

Artigo publicado na “Revista de Direito Constitucional e Internacional”, Ano 15 – Janeiro-Março – 2007 – nº 58. – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, Ed. RT – pp. 39 a 50.

Sumário: 1. Introdução. 2. Explicação dos termos. 3. Ética – Ética Médica – Bioética. 4. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana – Valor Basilar de Nosso Ordenamento Jurídico. 5. Eutanásia – Ortotanásia. 6. Doação de Órgãos.

Resumo: A eutanásia e a ortotanásia em pacientes em fase terminal e sua relação de pertinencialidade com a doação de órgãos e sua disciplina jurídica no Direito brasileiro.

Synopsis: The euthanasia and the orthothanasia in terminal phase patients and its pertinency relation with organs donation and its juridical discipline in Brazilian Law.

Palavras-chave: Eutanásia – Ortotanásia – Morte – Ética – Dignidade da Pessoa Humana – Doação de Órgãos.

Key words: Euthanasia – Orthothanasia – Death – Ethics – Human Person Dignity – Organs Donation.

1. Introdução.

Trata-se de tema delicado, a *morte* da pessoa humana, que possui vários aspectos, entre os quais podemos mencionar: jurídico, clínico, moral, emocional, social, cultural, religioso, filosófico. Em nossa cultura, em que sempre estamos voltados para o que é bom e agradável, para a vida, esse tema é quase um tabu. Não se deve e, em muitos casos, não se pode falar na *morte*.

Aprendemos que não é conveniente nem educado tocar neste assunto. Pessoas há que não pronunciam a palavra *morte*. Preferimos usar sinônimos, termos técnicos e eufemismos. Ocorre, porém, que os seres humanos são mortais, ou seja, a vida humana tem começo, meio e fim.

Neste estudo, abordamos o tema *terminalidade da vida*, que se refere à etapa final da vida humana, nos casos em que a pessoa é acometida de doença grave, incurável de acordo com os conhecimentos atuais da Medicina e nesses casos, não raras vezes, cogita-se o assunto *eutanásia*, bem como a *doação de órgãos* para transplantes.

O vocábulo *eutanásia* é formado pela associação do prefixo grego *eu*, cujo significado é *bom*, com a palavra *Thanatos*, que era o deus que representava a morte, filho da noite, irmão de *Hypnos*, deus do sono na mitologia grega. Atribui-se a criação do termo *eutanásia*, com o significado de “boa morte”, ao filósofo inglês Francis Bacon, em seu livro “História da Vida e da Morte”, publicado em 1623. O termo tem sido usado para significar “morte sem sofrimento”, morte caridosa”, morte sem dor”, “morte piedosa”¹.

Existem várias classificações referentes à *eutanásia*, incluindo modalidades sociais, econômicas, judiciais, religiosas *et caetera*. Neste estudo abordaremos exclusivamente a classificação referente a modalidades clínicas e o modo como o direito positivo brasileiro disciplina o tema.

Enfocamos, outrossim, a *doação de órgãos* e a legislação pertinente no direito pátrio, com a finalidade da realização de transplantes de órgãos. Essa modalidade terapêutica já era realizada desde a década de 50 (o primeiro transplante renal bem sucedido efetuou-se em 1954), mas a partir do desenvolvimento dos medicamentos imunossupresores, que permitiram o controle do mecanismo de rejeição, mais precisamente nas décadas de 70 e 80, houve a possibilidade de realização de maior número de transplantes².

O desenvolvimento dos transplantes de órgãos teve reflexo nos critérios utilizados para a verificação da morte, pois a principal fonte de órgãos para transplantes é o ser humano³. O novo critério de morte adotado, a partir de

¹ PETROIANU, Andy. *Ética, Moral e Deontologia Médicas*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2000, p. 251.

² HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean-Noël. *Nova Enciclopédia da Bioética*. Portugal: Instituto Piaget, 2003, p.661.

³ HOTTOIS, GILBERT; MISSA, Jean-Noël. *Op. cit.*, p. 661.

1971, foi o de morte encefálica, que progressivamente passou a ser adotado pela maior parte dos países ocidentais⁴.

Sem termos pretensão alguma de esgotar tais temas, trazemos alguns elementos para discussão e reflexão a respeito de tão importantes e delicados assuntos.

2. Explicação dos termos.

Inicialmente, cabe uma explicação no que respeita à terminologia utilizada neste estudo: em Medicina os termos são unívocos, diferentemente do Direito, em que os termos muitas vezes são biunívocos, equívocos ou análogos.

