**CONSIDERAÇÕES ÉTICO-JURÍDICAS SOBRE O TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA[[1]](#footnote-1)**

Hanna Souto

Jorge Fialho Neto

Lorena Gomes Pereira Mota

Luiz Alberto Prazeres Filho

Marcella Lopes Costa Pinto

Natália Dalcum Mafra

Raphael de Almeida Miranda

Resumo

O presente trabalho propõe-se a elucidar questões referentes ao procedimento de doação de órgãos adotado pelo ordenamento jurídico vigente quando confrontado com os direitos personalíssimos constitucionalmente garantidos aos cidadãos – em especial, à dignidade da pessoa humana. Para isso, enfrenta questões como o consentimento do paciente doador, a dignidade da mãe e do bebê nos casos que envolvem o feto anencefálico, a ausência de capacidade volitiva do incapaz e a consequente vedação à doação de seus órgãos em vida, bem como a concretização de projetos genéticos com o fim de suprir carências biológicas de terceiros através do transplante de seus órgãos.

**Palavras-chave**: Transplante de órgãos; Dignidade da pessoa humana; Direitos personalíssimos; Consentimento do doador.

**SUMÁRIO:**

**1 INTRODUÇÃO**

**2 DISPONIBILIDADE DO CORPO E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

2.1 DISPONIBILIDADE DO CORPO

2.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

**3 REGIME JURÍDICO: LEI Nº 9.434/97**

3.1 LIMITES PRINCIPIOLÓGICOS À DOAÇÃO DE ÓRGÃOS

3.2 LIMITES QUANTO AO CONSENTIMENTO: BREVE RETROSPECTO

3.3 DOAÇÃO *INTER-VIVOS*

3.4 DOAÇÃO *POST-MORTEM*

3.5 SANÇÕES PENAIS E ADMINISTRATIVAS

**4 CONSIDERAÇÕES ÉTICO-JURÍDICAS**

4.1 CRITÉRIO PARA AFERIÇÃO DO FIM DA VIDA

**4.1.1 O caso do anencéfalo**

4.2 A OBTENÇÃO DO CONSENTIMENTO DO DOADOR

**4.2.1 Indivíduos juridicamente incapazes**

**4.2.2 Nascimento de uma vida**

**5 CONCLUSÃO**

**REFERÊNCIAS**

1. Introdução

A substituição de um órgão ou tecido doente pertencente a um ser humano, vivo ou morto, em outro remonta à mitologia, inspirada em algumas lendas. Acreditava - se que a cura das doenças era por meio espiritual. Como a lenda de Cosme e Damião, a retirada de uma perna de um cadáver negro para transplantar em um doente branco foi vitoriosa. No passado, as tarefas de curar eram de feiticeiros e pajés por exemplo.

O estudo da história dos transplantes evidencia que nos séculos XV e XVI ocorreram as primeiras tentativas para utilizar tecidos procedentes de pessoas e animais. O primeiro transplante ósseo ocorreu em 1890, em Glasgow – Escócia. Em 1931, foi realizado um transplante de glândulas genitais na Itália. Em Boston, 1954, houve o primeiro transplante renal. Contudo, o fato mais importante foi Na cidade do Cabo – África do Sul – em 1967, quando o médico Christian Bernard realizou um transplante de coração.

Percebe-se que o transplante de órgãos é uma técnica médica cirúrgica que vem sendo desenvolvida há poucos anos e evoluindo rapidamente na busca de cura de doenças proporcionando um prolongamento da vida. Isto em parte deve-se ao medo do homem da morte e a busca pela qualidade e longevidade da vida, aumentando a demanda de pacientes que desejam viver melhor e durante mais tempo.

A partir da evolução histórica, da medicina, da necessidade e medo do homem viver mais, as inovações biotecnológicas foram avançando trazendo benefícios à população e trazendo questionamentos, éticos, morais, religiosos e jurídicos sobre a realização dos transplantes.

No Brasil, o Sistema Nacional de Transplantes (SNT), presente em 25 estados na forma das Centrais Estaduais, centraliza o processo de captação e distribuição de órgãos e tecidos destinados à doação. Para tanto, conta com 548 estabelecimentos de saúde e 1.376 equipes médicas autorizados a realizar transplantes. No primeiro semestre de 2009 foram realizados 8.192 procedimentos deste tipo (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2010), mas, mesmo diante deste número e da estrutura do SNT, o ano de 2009 encerrou-se com 40.110 pessoas na fila de espera.

O ponto central do trabalho é a forma como o transplante está disciplinado juridicamente no Brasil, diante da exigência para que o Direito elabore soluções, impondo limites e regras para o uso do transplante e de toda a tecnologia que a medicina dispõe atualmente.

Buscar-se-á relacionar o princípio da dignidade da pessoa humana à matéria, à legislação, aos direitos da personalidade, tecendo considerações ético-jurídicas sobre o tema, além de situações polêmicas não tratadas pelo ordenamento.

1. Disponibilidade do corpo e dignidade da pessoa humana
	1. Disponibilidade do próprio corpo

A disponibilidade do homem sobre seu próprio corpo está inserida tanto na Constituição Federal de 1988 quanto no Código Civil de 2002, Conforme preleciona Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2005, p. 4):

A premissa jurídica desta reflexão é a combinação entre três artigos da Constituição Federal de 1988: artigo 1o, III (dignidade da pessoa humana como fundamento do ordenamento jurídico); artigo 5º, caput (inviolabilidade do direito à vida e do direito à liberdade) e artigo 199, 4º (disponibilidade de partes do corpo humano).

