloca numa situação de submissão à coisa¹¹, ou seja, pode-se dizer que é a coisificação do humano. Essa perspectiva corrobora a necessidade de consideração da ética, pois na seara da ética, abre-se espaço para a bioética, e o seu cerne é norteado em como tratar a vida humana, e o foco apresentado até então, seja positivo ou negativo, passa, indubitavelmente, a vida humana.

2.2 Uma breve introdução à ética: a ética de Kant

Cumprido destacar que Kant foi fortemente influenciado pelas revoluções burguesas, século XVIII, de modo que isso, de certo modo, também repercutiu na sua produção. Os trabalhos de Kant mostram-se fundamentais para a ética moderna. O filósofo destaca a liberdade da pessoa nas suas obras, todavia, não deixa de lado as demais características do ser humano.

Kant define, como sendo uma característica essencial do ser humano a *socialidade*, que seria produto da relação de necessidade que um ser humano tem em relação ao outro. Entretanto, seria uma *insociável socialidade*¹², pois é marca no ser humano o egoísmo, de modo que estamos sempre colocando os nossos interesses acima dos interesses dos demais, o que desencadeia conflitos de diversas ordens e gera um efeito ainda mais desagregador. Isso nos parece bem claro na seara dos transplantes, pois na medida em que se está na lista de espera por um transplante, a tendência é sempre pensarmos no nosso interesse, de modo egoísta, mesmo sabendo que o nosso problema, às vezes, não é tão grave quanto o do paciente que receberá um transplante antes de nós.

Ainda sobre o egoísmo, pode-se destacar uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que denota, de modo bem claro, esse “egoísmo”, entretanto, é um egoísmo estatal, veja-se:

¹⁰Compreenda-se o termo cientificismo, além do seu sentido semântico, do seguinte modo: o cientificismo não coloca limites ao progresso, ao avanço. Já a ciência coloca limites, limites esses que não podem ser ultrapassados. Essa ideia é trabalhada pelo autor Andorno.

¹¹DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op Cit.* p. 129.

¹²KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Col. Os pensadores. São Paulo: Abril, 1993.

EMENTA: AGRADO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPORTAÇÃO DE LÍQUIDOS DE CONSERVAÇÃO DE ÓRGÃOS PARA TRANSPLANTES. SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE PORTO ALEGRE. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ILEGALIDADE DA RETENÇÃO NO AEROPORTO. LIMINAR DE LIBERAÇÃO QUE MERECE SER CONCEDIDA. AGRADO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70032330235, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 16/12/2009.)¹³

O caso versa sobre a retenção indevida, por parte do Agente Estatal, de líquidos essenciais à conservação dos transplantes, produtos caros, destinados à atividade do Hospital Santa Casa (entidade filantrópica, razão pela qual é isenta de tributos, tais como o ICMS). A ganância e o egoísmo do Fisco fizeram reter no Aeroporto Salgado Filho, Porto Alegre, tais líquidos, sob o argumento de que tal imposto não havia sido recolhido.

É tão claro quanto o brilho da própria água que tal entidade não tem o dever de recolher tal imposto, todavia, se de fato fosse necessário tal recolhimento, seria uma postura adequada do Estado reter tal produto, caro e que necessita de condições especiais para a sua manutenção no Aeroporto, cuja finalidade é dar condições para que órgãos possam ser transplantados? O Estado, “ente” que deve salvaguardar a vida humana está criando impedimentos infames à manutenção do próprio bem jurídico que ele se diz “protetor”: a vida. A postura do Agente Público (representante do Estado) não nos parece se coadunar com toda uma Carta Constitucional fruto de um Constitucionalismo Moderno, que tenta resgatar o primado da vida humana. Destarte, percebe-se que o “egoísmo” não é só nosso, mas sim do Estado, também!

Algumas vezes o que move esse egoísmo humano é justamente a ambição: ambição por poder, por riqueza, por espaços mais privilegiados, por privilégios em geral, etc., e é nesse cenário em que as pessoas são tratadas como mero meio, ou seja, como um mero mecanismo para se alcançar a finalidade posta como prioridade. É aqui que se perde a noção de pessoa humana como sendo o principal bem da humanidade.