Fase terminal – “por fase ou doença terminal se compreende uma condição patológica que leva a pensar em uma expectativa de morte em breve tempo como consequência direta da doença”⁵.

Paciente terminal – “por paciente terminal se designa uma pessoa portadora de doença terminal que, em pouco tempo, com muita probabilidade morrerá”⁶.

Eutanásia “consiste em ato de produzir a morte fácil e sem sofrimento de um indivíduo portador de moléstia incurável”⁷.

*Ortotanásia*⁸ consiste na “suspensão de meios medicamentosos ou artificiais de vida de um paciente em coma irreversível e considerado em ‘morte encefálica’, quando há grave comprometimento da coordenação da vida vegetativa e da vida de relação”⁹.

⁴ HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean-Noël. *Op. cit.*, p490.

⁵ URBAN, Cícero de Andrade. *Bioética Clínica*. Rio de Janeiro: REVINTER, 2003, p. 496.

⁶ URBAN, Cícero de Andrade. *Op. cit.*, p. 496.

⁷ BLAKISTON. *Dicionário Médico*. 2ª Ed. São Paulo: Organização Andrei Editora Ltda., p. 410.

⁸ Está em andamento a elaboração de texto legal com o fito de disciplinar expressamente a *ortotanásia*. Até a conclusão deste artigo, a situação referente à matéria está do seguinte modo: Cláudia Collucci (*in* Folha de São Paulo, dia 17.11.06) informa que “há um anteprojeto do Código Penal que está na CCJ (Comissão de Constituição e Justiça) que regulamenta o assunto e que, a CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil) colocou-se favoravelmente à *ortotanásia*, citando uma encíclica do papa João Paulo 2º, em que afirma que a prática, feita “com sério discernimento”, representa “a aceitação da condição humana diante da morte”.

⁹ URBAN, Cícero de Andrade. *Op. cit.*, p. 538.

Devemos relatar a recente tendência da classe médica de suprimir a expressão *ortotanásia* e substituí-la por *terminalidade da vida*, porque o final da vida é um processo, a apresentar fatores variáveis, com a necessidade de cuidados paliativos que atenuem e o tornem o menos doloroso (em todos os sentidos do termo, seja físico, moral, emocional) possível, tanto para o paciente, quanto para os seus familiares e amigos.

O artigo 1º da Resolução nº 1805 de 09 de novembro de 2006 do CFM (Conselho Federal de Medicina) dispõe que “é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal”.

O artigo segundo da referida resolução determina que “o doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar”.

Distanásia “é o tratamento insistente, desnecessário e prolongado de um paciente terminal, que não apenas é *insalvável*, mas também submetido a tratamento fútil.”¹⁰

Não há uma definição de *futilidade* universalmente aceita, haja vista que o seu significado é difícil de ser caracterizado concretamente. Geralmente entende-se que fútil é algo inapropriado, não indicado, inútil, ineficaz¹¹. Robert Truog¹² o qualifica da seguinte forma: “Um problema de futilidade, nada é capaz de defini-lo, mas todos o reconhecem quando o vêem”.

De acordo com Definição da Organização Mundial da Saúde de 2002, “*cuidado paliativo* é a abordagem que melhora a qualidade de vida do paciente e seus familiares que enfrentam uma doença que ameaça a vida. Promove o alívio da dor e de outros sintomas e proporciona suporte espiritual e psicossocial desde o diagnóstico até o fim da vida e o período de luto”.

Os parâmetros clínicos a serem observados para constatação de *morte encefálica* são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-

¹⁰ URBAN, Cícero de Andrade. *Op. cit.*, p. 538.

¹¹ URBAN, Cícero de Andrade. *Op. cit.*, p. 515.

¹² TRUOG, Robert, *apud* Cícero de Andrade Urban, *op. cit.*, p. 515.

espinal e apnéia (art. 4º da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1480 de 08 de agosto de 1997).

3. Ética – Ética Médica – Bioética.

Ética é “o estudo sistemático das ações voluntárias que constituem a conduta e o comportamento diários do ser humano”. Pode ser classificada como *descritiva* ao observar e registrar o comportamento das pessoas e *normativa* a que analisa se determinada conduta é boa e correta, ao considerar os comportamentos pessoal e social¹³.