É cediço que o homem tem a liberdade de fazer ou deixar de fazer algo com seu corpo de acordo com sua livre consciência; essa disponibilidade, porém, deve ser enquadrada dentro de certos limites, salvaguardando interesses superiores e éticos, afinal com o “pacto social”, o homem passa a ter a liberdade e disponibilidade sobre o seu próprio corpo relativizada por normas características de um Estado Democrático de Direito.

O Código Civil traz os direitos da personalidade como irrenunciáveis e intransmissíveis, podendo, contudo, haver exceções legais. É vedado qualquer ato de disposição do próprio corpo que importe diminuição permanente da integridade física, ressalvada as hipóteses médicas. A doação de órgãos e tecidos, embora consista na diminuição permanente, deve respeitar as regras contidas na legislação que a regula, Lei 9.434/97, observadas as alterações ocorridas. Os transplantes devem ser feitos gratuitamente, sendo expressamente vedada pela Constituição Federal a onerosidade, resguardada, ainda, a possibilidade de revogação, antes da execução da doação propriamente dita.

Outro ponto de notório interesse é o do consentimento informado, uma vez que a disposição do corpo pressupõe a consciência das possíveis consequências. Com relação aos transplantes, tem o médico o dever de informar ao paciente todos os dados relevantes, para que este possa decidir, de forma livre e sem vícios, sobre a disponibilidade ou não de parte do seu corpo.

Embora seja o homem um ser livre e tenha de início disponibilidade sobre seu corpo, contata-se que essa disponibilidade não é absoluta, uma vez que é dever do Estado garantir a saúde de todos e preservar a vida. Assim, a liberdade de dispor do corpo passou a ser mitigada em tempos de Estado Democrático em busca de um bem comum e de assegurar a todos o direito à vida, o bem jurídico de maior relevância no ordenamento jurídico.

* 1. Dignidade da pessoa humana

O transplante de órgãos e tecidos encontra sua fundamentação legal em alguns princípios basilares da Constituição Federal, quais sejam, o direito à vida, direito à integridade física, a autonomia da vontade e o direito de informação. Todos esses direitos podem ser condensados em um único e mais importante princípio constitucional do Estado Democrático de Direito, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana é sem dúvida um dos princípios de maior dificuldade de conceituação, uma vez que seu conceito é extremamente subjetivo, proporcionando uma elasticidade da sua moldura, a depender de cada intérprete.

Ademais, importa lembrar que também para a dignidade da pessoa humana aplica-se a noção referida por Bernard Edelman, de que qualquer conceito (inclusive jurídico) possui uma história, que necessita ser retomada e reconstruída, para que se possa rastrear a evolução da simples palavra para o conceito e assim apreender o seu sentido. (SARLET, 2008, p.31)

As idéias acerca da dignidade, do pensamento do homem enquanto homem, surgem na filosofia e emprestam seus conceitos para o direito moderno.

Muitos filósofos já tentaram conceituar esse princípio desde o pensamento clássico e ideário cristão. No pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, a dignidade ou *dignitas* (responsabilidade, prestígio, consideração), significava a posição social ocupada pelo indivíduo e seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade. Assim, a partir desse conceito, poderiam existir pessoas mais dignas e pessoas menos dignas, dependendo da sua posição social (SARLET, 2008).

Como assevera Ingo Sarlet (2008), no pensamento estóico, de Cícero, verificado nas clássicas tragédias gregas, a dignidade significava uma qualidade (dignidade) inerente ao ser humano, sendo todos os homens, independente de sua posição social, dotados da mesma dignidade. Para Sócrates e Platão, a dignidade estaria relacionada com a busca do bem da vida em sociedade, a convivência honesta e digna entre os homens.

A racionalidade foi inserida no conceito da dignidade por São Tomás de Aquino, que, mesmo pregando ideais do cristianismo, ao introduzir a racionalidade e individualidade, passou a entender o homem como um ser autodeterminante, possuidor de vontade própria.

No Renascimento, onde a característica principal era o antropocentrismo, o homem passou a ser visto como um ser ativo e responsável pela transformação da sua própria realidade. Picco Della Mirandola, humanista italiano, orientado pelo pensamento renascentista, passou a entender o homem como um ente independente com a prerrogativa de administrar sua própria vida, sem a permissão da intromissão na vida alheia (MIRANDOLA, 2006).

Muitos filósofos influenciaram o conceito atual de dignidade da pessoa humana, Pufendorf, Descartes, Voltaire, Locke, mas, sem dúvidas, o maior legado lógico-filosófico deixado foi o de Immanuel Kant. Kant entende o homem como um ser racional, que existia como um fim e não como um meio, diferentemente dos outros seres desprovidos de razão. O ser racional é a pessoa humana dotada de um valor intrínseco, próprio da sua essência. Como o ser humano é um fim e não um meio, esse valor não poderia ser “trocado” ou passível de manipulação, sendo uma qualidade absoluta do homem, ou melhor, uma dignidade absoluta. (KANT, 1980)

A dignidade na filosofia Kantiana parte da autonomia ética do ser humano. O autor sustenta que o ser humano (o indivíduo) não pode ser tratado, nem por ele próprio, como objeto, uma vez que tem consciência de si mesmo.

Segundo Kant (1980, p.190),

[...] no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade[...] esta apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade.

A dignidade da pessoa humana pode ser entendida ainda como uma forma de limitar o poder estatal, pois o Estado terá sempre que respeitar a dignidade dos cidadãos de forma a permitir sua liberdade, impedindo o uso do homem como objeto, garantindo um patamar existencial mínimo para todos os indivíduos. Ingo Wolfgang Sarlet afirma que a

dignidade independe de situações concretas, já que inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas – ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmo. (2008, p. 49)

Dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana ilumina as normas constitucionais e infraconstitucionais. É de bom alvitre salientar que a dignidade não nasce com a Constituição de 1988, nem com qualquer outra norma jurídica. A Constituição apenas reconheceu essa dignidade material, inserindo-a formalmente no topo do ordenamento brasileiro, a fim de garantir expressamente o respeito ao princípio norteador de todo e qualquer direito humano. Assim, a dignidade nasce com o homem, cada homem tem a sua dignidade, que é inerente a sua qualidade de ser racional, como assevera Kant (1980).