Pode-se dizer que essa perda vai mais adiante, na medida

¹³TJRS, *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>. Acesso em: 08 Jun. 2010.

em que se perde a ideia de que a “pessoa é o fim em si mesma”¹⁴, com a finalidade de se auto-realizar, pois essa postura do Estado dificulta sobremaneira essa realização da pessoa enquanto fim em si mesma. Nesse caso, esse “transtorno” aos transplantes (reter os líquidos – esses são condição de possibilidade para a realização dos transplantes) é causar um dano a essas pessoas. Conforme Kant, quando se causa dano a alguém, está-se tratando a pessoa como um meio e não como fim.

As ideias de Kant tiveram uma forte influência na seara da saúde, contribuições essas apontadas pelo estudioso da área da saúde Axel Kahn. Esse discurso ético aplicado à biologia e à medicina consiste na livre aceitação do dever que a razão apresenta à vontade como sendo necessário e essencial. Desse modo, tem-se uma lei moral, cuja fonte está calcada na razão pura, e é a partir disso que se têm imperativos categóricos, como sendo expressão dessa razão. Isso parece justificar até o próprio nome das principais obras de Kant: *Crítica à Razão Pura* e *Crítica à Razão Prática*.

Inúmeras são as ideias relevantes que essas duas obras nos trazem, todavia, como a proposta não é o esgotamento ou aprofundamento da filosofia kantiana, faz-se necessário destacar uma das várias ideias existentes na produção de Kant: é livre a aceitação de um dever, o que, logicamente, exclui a imposição vertical de uma ética à consciência individual, ou seja, há liberdade para o indivíduo aceitar ou não. O indivíduo (homem) pode ter consciência do justo e do bom, mas a sua decisão pode implicar uma decisão antiética, ou seja, essa consciência não implica a decisão em si. Ou seja, o que será ético é o comportamento e não a consciência!

Ainda a questão da humanidade, pode-se dizer, consoante Dallari, que é inegável o reconhecimento do outro, da pessoa humana, no sentido de que é essencial tal reconhecimento, por mais óbvio que isso possa parecer¹⁵. Talvez esse seja um dos motivos pelos quais se mostra tão relevante a preocupação em “estabelecer” um mínimo de respeito à vida, que de certo modo, é uma das pretensões da bioética.

Diante disso, pode-se citar a dignidade humana, de modo que denota essa preocupação em (re)estabelecer a pessoa humana como sendo o principal valor da humanidade. A preocupação com a dignidade pode ser vista na própria Declaração Universal de 1948, que estabelece no seu artigo 1º que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. As referências à dignidade não param aí, muitos outros documentos fazem alusão a ela. Ou seja, está-se diante de um

¹⁴KANT, Immanuel. *Op Cit.*

¹⁵DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op Cit.* p. 137.

reconhecimento praticamente universal da dignidade humana e isso influenciou fortemente o ordenamento jurídico brasileiro, visto que a Carta Magna de 1988 alude e reconhece a dignidade humana como um dos fundamentos da República brasileira, no artigo 1º.

Cumprir destacar que é uma tarefa árdua compatibilizar as reflexões éticas advindas dos novos paradigmas científicos com o direito¹⁶. Barreto¹⁷ resgata uma categoria kantiana de um “direito cosmopolita”, de modo que isso possibilita uma ordem jurídica fundada em determinados valores universais. Esse direito cosmopolita transcende a comunidade nacional, pois ele pode ser visto como a norma de uma comunidade planetária, isso seria um complemento ao direito escrito. Isso torna possível uma leitura moral dos direitos humanos, de modo que esses podem ser entendidos como uma expressão de valores éticos dentro do sistema jurídico.

Essa contribuição do jusfilósofo Barreto é extremamente relevante, na medida em que se trata, no caso concreto, na parte II, de um direito essencialmente humano: o direito à vida. Além disso, por tratar-se de um direito humano e especialmente a vida, trata-se, também, da dignidade humana, do seu respeito e da essencialidade à condição humana.