Refere-se, a *ética médica*, à ética normativa aplicada à Medicina, haja vista que são aplicados os mesmos princípios gerais nos problemas e situações médicas¹⁴.

O juramento de Hipócrates foi o primeiro pronunciamento da *ética* aplicado à Medicina e que sobrevive através dos séculos até os dias de hoje e constitui um compromisso relevante na prática médica atual¹⁵.

O termo *bioética* surgiu em 1970¹⁶. Refere-se a questões pluridisciplinares. Segundo a Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos “a Declaração trata das questões éticas relacionadas à Medicina, às ciências da vida e às tecnologias associadas quando aplicadas aos seres humanos, levando em conta suas dimensões sociais, legais e ambientais”¹⁷.

São quatro os princípios cardinais da *ética médica* e foram adotados pela *bioética*. São os seguintes:

O princípio de *autonomia* “estipula que qualquer ato que tenha conseqüências para outrem seja subordinado ao consentimento da pessoa envolvida. Sem

¹³ BASTOS, Antonio Francisco; PALHARES, Fortunato Badan; MONTEIRO, Antonio Carlos. *Medicina Legal Para Não Legistas*. São Paulo: Copola Editora, 1998, p. 243.

¹⁴ Idem, p. 243.

¹⁵ Idem, p. 243.

¹⁶ HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean-Noël. *Nova Enciclopédia da Bioética*. Portugal: Instituto Piaget, 2003, pp. 112 a 114.

¹⁷ *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos*, Tradução e revisão final sob a responsabilidade da Cátedra UNESCO de Bioética da Universidade de Brasília (UnB) e da Sociedade Brasileira de Bioética (SBB).

esse acordo, a ação não é legítima e o uso da força para resistir a ela é moralmente defensável.¹⁸”

Este princípio determina que o médico transmita ao paciente informações cuidadosas da verdade sobre o diagnóstico e prognóstico, sobre as opções de conduta, sobre o planejamento do tratamento e das futuras expectativas, de modo que o paciente tenha condições de entender a sua real situação¹⁹.

O princípio da *beneficência* “considera que a ação deve tender para a realização do bem tendo em consideração a concepção do bem de outrem.²⁰”

Fundamenta-se, este princípio, em longa tradição da *ética médica* a reconhecer como objetivo básico da Medicina o bem-estar do paciente, de modo a incluir neste tópico que “os interesses do paciente estão em primeiro lugar”²¹.

O princípio da *não maleficência* “impõe a obrigação de garantir que os benefícios de uma ação superam os malefícios, segundo o preceito hipocrático *primum non nocere*.²²”

Esta frase em latim, de origem desconhecida, não corresponde a uma tradução literal do juramento de Hipócrates, que solicita dos médicos o “cumprimento do que é benéfico aos seus pacientes e evitar tudo o que for prejudicial e danoso”²³.

O princípio da *Justiça* “exprime a exigência de uma regulação *ética* das relações entre os homens que vivem em sociedade. As suas interpretações tradicionais e racionais são diversas e estão sempre a serem debatidas. O princípio de *Justiça* é crucial para a *bioética*, desde que ela tome em consideração as dimensões sociais, políticas e econômicas das questões que suscita.²⁴”

O princípio formal da *justiça e igualdade* atribuído a Aristóteles sustenta o princípio da *Justiça* acatado inicialmente pela *ética médica* e posteriormente

¹⁸ HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean-Noël. Op. cit., pp. 70.

¹⁹ BASTOS, Antonio Francisco; PALHARES, Fortunato Badan; MONTEIRO, Antonio Carlos. Op. cit., p. 245.

²⁰ HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean-Noël. Op. cit., p. 88.

²¹ BASTOS, Antonio Francisco; PALARES, Fortunato Badan; MONTEIRO, Antonio Carlos. Op. cit., p. 245.

²² HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean-Noël. Op. cit. p. 495.

²³ BASTOS, Antonio Francisco; PALHARES, Fortunato Badan; MONTEIRO, Antonio Carlos. Op. cit., p. 246.

²⁴ HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean-Noël. Op. cit. p. 449.

pela *bioética*, indicando que todos os pacientes devem ter acesso a um mesmo nível de adequado de tratamento de saúde, bem como à distribuição dos recursos disponíveis de tratamento²⁵.

Devemos observar que não existe hierarquia entre os quatro princípios, o que pode fornecer soluções diferentes conforme o princípio que se privilegia. Não há, portanto, possibilidade de prever, antecipadamente, que atitude será adotada com um determinado doente²⁶.