O princípio da dignidade da pessoa humana deve ser entendido de forma multicultural, não podendo ser visto de uma forma fixa e uniforme, o intérprete deve valer-se da metaética e do multiculturalismo, uma vez que se manifesta em diversas sociedades democráticas modernas. O conceito de dignidade encontra dificuldades teóricas e práticas. Não há espaço para o certo ou o errado, o digno e o não digno, o oriental e o ocidental, afinal não é possível identificar um conceito para a dignidade, consoante o coeficiente de subjetivismo e pluralismo cultural e moral da sociedade moderna.

1. Regime jurídico: Lei nº 9.434/97
	1. Limites principiológicos à doação de órgãos

No que toca à doação de órgãos e tecidos no ordenamento jurídico brasileiro, vigora a lei nº 9.434/1997, que disciplina a remoção de partes do corpo humano com o objetivo de tratamento ou transplante. A sua prática deve seguir, precipuamente, três diretrizes básicas, a saber: beneficência para o receptor; não maleficência para o doador; e gratuidade da doação.

Pelo princípio da beneficência, a prática do transplante somente poderá ser adotada caso as possibilidades de sucesso sejam superiores se comparadas com as de fracasso. Por sua vez, a diretriz da não maleficência veda o transplante que gere risco à integridade física e mental do doador ou que comprometa suas aptidões vitais (no transplante *inter vivos*). Por fim, a lei de remoção de órgãos permite apenas a disposição gratuita do corpo humano, seja ela *inter vivos* ou *post mortem*, sendo vedada a onerosidade de qualquer espécie.

* 1. Limites quanto ao consentimento: breve retrospecto

Em sua redação original, a lei de remoção de órgãos e partes do corpo humano consagrava o regime do consentimento presumido, no qual o doador poderia se opor a retirada de seus órgãos e tecidos *post mortem*. Para tanto, ele deveria comparecer a uma repartição civil afim de que fosse gravada em seu documento oficial a expressão “não doador de órgãos e tecidos”. Na ausência dessa manifestação, o indivíduo era considerado doador em potencial.

Criou-se grande discussão a respeito da legalidade do regime de consentimento presumido. Dentre as críticas, destaca-se a impossibilidade de converter em obrigação, por mera edição de lei, aquilo que em verdade é resultado de um gesto de solidariedade, devendo partir da livre manifestação de vontade de cada um. Ademais, ao analisar o caso concreto, verificou-se que grande parte da população, principalmente a de baixa renda, não tinha conhecimento que era doador presumido de órgãos e tecidos.

Diante de tamanha celeuma, foi editada a Medida Provisória nº 1718, de 6 de outubro de 1998, que modificou esta regra ao permitir que a família alterasse o consentimento do doador, sempre que este fosse presumido. O sistema da doação presumida foi mantido, mas de forma subsidiária à manifestação de vontade da família. Desta forma, não havendo qualquer manifestação em contrário ao regime consignado no documento de identificação do paciente, depois de constatada sua morte encefálica, o sujeito só seria doador caso seu pai, mãe, filho ou cônjuge (nos termos do §6º do art. 4º da redação legal), não se manifestasse em sentido contrário.

A fim de dirimir controvérsias que porventura ainda restassem do sistema de doação presumida, o legislador optou, através da edição da lei nº 10.211/2001, substituí-lo pelo regime do consentimento informado. Com a nova redação do art. 4º, coube ao cônjuge ou parente a responsabilidade de autorizar ou não o transplante. Tal sistema também é seguido por países como Estados Unidos, Canadá e Inglaterra.

Atualmente, portanto, a decisão final quanto a remoção de órgãos cabe a família do doador, ainda que seja contrária ao designado no documento de identificação do paciente (que não tem mais validade). Ao médico cabe apenas acatar ao que foi decidido pelos familiares do doador.

* 1. Doação *Inter-vivos*

De acordo com o art. 9º da Lei 9.434/1997, aquele indivíduo juridicamente capaz pode dispor, de forma gratuita, de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins terapêuticos ou transplantes em cônjuge ou parentes até o 4º grau (consangüíneos). Caso a doação transborde a barreira familiar (doação a qualquer outra pessoa), deve haver autorização judicial, a fim de impedir o comércio ilegal de órgãos e tecidos.

Relevante é a atuação do Ministério Público nessa espécie de doação, vez que, de acordo com o Decreto 2.268/1997, em seu art. 20, qualquer doação de tecidos, órgãos e partes do corpo vivo deve ser comunicada a instituição, que avaliará as condições de saúde do doador para a realização do procedimento de transplante. Ademais, a doação *inter vivos* apenas será concedida quando se tratar de órgãos duplos (a exemplo dos rins), e de partes regeneráveis do tecido ou órgão, desde que não haja redução da integridade física e psíquica do doador. Conforme entendimento de Maria de Fátima Freire Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (2009, p. 290):

Não será permitido doar, se, por meio dos exames prévios, ficar comprovada a debilidade da saúde ou comprometimento das atividades do potencial doador. A Lei impede a mutilação ou o prejuízo grave à saúde, restringindo o campo em que a vontade do indivíduo se manifeste, tornando-a nula, se produzida *contra legem*, não podendo o médico cirurgião efetuar o transplante. Restou garantido, portanto, o direito a integridade do homem.