3 PARTE II – OS ENUNCIADOS DA BIOÉTICA

Na parte II, pretende-se dar ênfase aos aportes básicos da bioética: os princípios norteadores dessa reflexão. Pode-se dizer que esses princípios incorporam aquilo que permeia a integridade física e psíquica da pessoa, e atrelada à dignidade formam um conjunto que integra o *patrimônio ético da humanidade*¹⁸.

Garrafa refere que:

É indispensável para o debate sobre-estar da humanidade tanto a discussão sobre os “limites” ou o “controle” relacionados com a manipulação da vida, quanto à defesa de uma ética da responsabilidade e a construção de mecanismos jurídicos adequados a essa nova realidade¹⁹.

¹⁶MARTINS-COSTA, Judith. A universidade e a construção do biodireito. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 2, n. 2, julho de 2001. p. 61-81. p. 62.

¹⁷BARRETO, Vicente P. Bioética, biodireito e direitos humanos. In: *Teoria dos direitos fundamentais*. Ricardo Torres (Org). Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 377-379.

¹⁸Essa expressão é usada por Dallari no seu artigo sobre ética, já referenciado nesse manuscrito.

¹⁹GARRAFA, Volnei. *Genoma, pesquisa com seres humanos e biotecnologia: proteção pelo direito*. In: *O direito achado na rua – Introdução crítica ao direito à saúde*. COSTA, Alexandre Bernardino [et

Essa contribuição do autor é útil no sentido de corroborar, de certo modo, a necessidade de termos limites, e esses podem ser os princípios, alguns já positivados (como é o caso da dignidade humana) e outros ainda não positivados no ordenamento jurídico, não de modo explícito. É diante disso que se pretende analisar alguns princípios da bioética, bem como a aplicabilidade desses ao caso concreto: os transplantes.

3.1 Os princípios da bioética: justiça e dignidade

Sabe-se que a característica dos sistemas jurídicos contemporâneos é justamente serem abertos. Nesse sentido, é relevante destacar-se a contribuição de Martins-Costa²⁰ no sentido de que os sistemas jurídicos não têm uma plenitude legislativa, ou seja, nem tudo se resolverá pela pretensão legislativa. Dito de outro modo: o sistema jurídico é aberto a regras e a princípios, que compõem o gênero “norma jurídica”.

Alguns autores defendem a ideia de que há que se alcançar equilíbrio entre esses avanços da tecnologia e a consciência de cada um. Nesse sentido, veja-se o que Casals aponta:

Os avanços tecnológicos nos remetem sempre à responsabilidade individual, bem como ao questionamento ético dos envolvidos no debate, especialmente aqueles que protagonizam as tomadas de decisão²¹.

Ora, diante de tal leitura, parece-nos ingênuo demais pensar que tal postura isolada é suficiente para dar conta dessas grandes questões postas à prova na sociedade atual. Ou seja, é mais do que justificável ter-se aportes principiológicos para servir de guia a esse desafio da bioética.

No que concerne ao princípio da justiça, pode-se dizer que na perspectiva da bioética, ele está atrelado ao elemento saúde e sociedade, no sentido de que os sujeitos integrantes dessa sociedade *merecem igual respeito e consideração na reivindicação do direito à vida e à saúde quanto na distribuição equitativa de recursos*²². Dentre desses recursos, pode-se

al.]. (Orgs). Brasília: CEAD, UnB, 2008. p. 424.

²⁰MARTINS-COSTA, Judith. *Op Cit.* p. 65.

²¹CASALS, J. M. E. *Una ética para la era tecnológica*. Organización Panamericana de Saúde e Organización Mundial da Saúde, v. 5, p. 65-84, 1997.

²²JUNGES, José Roque. *Bioética – perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Unisinos, 2005. p. 54-55.

pensar de modo mais amplo, ou seja, pode-se pensar na gestão da saúde e dentro dela, na lista de espera para os transplantes.

É muito mais cômodo para o agente do sistema da saúde ter uma lista e desse modo estará tratando todos de modo equitativo. No entanto, a realidade restrita a isso não abarcaria as necessidades dos casos de maior gravidade. Os enunciados da igualdade são tratar os iguais de modo igual e os desiguais de modo desigual. Assim, alguém que está inserido numa fila de transplantes cujo caso é de maior gravidade, não pode ser tratado como os demais integrantes dessa lista, mas com casos que não são tão graves assim.