O entendimento ético da classe médica é no sentido da defesa da saúde e da dignidade do ser humano e veda todo e qualquer ato que atente contra a vida humana²⁷, assim o Código de Ética Médica determina o seguinte:

Art. 6º - “O médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente. Jamais utilizará seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade”.

Art. 66 – “Veda ao médico, em qualquer caso, o uso de meios destinados a abreviar a vida do paciente”.

O Capítulo III do código de Ética Médica, que trata da responsabilidade profissional, determina que é vedado ao médico:

Art. 42 – “Praticar atos profissionais danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência”.

4. Princípio da dignidade da pessoa humana – Valor basilar de nosso ordenamento jurídico.

Nos diversos países o tema é entendido de acordo com os valores de seu povo, informados pela cultura, formada pela ética, moral, religião, costumes, que informam todas as atividades de uma sociedade, inclusive o Direito, que

²⁵ BASTOS, Antonio Francisco; PALHARES, Fortunato Badan; MONTEIRO, Antonio Carlos. *Op. cit.*, p. 246.

²⁶ HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean-Noël. *Op. cit.* p. 72.

²⁷ PETROIANU, Andy. *Ética, Moral e Deontologia Médicas*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2000, p. 252.

disciplina essas referidas atividades e que, por sua vez, é informado por esses mesmos valores. Observa-se que, apesar de todo o conjunto de fatores que formam a cultura de uma sociedade informarem o Direito, é ele que tem a força coercitiva necessária para ditar as leis, o que efetivamente vai obrigar ou impedir determinados comportamentos.

No que respeita a este tópico, a nossa sociedade elegeu o *princípio da dignidade da pessoa humana* como um dos principais e, segundo penso, o principal valor, como valor basilar e do qual todos os demais valores decorrem.

Consiste em um princípio cristão²⁸, que informa todo o nosso ordenamento jurídico, haja vista que está positivado já no artigo 1º de nossa Constituição como um dos fundamentos da República, pois a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a soberania, a cidadania, *a dignidade da pessoa humana* (grifamos), os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político.

Trata-se de norma constitucional de eficácia plena na lição de Meirelles Teixeira²⁹, ou seja, produz, desde o momento de sua promulgação, todos os efeitos essenciais, todos os objetivos especialmente visados pelo legislador constituinte e incide direta e imediatamente, de modo pleno, sobre a matéria que lhe constitui objeto (comportamentos, situações, interesses, organizações etc.).

Isto significa que toda a legislação pátria está submetida a esses fundamentos, porquanto a todo o nosso ordenamento jurídico eles se aplicam, incluindo todas as outras normas constitucionais e infraconstitucionais, de modo que nada que fira ou avilte a *dignidade da pessoa humana* é acolhido em nosso ordenamento jurídico.

O artigo 5º do texto constitucional determina que todos são iguais perante a lei e garante a inviolabilidade do direito à vida, a liberdade, a igualdade, a segurança, aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País.

²⁸ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 4ª Ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2003, p. 193.

²⁹ MEIRELLES TEIXEIRA, *Curso de Direito Constitucional Organizado e atualizado por Maria Garcia*, Rio de Janeiro, 1991, 1ª Ed., p. 317.

Observa-se que tanto a República, quanto a Democracia são originadas no princípio da *Igualdade*, que por sua vez, origina o princípio da *Liberdade*, visto que não há hierarquia entre iguais, não é lícito que uma pessoa humana seja proprietária de outra pessoa humana.

Ora, não é possível falar em garantir a inviolabilidade do direito à vida, em *Liberdade* e em *Igualdade* sem se pensar em *dignidade da pessoa humana*. Todos estes valores decorrem de se admitir a *dignidade da pessoa humana* como valor principal e basilar.

A sustentar este entendimento, mencionamos a seguinte exposição de Humberto Ávila³⁰: “Como se vê, os princípios são normas imediatamente finalísticas. Eles estabelecem um fim a ser atingido. Como bem define Ota Weinberger, um fim é idéia que exprime uma orientação prática. Elemento constitutivo do fim é a fixação de um *conteúdo* como pretendido”.

Consiste a *dignidade da pessoa humana* em princípio absoluto e neste sentido, entende-se que a pessoa humana é um *minimum* invulnerável que deve ser assegurado por todo estatuto jurídico, pois ainda que se opte, em determinada situação, pelo valor coletivo, essa opção não poderá *nunca* sacrificar ou ferir o valor da pessoa humana³¹.