Nesse tipo de doação, de suma importância é a atividade do médico, no que tange ao esclarecimento sobre os riscos naturais da intervenção cirúrgica. Para que inexista violação aos princípios bioéticos da beneficência e não maleficência, deve o profissional de saúde prestar todas as informações a respeito do procedimento que será adotado, de modo que o doador tome sua decisão de forma livre, sem nenhum vício de consentimento.

Determinados grupos populacionais, por apresentarem falta de autonomia, despertam na doutrina a discussão acerca da capacidade ou não para doar. É o caso, por exemplo, do bebê anencéfalo. Pelos dizeres de Terezinha de Jesus de Souza Signorini (2007p. 169),

este somente poderá ser doador de órgãos e tecidos se preencher os critérios legais de morte cerebral. Para tanto, o processo de doação terá de ser da iniciativa dos pais – e não, por solicitação de algum profissional da saúde. Ressalta-se ainda que seus órgãos e tecidos não poderão ser retirados de seu corpo enquanto ela não estiver legalmente morto, pois, se não se pode dispor de órgãos de paciente terminal enquanto não ocorrer a sua morte encefálica, também não será possível remover órgão ou tecido de anencéfalo enquanto a morte cerebral não se configurar ou não ficar comprovada.

Nos demais casos de incapacidade, a exemplo de menores, fetos e embriões, a doação é autorizada somente se tratando de transplante de medula óssea, caso haja consentimento dos pais ou responsáveis legais (art. 6º, §6º do dispositivo legal).

* 1. Doação *Post-Mortem*

Para a remoção de tecidos e órgãos *post mortem*, é imprescindível o diagnóstico de morte cerebral. Esta, de acordo com a lei de transplantes, deve ser confirmada por dois médicos não integrantes da equipe da realização do transplante.

Para o senso comum, a morte se dá pela prolongada parada cardíaca, além da ausência de função respiratória. Para efeitos de transplante, entretanto, a lei considera a morte encefálica, ainda que os demais órgãos de corpo humano estejam funcionando normalmente. Assim sendo, pondera Maria Helena Diniz (2001, p. 296):

Não se aguarda a parada cardiorrespiratória e a conseqüente autólise dos órgãos, bastando a ocorrência de dano encefálico de natureza irreversível que impeça a manutenção das funções vitais, devendo empregar-se os recursos de terapia intensiva para garantir a perfusão dos demais órgãos durante um período que possibilite sua utilização em transfusão.

A verificação de morte encefálica é procedimento que exige perícia e diligência do médico, caso contrário, pode ensejar a consumação de um homicídio culposo. Se tratando de falecido incapaz, a autorização para realização de transplante deve ser feita por ambos os pais ou representante legal. É vedado por lei o transplante de pessoas não identificadas.

Com o diagnóstico de morte encefálica confirmado e a autorização do transplante dado pela família do doador, deve o hospital notificar a Central de Transplantes, que levantará todas as informações do paciente e concluirá pela possibilidade ou não de realizar a remoção dos órgãos.

No Brasil, o Ministério da Saúde organiza em lista única todos os pacientes que necessitam de transplante, através de cadastro no Sistema Nacional de Transplantes. A partir desse cadastro, será feita análise de compatibilidade entre o doador e os potenciais receptores, em ordem (cada Estado possui uma Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos). Verificada a compatibilidade, a Central de Transplantes informa a equipe de transplante a respeito do doador e do receptor nomeado, para que possa realizar o procedimento. Alguns órgãos sobrevivem pouco tempo entre a sua retirada e a doação, a exemplo do coração e pâncreas (quatro horas), daí porque se aconselha que as duas cirurgias aconteçam simultaneamente, com receptor do próprio Estado ou cidade, uma vez que o dispêndio de tempo com o deslocamento e transporte do órgão podem levar a sua morte.

Aquele paciente cuja condição de saúde esteja mais fragilizada pode ter prioridade na fila de transplantes. Tal fragilidade é constatada através de exames clínicos periódicos, que encaixam o paciente em uma escala de gravidade, a depender do estágio de avanço da enfermidade. Além disso, caso não haja no Estado nenhum candidato compatível com o órgão ou tecido a ser transplantado, este deverá se destinar ao ocupante do primeiro lugar na lista nacional de transplantes, desde que, obviamente, seja compatível.

Cumpre observar que, conforme leciona a doutrinadora Terezinha de Jesus de Souza Signorini (2007 p. 163), “a inscrição em lista única de espera não confere ao pretenso receptor ou a sua família qualquer direito subjetivo a indenização caso o transplante não se realize”.

* 1. Sanções penais e administrativas

O capítulo V da lei 9434/1997 prevê sanções penais e administrativas para aqueles que atuem em desacordo com os preceitos legais que regem a doação de órgãos, tecidos e partes do corpo humano.

Dentre as sanções penais, merece destaque o art. 15, que pune de três a oito anos de reclusão, mais multa, aquele que compra ou vende órgãos, tecidos ou partes do corpo humano (tráfico de órgãos). Dentre as sanções administrativas, por sua vez, cumpre destacar o art. 21, que prevê a desautorização de estabelecimentos de saúde ou equipes médicas que vão de encontro à mencionada lei.

1. considerações ético-jurídicas
	1. Critério para aferição do fim da vida

 O tema “morte” é recorrente desde os primórdios da humanidade: nas manifestações artísticas, literárias, religiosas, buscava-se ilustrar, quando não explicar, o momento de desprendimento da vida, sempre visto como um grande mistério.

 Tradicionalmente, a morte sempre esteve atrelada à parada de batimentos cardíacos. Porém, em meados da década de 50, com o advento da ventilação mecânica e posteriormente das unidades de terapia intensiva (UTI), surge um novo tipo de paciente: aquele que não apresenta nenhuma atividade encefálica, mas que mantêm seus batimentos cardíacos por algumas horas ou poucos dias. Diante desse novo quadro, o fim da vida começa a se apresentar como uma incógnita para os cientistas. Para fins médicos, todavia, é imprescindível definir, por meio de critérios objetivos, a morte clínica, momento em que se poderá afirmar sem hesitação que não há mais justificativas para o prolongamento da vida de determinado paciente.