Junges²³ diz que em algumas situações (estados comatosos, patologias neonatais, etc.) há uma exposição à discriminação e à seleção. Dentro dessas situações de seletividade, o autor não trouxe a questão dos transplantes, entretanto, parece-nos um mero rol exemplificativo e não taxativo. Assim, é possível inserir o caso dos transplantes nessa reflexão. A pergunta que o autor coloca é justamente *quem é o outro que merece igual respeito e consideração?* Se essa pergunta for considerada no âmbito na lista dos transplantes, pode-se perceber que esse outro é alguém cuja gravidade do caso permite que o outro seja passado à frente, no que concerne a receber o órgão.

A questão da distribuição de recursos públicos é outro ponto relevante, trata-se de um problema que fundamentalmente está atrelado ao poder político. Todavia, a medicina não pode se excluir desse debate, pois há uma obrigação social dela nessa seara. É uma obrigação da sociedade em relação aos indivíduos que a compõem. Face à justiça distributiva, a sociedade tem o dever de atender as exigências mínimas dos cidadãos que oscilam em razão do tempo ou do lugar²⁴. Ou seja, não se pode optar só pela lista por ser mais fácil, a gestão desses novos critérios é uma dificuldade que deve ser superada por parte desses envolvidos: gestores da saúde, juízes, dentre outros.

No que concerne ao princípio da dignidade humana, vale, ainda, destacar que a dignidade, já no pensamento clássico, como qualidade inerente à pessoa humana, é irrenunciável e inalienável. Não se pode olvidar que a dignidade independe de circunstâncias e não pode ser desconsiderada. A dignidade da pessoa humana é qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração pelo Estado e pela comunidade, com direitos e deveres intrínsecos que o levem a ter uma vida saudável, sem tratamento degradante e desumano e com sua participação ativa e co-

²³Ibid., p. 55.

²⁴Ibid., p. 56 e ss.

responsável no destino de sua própria vida e da vida em comunhão com os demais seres humanos²⁵.

3.2 O caso dos transplantes: o caso concreto e a aplicação principiológica – uma resposta kantiana

Temo, sobretudo, que na prática e nas leis ocorra um lento desvio da vontade própria para a coação, que é uma grande tentação, uma vez superado o limiar do *primum non nocere* – antes de tudo, não causar dano – que é um princípio ético tradicional para os médicos; e também o limiar “não matar”, que é válido para qualquer um. (Giovani Berlinguer²⁶)

Esse capítulo tem a pretensão de abordar um estudo de caso acerca dos transplantes, bem como analisar a decisão tomada pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, à luz dos princípios da bioética, tentando estabelecer uma relação com a perspectiva kantiana, na busca de uma construção que amolde o caso concreto à proposta de Kant.

O caso a ser analisado refere-se a um recurso de apelação interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul contra a sentença que julgou procedente a ação ordinária movida por A.B.R., pleiteando que lhe fosse oportunizada imediatamente a realização de transplante de fígado, visto que sofre de cirrose criptogênica porfíria e insuficiência hepática grave. No que tange ao mérito, o Estado alegou que o requerente não preencheu os requisitos legais previstos na legislação vigente na época, de maneira que no caso em tela não há que se cogitar em prioridade.

Veja-se a ementa:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SAÚDE PÚBLICA. AÇÃO ORDINÁRIA C/C TUTELA ANTECIPADA. CIRROSE CRIPTOGÊNICA PORFÍRIA. INSUFICIÊNCIA HEPÁTICA GRAVE. TRANSPLANTE HEPÁTICO TUTELA ANTECIPADA NÃO CONCEDIDA. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. TRANSPLANTE EFETUADO COM SUCESSO. GARANTIA CONSTITUCIONAL NA FORMA DO ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. PORTARIA Nº 1.160/2006 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. ALTERAÇÃO DE CRITÉRIO DE ESCOLHA PARA O

²⁵SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

²⁶BERLINGUER, Giovani. *Ética da Saúde*. São Paulo: Hucitec, 1996. p. 17.