5. Eutanásia e ortotanásia.

O artigo 2º do Código Civil determina que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, *desde a concepção* (grifamos), os direitos do nascituro”.

Trata-se de direito indisponível o direito à vida e, trata-se, outrossim, de direito indisponível o direito ao próprio corpo e aos órgãos que o integram. Isto significa dizer que cada pessoa humana tem direito à sua integridade física em sua totalidade e isto consiste no direito aos seus próprios órgãos e *somente* a eles, ou seja, ninguém é obrigado a ser doador de órgãos no direito positivo brasileiro, sendo a sua condição de saúde irrelevante para que este direito exista, basta apenas que essa pessoa tenha nascido com vida, embora a

³⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 79.

³¹ SANTOS, Fernando Ferreira. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 94.

lei ponha a salvo os direitos do nascituro desde a concepção (art. 2º do Código Civil), consoante nosso entendimento.

Depreende-se do referido artigo que é constitucionalmente garantida a *dignidade da pessoa humana* desde a sua concepção, segundo nosso entendimento, pois desde a concepção até o nascimento com vida terá de ser protegido e preservado o ser em formação e desenvolvimento, que tem o seu patrimônio genético (genoma) de ser humano, para que possa nascer com vida, segundo nossa compreensão.

Em seu artigo 11, o Código Civil prescreve que “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

Cuida este artigo de direitos indisponíveis que todas as pessoas humanas possuem e que são tutelados pelo direito pátrio.

O artigo 6º do mesmo código determina que “a existência da pessoa natural termina com a morte”, mas verificamos que as suas determinações feitas em vida, bem como a preservação de sua memória, são protegidas pelo Direito, pois o Código Civil consagra o testamento como forma de disposição de bens de uma pessoa para depois de sua morte e o Código Penal prescreve um capítulo que cuida “Dos Crimes Contra o Respeito aos Mortos”.

Do que foi até aqui exposto, depreende-se que o direito positivo brasileiro protege e disciplina a pessoa humana durante toda a sua vida, desde a sua concepção, e mesmo após a sua morte e o faz de modo a garantir a sua *dignidade*, segundo penso.

Este estudo diz respeito à fase final da vida, ou seja, à *terminalidade da vida*, fase delicada em que a pessoa está vulnerável e necessita de cuidados especiais. Aqui nos referimos aos chamados pacientes terminais, que *juridicamente são pessoas humanas na condição de pacientes na fase terminal de suas vidas*.

Nesses casos, algumas vezes aventa-se a idéia de *eutanásia*. Sabe-se que é uma fase difícil para o paciente e para seus circunstantes, familiares, amigos e conhecidos. É uma fase associada à idéia de sofrimento e de dor. Aí surge o sentimento de perda, de derrota, de injustiça. Por quê prolongar tudo isso?

Qual a necessidade, qual o benefício de se prolongar esta situação? A prática da *eutanásia* não seria a melhor solução?

Temos a certeza de que a resposta a esta última indagação é negativa.

A Parte Especial do Código Penal, no Título I, que trata dos crimes contra a pessoa, no Capítulo I que trata dos crimes contra a vida, dispõe em seu artigo 121 que “matar alguém” constitui o crime de homicídio.

Significa que nem o médico, nem uma terceira pessoa poderá causar a *morte* de uma outra pessoa, mesmo que seja um paciente em fase terminal, pois cometerá o crime de homicídio, ou seja, a *eutanásia é crime* de acordo com a nossa legislação.

Entendemos ser correta a opção do legislador pátrio em tipificar a conduta como criminosa. Em uma ocasião assim, deve-se antes de tudo, adotar uma postura racional em relação à situação.

Deve-se ter em mente, nesses casos, o que se denomina *argumento do declive escorregadio* (“*slippery slope*”), corrente em *bioética*, embora não pertença exclusivamente a ela. Bem, o argumento do *declive escorregadio* (ou *posição escorregadia*) é encontrado sobretudo nos debates referentes à *eutanásia* e ao *eugenismo*³².

Qualquer descriminalização ou despenalização oficial, ainda que muito restritiva, da *eutanásia*, no que concerne a situações excepcionais, poderá ocasionar, segundo o argumento do *declive escorregadio*, rapidamente a generalização e o abuso da prática da *eutanásia*, principalmente por motivos psicológicos: altruístas (compaixão) ou não (vingança, ódio, torpeza), ou então por motivos econômicos³³.