 Objetivando diminuir essas questões, ao menos sob a ótica legal, a Lei 9.434/97 determinou que o Conselho Federal de Medicina (CFM) regulamentasse o diagnóstico de morte encefálica, que o fez através da Resolução 1.480/97, estabelecendo quais os critérios para aferição da parada total e irreversível do encéfalo. Tais critérios estão discriminados no próprio de texto da lei, são eles:

 Art. 1º. A morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias.

 Art. 2º. Os dados clínicos e complementares observados quando da caracterização da morte encefálica deverão ser registrados no “termo de declaração de morte encefálica”.

 Art. 3º. A morte encefálica deverá ser conseqüência de processo irreversível e de causa conhecida.

 Art. 4º. Os parâmetros clínicos a serem observados para constatação de morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinhal e apnéia.

 Art. 5º. Os intervalos mínimos entre as duas avaliações clínicas necessárias para a caracterização da morte encefálica serão definidos por faixa etária, conforme abaixo especificado:

 a) de 7 dias a 2 meses incompletos - 48 horas;

b) de 2 meses a 1 ano incompleto - 24 horas;

c) de 1 ano a 2 anos incompletos - 12 horas;

d) acima de 2 anos - 6 horas.

 Art. 6º. Os exames complementares a serem observados para constatação de morte encefálica deverão demonstrar de forma inequívoca:

 a) ausência de atividade elétrica cerebral ou

b) ausência de atividade metabólica cerebral ou

c) ausência de perfusão sangüínea cerebral.

 Art. 7º. Os exames complementares serão utilizados por faixa etária, conforme abaixo especificado:

 a) acima de 2 anos - um dos exames citados no Art. 6º, alíneas “a”, “b” e “c”;

b) de 1 a 2 anos incompletos - um dos exames citados no Art. 6º, alíneas “a”, “b” e “c”. Quando optar-se por eletroencefalograma, serão necessários 2 exames com intervalo de 12 horas entre um e outro;

c) de 2 meses a 1 ano incompleto - 2 eletroencefalogramas com intervalo de 24 horas entre um e outro;

d) de 7 dias a 2 meses incompletos - 2 eletroencefalogramas com intervalo de 48 horas entre um e outro.

 Art. 8º. O Termo de Declaração de Morte Encefálica, devidamente preenchido e assinado, e os exames complementares utilizados para diagnóstico da morte encefálica deverão ser arquivados no próprio prontuário do paciente.

 Art. 9º. Constatada e documentada a morte encefálica, deverá o Diretor-Clínico da instituição hospitalar, ou quem for delegado, comunicar tal fato ao responsáveis legais do paciente, se houver, e à Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos a que estiver vinculada a unidade hospitalar onde o mesmo se encontrava internado.

 A morte do cérebro e do tronco encefálico equivale ao conceito de morte clínica estabelecido por critérios neurológicos. Seria, portanto, a cessação irreversível de todas as funções do encéfalo, incluindo o tronco encefálico. A legislação brasileira, ao determinar que os critérios para estabelecimento do conceito morte fossem fixado por médicos, buscou trazer uma maior certeza jurídica ao momento. Com isso, salvaguardou a posição do médico, conferindo-lhe uma maior segurança ao exercício de sua profissão e afastando o risco de praticar culposamente uma conduta penalmente reprovável. Ademais, o rigor exigido pela lei para constatação da morte encefálica, ocorre para que não haja dúvidas no momento de sua decretação.

 As novas tecnologias surpreendem ao postergar cada vez mais o momento de vida final do ser humano, de forma que não se pode afirmar categoricamente a irreversibilidade da morte encefálica para além da data presente. A anencefalia não proporciona nenhuma possibilidade de vida extra-uterina, em razão da ausência completa ou parcial do cérebro, causando uma degeneração do tecido craniano. Por essa razão, o Conselho Federal de Medicina editou um parecer afirmando que o anencéfalo seria um “natimorto cerebral”. Assim, o se pode dizer é que hoje, com os recursos disponíveis, é que a ausência de atividade do encéfalo é o último passo em vida do ser humano.

 Note-se que a lei adota o critério da morte encefálica, quando poderia ter falado em morte cerebral. Isto porque o cérebro e o encéfalo não se confundem: a morte encefálica implica em morte cerebral, mas o contrário não é válido. A morte encefálica é um estado de coma irreversível, já a morte cerebral, que é uma lesão nos hemisférios cerebrais, significa um estado vegetativo permanente. Ainda que haja morte cerebral, algumas funções vitais – em especial a cardiorrespiratória – permanecem conferindo ao indivíduo um estágio vegetativo de vida, o que não ocorre nos casos em que há morte encefálica. Aqui, em razão de o corpo não mais conseguir manter a pressão adequada, os órgãos vão entrando em estado de falência, tornando-se muitas vezes inviáveis para o transplante.

O desenvolvimento das ciências médicas e procedimentos terapêuticos tendem a protelar a existência do indivíduo, mas até que ponto seria justificável o funcionamento sistêmico do corpo? Não se pode esperar, como indica Gerson Zafalon Martins na fundamentação da Resolução CFM n° 1.826/2007, que se apresentem sinais clássicos de morte (como a algidez corporal e a ausência de batimentos cardíacos) para que se declare, clinicamente, que o paciente tenha falecido. Os critérios para aferição de morte clínica proporcionam uma maior segurança na constatação de se o paciente veio a óbito, todavia o fim da vida ainda se apresenta como uma incógnita aos olhos da ciência. Diante de tantas incertezas, é incontroverso que a Resolução CFM veio para apaziguar as dúvidas e diminuir esses conflitos ao menos que sob a ótica médica.