TRANSPLANTE. NÃO-PROVIMENTO. SENTENÇA CONFIRMADA. A Portaria nº 1.160/2006, do Ministério da Saúde, alterou os critérios de escolha para transplantes de fígado, passando a utilizar o método MELD/PELD, que avalia a gravidade e a urgência para cada caso. Assim, comprovada a situação gravíssima do autor, correto se apresenta a determinação de realização da cirurgia. NEGADO PROVIMENTO À APELAÇÃO. (Apelação Cível Nº 70020318713, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Wellington Pacheco Barros, Julgado em 15/08/2007)²⁷.

Desse modo, pode-se dizer que o caso em tela envolve a lei 9.434/97, bem como a Portaria nº 1.160/2006, do Ministério da Saúde, que alterou os critérios de escolha para transplantes de fígado. A lei 9.434/97 fez alusão à lista de espera para os transplantes, especialmente no seu artigo 10:

Art. 10. O transplante ou enxerto só se fará com o consentimento expreso do receptor, assim inscrito em lista única de espera, após aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento. (Redação dada pela Lei nº 10.211, de 23.3.2001)²⁸

Ora, se há a previsão de uma lista de modo claro e explícito, o debate se estabelece, então, acerca do remanejamento de posição dos casos mais graves nessa lista. A portaria nº 1.160/2006, do Ministério da Saúde, alterou os critérios de escolha para transplantes de fígado, passando a utilizar o método MELD/PELD que avalia a gravidade e a urgência para cada caso. Veja-se o que diz a portaria:

Considerando a necessidade de revisar e atualizar os critérios para distribuição de fígados para transplante, resolve: Art. 1º Modificar os critérios de distribuição de fígado de doadores cadáveres para transplante, implantando o critério de gravidade do estado clínico do paciente.

§ 1º Para aferir essa variável será adotado o sistema MELD -Model for End-stage Liver Disease / PELD Pediatric End-Stage Liver Disease - conforme o constante no Anexo I a esta Portaria.

ANEXO I

²⁷TJRS, *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>. Acesso em: 08 Jun. 2010.

²⁸BRASIL, *Lei nº 9.434/97*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9434.htm. Acesso em: 08 Jun. 2010.

1. Distribuição

A distribuição de fígados de doadores cadáveres para transplante dar-se-á conforme os critérios estabelecidos abaixo.

- 1.1. Quanto à Compatibilidade/Identidade [...]
- 1.2. Quanto à compatibilidade anatômica e por faixa etária [...]
- 1.3. Priorizações Critérios de Urgência:
 - a) insuficiência hepática aguda grave [...]
 - b) não-funcionamento primário do enxerto notificado à CNCDO [...]
 - c) trombose de artéria hepática [...]
- 1.4. Classificação de gravidade clínica

Serão classificados de acordo com os critérios de gravidade MELD/PELD (Fórmulas - Anexo II) priorizando-se o de maior pontuação e considerando o tempo em lista, conforme o seguinte algoritmo [...]

2.1. Ficha de inscrição²⁹ [...]

Nota-se que essa mudança de critério foi pensada de modo bastante técnico, visto que essa verificação se dá no âmbito clínico, não é meramente arbitrário, conforme se verifica nos procedimentos constantes na portaria.

O cerne da discussão é a possibilidade de alteração do critério legal (cronológico) de inclusão na fila de transplantes, com a utilização de critério que contemple a urgência do caso, para fins de melhor atender ao paciente portador de doença hepática, necessitado de transplante. É nessa discussão que os princípios da bioética se fazem presentes no sentido de tentar fundamentar, a partir deles, essa mudança de critério.

Para melhor atender ao paciente portador de doença hepática, necessitado de transplante é inevitável pensar-se no conteúdo dos princípios da bioética, especialmente nos princípios da justiça e da dignidade. No que tange ao princípio da justiça, já abordado, pode-se dizer que ele guarda uma íntima relação com a gestão dessa lista de espera em relação aos transplantes, haja que a lista por si só tem a finalidade de garantir a isonomia e a justiça.