Há, todavia, nos casos concretos, ou seja, na prática médica, a necessidade de se determinar a partir de que momento não há mais a possibilidade de cura, nem de controle da doença (há doenças que não têm cura atualmente, mas têm controle, como por exemplo: hipertensão arterial essencial e diabetes *mellitus*), a partir de que momento a vida daquela pessoa começa a chegar ao fim, a partir de que momento nenhum tratamento é eficaz para aquele

³² HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean-Noël. *Op. cit.*, p. 211.

³³ HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean-Noël. *Op. cit.*, p. 211.

paciente, isto é, não há mais a possibilidade de reverter o quadro clínico. Trata-se, nesses casos, de um paciente em fase terminal.

Atualmente o entendimento do Conselho Federal de Medicina (CFM) é de que a partir desta fase, o paciente deve receber os chamados “cuidados paliativos”, que consistem em medicação para aliviar os sinais e sintomas da doença e o principal deles, na maioria dos casos, é a dor.

Esta conduta médica consiste na *ortotanásia*, que leva em conta os limites do ser humano, é a compreensão de que a morte é um processo, de que não se trata de uma derrota, mas do fim de um ciclo.

Chega um momento, porém, em que o processo de morte está concluído. Atualmente é aceito pelo CFM que este momento ocorre quando acontece a *morte encefálica* do paciente.

A Resolução do CFM nº 1480 de 08 de agosto de 1997, determina que ‘a *morte encefálica* será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias’ (art. 1º) e que “os dados clínicos e complementares observados quando da caracterização da *morte encefálica* deverão ser registrados no ‘termo de declaração de morte encefálica’ anexo a esta resolução” (art. 2º).

Estabelece, outrossim, em seu artigo 3º, a mencionada Resolução, que “a *morte encefálica* deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida”.

Todos os procedimentos acima referidos devem ser observados nos casos de *morte encefálica*, para que o médico, ou a equipe médica, que assiste o paciente, não corram o risco de serem acusados de haverem atuado com imprudência, negligência ou imperícia (art. 18), ou de haverem cometido o crime de omissão de socorro (art. 135), ou então, de haverem cometido o mais grave delito, que é o homicídio (art. 121), todos tipificados no Código Penal.

Entretanto, outras implicações existem, tais como os custos emocionais e econômicos para os familiares e não raras vezes custos econômicos para o Estado. Tanto umas, quanto outras, constituem matéria ampla e de importância suficiente para merecerem um estudo de cada uma delas, de modo que não as discutiremos neste estudo.

6. Doação de órgãos.

A importância de se saber com certeza se houve ou não a ocorrência do óbito é clara e evidente: é a diferença entre a vida e a morte de uma pessoa. Todavia, em alguns casos específicos, pode representar a diferença entre a vida e a possibilidade de sobrevivência de outra ou de outras pessoas.

Estamos nos referindo às pessoas portadoras de doenças incuráveis em face dos conhecimentos médicos atuais e *sem condições de sobrevivência* com os meios de tratamento convencionais disponíveis hodiernamente, cuja única opção de tratamento é o *transplante de órgãos*. A exceção é o transplante de córneas, em que a vida do receptor não depende do sucesso do transplante, mas a qualidade de vida depende.

Explicamos a afirmação feita acima: o transplante de órgãos não é um fim em si mesmo, mas um meio de tratamento e existe a possibilidade de ele ser bem sucedido ou não. Por este motivo são feitos os transplantes em que há a maior probabilidade de sucesso.

Existem três situações legalmente disciplinadas pela lei 9434 de 4 de fevereiro de 1997 no que respeita à doação e remoção de órgãos, a saber: 1) doação de órgãos *inter vivos* em que o doador faz a doação do órgão e a remoção desse órgão é feita enquanto ele está vivo e existem as doações *post mortem*, em que 2) o doador manifesta, em vida, a sua vontade de doar seus órgãos após a sua morte ou 3) os familiares de uma pessoa fazem a doação dos órgãos dela após a sua morte.

No caso da doação *inter vivos*, existem algumas restrições previstas na lei 9434 de 4 de fevereiro de 1997, regulamentada pelo decreto 2268 de 30 de junho de 1997.

Em seu artigo 9º, o referido diploma legal determina que “é permitido à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos ou partes do próprio corpo vivo para fins de transplante ou terapêuticos”.