* + 1. O caso do anencéfalo

O anencéfalo pode ser um embrião, feto ou recém-nascido, que não possui uma parte do sistema nervoso devido à má formação congênita. Em verdade, o termo “anencéfalo” é inadequado, porquanto induza à total ausência do encéfalo. Tal situação não se poderia configurar, pois a inexistência do encéfalo, que é responsável pelas funções ditas “vegetativas”, a exemplo da respiração e circulação sanguínea, é incompatível inclusive com a vida intra-uterina.

Existem diversas questões a respeito do bebê anencéfalo, a principal é se ele pode ou não ser doador de órgãos e tecidos. Hoje, entende-se que o feto anencéfalo não possui qualquer possibilidade de sobrevida, sendo praticamente uma criança morta. Entretanto, diante da impossibilidade de se obter o diagnóstico de morte encefálica, que é formalmente necessário para a doação de órgãos, mediante os critérios estabelecidos na resolução, argumentar-se-ia que o bebê, natimorto, não poderia doar os seus órgãos.

Em 13 de setembro de 2004, contra a lógica do formalismo legal, o Conselho Federal de Medicina publicou resolução contendo um direcionamento ético, que autorizava o uso dos órgãos e/ou tecidos do anencéfalo para fins de transplante. Em julho de 2010, esta autorização foi revogada pelo Conselho, em nova resolução. A decisão foi sustentada pelos precários resultados obtidos com os órgãos transplantados.

A possibilidade de doar os órgãos de um bebê anencéfalo, diante da imposição do ordenamento pátrio de manutenção da gravidez, seria, ao menos, um conforto para os seus pais. A mãe, obrigada a seguir com a gestação, se vê ligada a um feto que só viverá por algumas horas ou mesmo dias após o nascimento. A gestante passa por dificuldades psicológicas diante de um filho que não viverá. Entretanto, não se pode desprezar que o anencéfalo tem o direito à vida como qualquer outra pessoa, mesmo que essa vida seja por um período pequeno, conforme previsão constitucional. Há que se ponderar, portanto, diante do direito à vida do anencéfalo, também a dignidade da mãe que o gesta.

A gestante não pode acelerar o parto se o único motivo for doar os órgãos do bebê anencéfalo, essa opção de aceleração do parto somente é aceita se for para fins terapêuticos em benefício da mãe. Salienta-se que a opção de doar os órgãos do feto deve ser sempre dos pais, a mesma jamais deverá ser por indicação do médico.

Em Turim, ocorreu um caso polêmico. Os pais de Gabrielle, bebê anencéfalo, escolheram manter o bebê vivo na UTI do Hospital Regina Margherita até que seus órgãos estivessem suficientemente desenvolvidos para serem transplantados. O caso gerou uma seria discussão ética- jurídica, pois nenhum ser humano pode ser concebido com objetivo de doar seus órgãos (SÁ; NAVES, 2009).

* 1. A Obtenção do consentimento do doador

Privar o doador do respeito ao seu próprio consentimento é retirar-lhe a autonomia que a própria ordem jurídica lhe conferiu. Constitui clara ofensa à dignidade humana, um dos princípios norteadores do ordenamento vigente e à própria liberdade individual. A grande questão é: O legislador infraconstitucional tem a prerrogativa de determinar a vontade do doador? Se o doador em questão não tiver capacidade de transmitir seu consentimento expresso em razão de sua autonomia reduzida, deve o legislador inferir sobre a liberdade individual do mesmo. O legislador tem como intuito proteger esses indivíduos de possíveis casos em que a utilização de partes de seu corpo seja prejudicial a eles próprios e também a sua dignidade.

* + 1. Indivíduos juridicamente incapazes

No processo de transplante de órgãos ou tecidos *post mortem* de indivíduos juridicamente incapazes deve haver consentimento de ambos os pais ou de seus representantes legais, conforme redação do art. 5º da Lei de Transplantes. Se a doação for promovida em vida, todavia, a mesma legislação restringe-a aos casos em que haja compatibilidade imunológica comprovada, desde que o ato não ofereça riscos à saúde do doador. Ainda assim, a doação permanece vinculada não só à autorização de ambos os pais, mas à autorização judicial.

Isso impede que no país existam situações similares à retratada no filme “Uma Prova de Amor” (2010), em que há claro conflito de interesses entre uma menor e seus responsáveis legais. Sara Fitzgerald, diante da notícia do câncer de sua filha Kate, planeja sua terceira gravidez com claro fim terapêutico: o de conceber um bebê capaz de manter Kate viva através das doações de órgãos e tecidos. Após 9 anos, Anna Fitzgerald, diante da aprovação de sua responsável legal, para que proceda à doação de seu rim para sua irmã, Kate, busca a sua emancipação médica, já que quem responde legalmente por ela, sua mãe Sara, possui interesses claramente divergentes do seu próprio. Não se trata de discutir a moral familiar, em que Anna, por ser irmã de Kate, teria o dever ético de não se negar ao procedimento, mas ao respeito à dignidade que lhe é própria e que jamais poderia ter sido confiada a terceiro, ainda quando sejam estes terceiros seus próprios genitores. Neste ponto, a legislação brasileira acertou ao não permitir que os incapazes doem seus órgãos em vida até que sejam capazes de exercer a sua vontade livre e consciente.