Todavia, ela não abarca as peculiaridades da realidade de cada paciente, no que concerne à gravidade do caso, por isso é extremamente relevante à mudança dos critérios já apontados anteriormente. Pensando nos novos critérios, deve-se pensá-los de modo sério e responsável no que tange a sua aplicabilidade prática, pois o magistrado não pode ser um mero homologador de atestados médicos que atestem a gravidade

²⁹BRASIL, Portaria 1.160/2006. Disponível em: <http://www.soshepatitesvirais.org/?page=noticias&id=7>. Acesso em: 08 Jun. 2010.

do caso.

É preciso sim levar em consideração os procedimentos da portaria para aferir ou não a gravidade ao caso. O próprio princípio da justiça demanda essa postura, na medida em que o *outro* que foi *preterido* merece igual respeito e consideração nessa situação, pois afinal de contas, ele seria o *privilegiado* na lista, e não o *foi face* à gravidade de outro caso, então no mínimo merece essa tomada de decisão responsável. Seria muito mais fácil para o gestor do hospital guiar-se pela lista de transplantes, sem maiores percalços, no entanto, está-se lidando com a vida e essa demanda comprometimento.

Ainda, sobre a dignidade, faz-se mais que necessário retomar a grande questão que emergiu junto com a bioética: a preocupação com a vida, com a pessoa enquanto uma categoria fundamental. E é a partir disso que os ensinamentos de Kant, acerca da dignidade, são essenciais. O respeito à condição de humano, à dignidade humana, ou seja, o homem como fim e não como meio.

É nesse tipo de situação que se visualiza a necessidade aplicar e ponderar a dignidade humana. É fato que todos que estão na lista têm direito ao transplante, todavia, é digno deixar uma pessoa com enfermidade de gravidade superior morrer na fila de espera pelo transplante? Tal postura poderia ser uma ilustração de aplicabilidade do fundamento basilar da República (a dignidade)? A resposta nos parece óbvia: não!

Não possibilitar o remanejamento na lista não seria causar um mal desnecessário e injustificado? Isso não seria atentatório aos enunciados da bioética? Essas indagações nos mostram que agir de modo diferente do que fora decidido no caso em tela (bem como não ter criado a portaria de 1.160) seria um retrocesso, pois se o objetivo da bioética é resguardar e fundamentar o debate acerca da preservação da vida humana, como preservar isso sem preservar a vida? É inviável. O temor de Berlinguer, apresentado no prólogo, parece não se confirmar, não na seara da legislação, haja vista que a portaria foi inovadora e deu um passo à frente. Parece-nos que o princípio norteador da bioética foi salvaguardado: o respeito à vida humana.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Algumas considerações podem ser destacadas, mas o debate acerca da bioética não é estanque. Não se trata de tão somente impor limites, proibições, limitações, mas sim prezar pela *liberdade*

*compromissada*³⁰ e responsável. Essa noção de responsabilidade deve permear o comportamento daqueles que são os responsáveis por decidir, seja decidir qual será o tratamento médico adequado, ou seja, decidir no poder legislativo ou judiciário, acerca que alterar ou não a ordem da lista de espera pelos transplantes.

É a partir desse cenário exposto, até então, que se deve pensar que o direito e a filosofia (por meio da ética) devem caminhar juntos, nesse horizonte de possibilidades e desafios. Todavia, esse caminhar deve ser tão ágil quanto à evolução e às descobertas da ciência. Já não há mais lugar para o estagnado, diante da evolução, o estagnado e o estático perdem espaço, ou seja, tem-se a necessidade de estabelecer novos referenciais éticos³¹.

Seria leviano demais pensar que os avanços da ciência causam somente mazelas a serem discutidas no campo da bioética. É notável que o avanço da ciência proporciona ao homem inúmeras vantagens e o exemplo mais “comum” é a questão do DNA, especificamente sobre a possibilidade que se abre de diagnóstico de prováveis doenças ainda no estágio pré-natal. No entanto, deve-se determinar como fim a pessoa humana, sempre, ou seja, conciliar tais avanços ao fim “pessoa humana”.