Em seu parágrafo 3º, o mesmo artigo dispõe que “só é permitida a doação referida neste artigo quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de

continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável e corresponda à uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora”.

No que se refere à doação de órgãos *post mortem*, o artigo 4º da indigitada lei estabelece que “salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta lei presume-se autorizada a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para finalidade de transplantes ou terapêutica *post mortem*”.

Uma vez que se trata de direito indisponível o direito à vida e à integridade do próprio corpo e isto vale *erga omnes* (contra todos) *ninguém tem direito aos órgãos de terceiros* de acordo com o direito positivo brasileiro, sendo irrelevante a sua condição de saúde para que se constate a ausência de direitos sobre órgãos de terceiros, conforme nosso entender.

O que existe segundo o direito pátrio, para as pessoas humanas com doenças cuja única opção terapêutica é o transplante, é a *expectativa de um direito*, desde que cumpridas as determinações estabelecidas em lei, para que, após cumpridos os requisitos legalmente estabelecidos, essas pessoas humanas tenham direito e conseqüentemente acesso a um transplante de um órgão de uma outra pessoa humana, segundo pensamos.

As condições estão estabelecidas na Lei 9434 de 4 de fevereiro de 1997 e no Decreto 2268 de 30 de junho de 1997 que a regulamenta.

Além das disposições referentes à pessoa doadora, devem ser cumpridas as disposições referentes à pessoa receptora, tais como: deve estar inscrita na lista única do Sistema Nacional de Transplantes – SNT – que gerencia esta lista única nacional de receptores, com todas as indicações necessárias à busca desses órgãos e tecidos e que autoriza estabelecimentos de saúde e equipes especializadas a promover retiradas, transplantes ou enxertos de tecidos, órgãos e partes (artigos 2º, 3º, 4º do Decreto 2268 de 1997).

7. Bibliografia.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BASTOS, Antonio Francisco; PALHARES, Fortunato A. B.; MONTEIRO, Antonio Carlos C., Coordenadores. *Medicina Legal Para Não Legistas*. São Paulo: Copola Editora, 1998.

BLAKISTON. *Dicionário Médico*. 2ª Ed. São Paulo: Organização Andrei Editora Ltda.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Portugal, Coimbra: Almedina, 1993.

COMPARATO, Fabio Konder. *Ética, Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COUTINHO, Léo Meyer. *Código de Ética Médica Comentado*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. 2ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida – Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 4ª Ed. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2003.

FRANÇA, Genival Veloso. *Comentários ao Código de Ética Médica*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara Koogan, 2006.

GARCIA, Maria. *Limites da Ciência, A Dignidade da Pessoa Humana, A Ética da Responsabilidade*. São Paulo: RT, 2004.

HART, H. L. A. *Direito, Liberdade, Moralidade*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean-Noël. *Nova Enciclopédia da Bioética*. Tradução Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003.

HUMPHRY, Derek. *Dying With Dignity*. USA: St. Martin's Paperbacks Edition, 1993.

MEDICINA CONSELHO FEDERAL, Ano XXI, Nº 160, Julho/Agosto/Setembro/2006.

MEIRELLES TEIXEIRA, J. H. *Curso de Direito Constitucional*. Organizado e atualizado por Maria Garcia da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária Ltda., 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1ª Ed. 2ª Tiragem. Brasília: Ed. Brasília Jurídica Ltda., 2002.

MOURA, Elizabeth Maria. *O Devido Processo Legal na Constituição Brasileira de 1988 e o Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 13ª Ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

PESSINI, Léo. *Eutanásia. Por que abreviar a vida?* São Paulo: Edições Loyola, 2004.

PETROIANU, Andy. *Ética, Moral e Deontologia Médicas*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan S. A.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SANTOS, Fernando Ferreira. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade Médica Civil, Criminal e Ética*. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SGRECIA, Elio. *Manual de Bioética. Fundamentos e Ética Biomédica*. Tradução de Orlando Soares Moreira. São Paulo: Edições Loyola.

SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual À Constituição*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

URBAN, Cícero de Andrade. *Bioética Clínica*. Rio de Janeiro: Revinter, 2003.

VARGA, Andrew C. *Problemas de Bioética*. Traduzido por Pe. Guido Edgard Wenzel, S. J. Rio Grande do Sul, 1990.

Elizabeth Maria de Moura é Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP, Médica e Advogada.