Ainda quanto à doação inter vivos, ressalta-se que os deficientes mentais são protegidos por lei própria (Declaração dos Direitos do Deficiente Mental), lei que impede a remoção de órgãos ou tecidos por terem baixa imunidade. Isto porque os riscos médicos do tratamento são altos, que poderia ocasionar prejuízos a saúde dos deficientes mentais. O objetivo fundamental da lei é a proteção desse grupo populacional que tem sua autonomia reduzida, não podendo expressar seu consentimento voluntário como os demais indivíduos capazes. Nesse sentido aconteceu um caso, no qual um jovem rapaz portador de retardo mental era único parente de seu pai, que necessitava da doação de um rim para salvar sua vida. O jovem não podia transmitir seu consentimento voluntário e expresso diante do problema da sua enfermidade. O juiz do caso não acolheu o pedido da mãe do jovem que requeria autorização para que o rapaz doa-se o rim para o pai. A fundamentação do juiz perpassou sobre a expectativa de vida do jovem que seria diminuída, além de que o mesmo estaria sujeito a infecções e complicações referentes a sua baixa defesa imunológica. (SÁ; NAVES, 2009)

Vê-se, portanto, que, neste ponto, a legislação buscou preservar o interesse do incapaz, que, por não poder manifestar consciente e livremente a sua vontade, poderia ser desprezado em detrimento do interesse de terceiros, principalmente de seus responsáveis legais, como ocorreu nos casos acima mencionados.

* + 1. Nascimento de uma vida

Um questionamento ético atual é o nascimento de uma criança com intuito de salvar a vida de outrem, essa prerrogativa deve ser analisada com mais rigor pela sociedade. Não é admissível que a vida seja um meio para manter uma outra.

O início dessa prática se deu a partir da possibilidade de utilização de tecido fetal para vantagens terapêuticas, principalmente por não provocar rejeição em seu receptor. Entretanto, há casos nos quais o objetivo não é alcançado, o recém nascido é incompatível com o receptor, o que pode gerar uma prole indesejável para os pais. Sobre a criança, que veio ao mundo com objetivo de salvar uma vida, deve-se atentar sobre a violação de sua dignidade, dos direitos que devem ser garantidos, da vontade, manifestada pelo direito de escolha, que não pode ser ignorada..

1. conclusão

O Estado Constitucional de que se reveste a nação brasileira prima pela realização dos direitos fundamentais de seus cidadãos, mas, acima de tudo, pela dignidade de cada homem que sob ele vive. À Lei Maior coube apenas garantir formalmente o respeito à dignidade que já foi dada a cada homem, porquanto lhe seja inerente, pois, nos dizeres de Immanuel Kant (1980, p. 190), “no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade”.

Sob a plenitude deste princípio, o ordenamento jurídico vigente conferiu aos brasileiros direitos personalíssimos, categoria que engloba direitos geralmente intransferíveis e irrenunciáveis, dentre os quais se encontram o direito à vida (a *priori* indisponível) e, em consequência deste, o direito à integridade física, gênero de que é espécie o direito ao próprio corpo. O Código Civil não tolera atos de disposição do próprio corpo que importem em diminuição permanente da integridade física; todavia, em se tratando do tema “doação de órgãos”, a própria legislação ressalva a tolerância à disponibilidade do corpo – desde que sejam observados os procedimentos contidos na lei específica. Por isso, há que se analisar a relatividade da indisponibilidade do direito à integridade física, frente à liberdade de disposição do próprio corpo.

A Lei de Transplantes, lei nº 9.434/97, tratou de disciplinar o procedimento para a doação de órgãos e viabilizar a realização de transplantes, criando requisitos para a identificação de doador bem como orientações gerais para a escolha de receptor, que foram posteriormente especificadas em resoluções do Conselho Federal de Medicina.

A grande polêmica sobre o tema, após uma análise à luz do princípio constitucional supracitado, reside na falta de respeito à autonomia da vontade do doador, que acabou por ser totalmente ignorada com a alteração legislativa ocorrida em 2001. Em verdade, desde a redação original da Lei de Transplantes, a autonomia da vontade do paciente, potencial doador, tem sido afrontada. Quando se instituiu o regime do consentimento presumido, o que deveria ser uma faculdade, por se tratar de direito personalíssimo sobre o próprio corpo – irrenunciável e intransferível, tornou-se uma obrigação da qual o sujeito de direito deveria se desvencilhar caso a ela se opusesse. Com a criação do § 6º, o “direito de escusa à obrigação” era estendido à família nos casos em que o paciente tivesse silenciado quanto à recusa – ou seja, a capacidade volitiva do cidadão permanecia insultada pela lei.

A ofensa à autonomia da vontade ficou ainda mais evidente com a atual redação, que ignora qualquer manifestação de vontade do paciente, mesmo as registradas em documentos de identificação civil oficiais, que se contrapõem à vontade da família, esta, sim, válida para fins autorizativos do procedimento. Ora, como se pode querer falar em qualquer dignidade, que seria inata ao próprio homem, se o direito à autodeterminação, que dela brota, é flagrantemente ofendido na situação em comento? Só se tem por resposta que o exercício do direito de disposição do corpo, neste caso, é ilegítimo, uma vez que ofende diretamente o princípio basilar da Constituição Federal, qual seja, o da dignidade da pessoa humana, visto que praticamente transfere a dignidade de um para terceiros, mesmo quando se tratem de seus ascendentes ou descendentes.

Ademais, uma análise do caso do anencéfalo à luz do mesmo princípio indica novamente teor de inconstitucionalidade da “vedação” da doação de órgãos de bebês nascidos sem a estrutura encefálica. Aí estão em jogo a dignidade do bebê – ainda que em grau inferior, porquanto ainda não tenha a consciência de si – e, principalmente, a dignidade da mãe, mulher, que, vazia de esperanças, gestou o feto malformado durante nove meses sem que sequer pudesse optar – legalmente, frise-se – por despender suas forças em vão para dar a luz a um bebê natimorto ou submeter-se a processo igualmente doloroso, qual seja, o procedimento abortivo. O confronto com o direito a vida do nascituro, neste caso, não é suficiente para justificar a ofensa à liberdade sobre o próprio corpo a que faz *jus* a genitora, vez que este, sim, é um direito concreto, frente à ausência de expectativa de vida do bebê anencéfalo – pelo menos diante das técnicas de prolongamento da vida conhecidas até momento.