E é nessa esteira que se deve pensar a ciência e a sua evolução: viés positivo e negativo, de modo que, conforme leciona Küng³², deve-se pensar em ultrapassar a fase de uma ciência eticamente livre para alcançarmos uma eticamente responsável, ou seja, de uma tecnocracia que vê o homem como coisa (e domina-o) para um estágio onde a tecnologia esteja a serviço do homem, vendo-o como sua finalidade precípua.

Pensar com esse foco de ver o homem como finalidade maior, é o que a racionalidade da ética fundamenta na mutação legislativa, no sentido de alterar a legislação, possibilitando o remanejamento na lista de espera dos transplantes. Pode-se dizer que essa mudança foi um avanço positivo, calcado na proteção da vida humana, levando em conta a dignidade humana, pois é no mínimo “indigno” deixar alguém morrer numa fila de espera por transplante.

Ao direito cumpre “regular” a vida: o nascer, o morrer, o transcorrer da própria vida. Ou seja, quando se fala no direito, fala-se essencialmente na pessoa e tudo o que é em relação à pessoa. Sendo

³⁰GARRAFA, Volnei. *Op Cit.*, p. 425.

³¹GARRAFA, V.; KOTTOW M.; SAADA, A. (Org). *Bases conceituais da bioética: enfoque latino-americano*. São Paulo: Editora Global – UNESCO, 2006.

³²KÜNG, H. *Projeto de ética mundial: uma moral ecumênica em vista da sobrevivência humana*. São Paulo: Paulinas, 1993. p. 40.

assim, é mais do que notório que a preocupação do direito tem que ser com a pessoa, isso até pode soar um tanto quanto óbvio, todavia, nem sempre o óbvio nos é tão óbvio assim. Dentro dessa perspectiva de regulação, cabe salientar que essa mudança na questão da lista de transplantes, que foi pela via de uma portaria do Ministério da Saúde, mostra-se como avanço, de modo que tal mudança poderia ser justificada pelo respeito à vida humana, bem como ao respeito aos princípios da dignidade e da justiça.

REFERÊNCIAS

- BARRETO, Vicente P. Bioética, biodireito e direitos humanos. In: *Teoria dos direitos fundamentais*. Ricardo Torres (Org). Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BERLINGUER, Giovani. *Ética da Saúde*. São Paulo: Hucitec, 1996.
- BRASIL, *Lei nº 9.434/97*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9434.htm. Acesso em: 08 Jun. 2010.
- BRASIL, *Portaria 1.160/2006*. Disponível em: <http://www.soshepatitesvirais.org/?page=noticias&id=7>. Acesso em: 08 Jun. 2010.
- CASALS, J. M. E. *Una ética para la era tecnológica*. Organização Panamericana de Saúde e Organização Mundial da Saúde, v. 5, p. 65-84, 1997.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Ética Sanitária*. In: O direito achado na rua – Introdução crítica ao direito à saúde. COSTA, Alexandre Bernardino [et al.]. (Orgs). Brasília: CEAD, UnB, 2008.
- GARRAFA, Volnei. *Genoma, pesquisa com seres humanos e biotecnologia: proteção pelo direito*. In: O direito achado na rua – Introdução crítica ao direito à saúde. COSTA, Alexandre Bernardino [et al.]. (Orgs). Brasília: CEAD, UnB, 2008.
- GARRAFA, V.; KOTTOW M.; SAADA, A. (Org). *Bases conceituais da bioética: enfoque latino-americano*. São Paulo: Editora Global – UNESCO, 2006.
- HOTTOIS, Gilbert. *El paradigma bioético: uma ética para la tecnociencia*. Barcelona: Anthropos Editorial, 1999.
- JONAS, Hans. *Ética, medicina e técnica*. Lisboa: Passagens, 1994.
- JR. ENGELHARDT, H. Tristram. *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Edições Loyola.

JUNGES, José Roque. *Bioética – Perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Col. Os pensadores. São Paulo: Abril, 1993.

KÜNG, H. *Projeto de ética mundial: uma moral ecumênica em vista da sobrevivência humana*. São Paulo: Paulinas, 1993.

MARTINS-COSTA, Judith. A universidade e a construção do biodireito. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 2, n. 2, julho de 2001. p. 61-81.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

TJRS, *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>. Acesso em: 08 Jun. 2010.