Destaquem-se também os casos envolvendo os sujeitos de direito juridicamente incapazes. Neste ponto, há que se aplaudir a lei, na medida em que veda o a doação por parte de incapazes, salvo nos casos de doação de medula óssea, quando ainda estará condicionado à autorização judicial, além da anuência de ambos os pais, na forma da lei. Se por um lado o incapaz tem a sua capacidade volitiva podada, por outro, não têm seus responsáveis disponibilidade sobre a sua vontade. Entende-se, então, ser esta a melhor orientação, adotada pelo legislador pátrio: proibir a doação de qualquer sujeito enquanto não puder falar por si.

De outra perspectiva, a aquisição da capacidade jurídica não pode ser analisada objetivamente, pois, se assim fosse, se perderia a análise ética da situação. Isto porque, com o avanço da tecnologia, principalmente das técnicas de manipulação genética, outra situação abordada na película citada apresenta controvérsias: é o *design* de seres humanos projetados com o fim específico de suprir as necessidades biológicas de outro ser. Ainda que se possa argumentar que, ao atingir a maioridade, o indivíduo terá livre escolha quanto à vontade de efetuar a doação, a questão ética precede a discussão jurídica, tendo em vista que o desenvolvimento do feto geneticamente projetado com este fim é forma concreta de *coisificação* do homem, que jamais deve ser tratado como meio. Portanto, mesmo com a anuência de indivíduo maior de idade para a realização do procedimento transplantatório, há muito que se discutir, ainda nos âmbitos moral e ético, a respeito desta situação – até então não vedada pelo ordenamento.

Como se pôde perceber, são muitas as questões em aberto a serem discutidas no tocante à doação de órgãos e tecidos. De fato, o sistema jurídico vigente é falho em alguns pontos, devendo ser alterado a fim de respeitar a Constituição e a individualidade do ser. Todavia, enquanto se realizarem alterações buscando a congruência meramente formal com o sistema, a ofensa aos direitos personalíssimos e à dignidade da pessoa humana perdurará e, do ponto de vista ético, o procedimento dos transplantes permanecerá carente de novas soluções.

Referências

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito à integridade pessoal*.* **Revista Jurídica UNIFACS**, nov/2004. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/935/689> Acesso em: 29 out 2010.

BRASIL. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 1.480, de 8 de agosto de 1997**. Estabelece os critérios e procedimentos para a caracterização da morte encefálica.Disponível em: <http://dtr2001.saude.gov.br/transplantes/portaria/res1480.htm>. Acesso em: 05 out 2010.

\_\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_\_. **Resolução n. 1.752, de 13 de setembro de 2004**. Concede uma autorização ética do uso de órgãos e/ou tecidos de anencéfalos para transplante, mediante autorização prévia dos paisDisponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2004/1752\_2004.htm>. Acesso em: 29 out 2010.

\_\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_\_. **Resolução n. 1.826, de 24 de outubro de 2007**. Dispõe sobre a legalidade e o caráter ético da suspensão dos procedimentos de suportes terapêuticos quando da determinação de morte encefálica de indivíduo não-doador.Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2007/1826\_2007.htm>. Acesso em: 05 out 2010.

**\_\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_\_.** **Resolução n. 1.949, de 6 de julho de 2010**. Revoga a Resolução CFM nº 1.752/04, que trata da autorização ética do uso de órgãos e/ou tecidos de anencéfalos para transplante, mediante autorização prévia dos pais.Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2007/1826\_2007.htm>. Acesso em: 05 out 2010.

CUNHA JR., Dirley. **Curso de Direito Constitucional***.* 3. ed. Salvador: JusPodium, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Editora Del Rey, 2002.

Equipe de Transplante pode ter certificação. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 24 fev. 2010. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20100224/not\_imp515265,0.php>. Acesso em: 29 out 2010.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**, In: Os pensadores – Kant (II). Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **TRANSPLANTES REALIZADOS – 1º semestre 2009**. Dados divulgados pelo Ministério da Saúde quanto à realização de procedimentos de transplantes no Brasil no 1º semestre de 2009. Disponível em: < http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/TRANSPLANTES\_2009.pdf>. Acesso em: 29 out 2010.

MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Tradução de Maria de Lourdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 2006.

NEW LINE CINEMA**. My Sister’s Keeper**. Direção: Nick Cassavetes. Intérpretes: Cameron Diaz; Abigail Breslin; Alec Baldwin e outros. Roteiro: Nick Cassavetes e Jeremy Leven. Los Angeles: Curmudgeon Films, 2009. 1 DVD (109MIN), COLOR.

SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009.

SIGNORINI, Terezinha de Jesus de Souza. **Transplantes de órgãos e tecidos e a funcionalização do corpo: uma análise à luz do direito brasileiro**, In: MEIRELLES, Jussara (coord.). **Biodireito em discussão**. Editora Juruá, 2007, p. xx.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2009.

\_\_\_\_\_\_. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6 ed. Porto Alegre: Editora: Livraria do Advogado, 2008.

STOLZE, Pablo Gagliano; Rodolfo Pamplona Filho. **Novo Curso de Direito Civil**. Parte Geral. V.I. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

1. Artigo elaborado durante o curso da disciplina *Biodireito*, Curso de Graduação em Direito, Universidade Salvador – UNIFACS. [↑](#footnote-ref-1)