



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO**

JOÃO JERÔNIMO JÚNIOR

**A MORTE ENCEFÁLICA
E OS TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS HUMANOS: UMA ABORDAGEM
ÉTICO-JURÍDICA**

CAMPINA GRANDE – PB

2014

JOÃO JERÔNIMO JÚNIOR

**A MORTE ENCEFÁLICA
E OS TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS HUMANOS: UMA ABORDAGEM
ÉTICO-JURÍDICA**

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba – Campus I, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador Prof. Dr.: Marconi do Ó Catão

CAMPINA GRANDE – PB

2014

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

J56m Jerônimo Júnior, João
A morte encefálica e os transplantes de órgãos humanos
[manuscrito] : uma abordagem ético-jurídica / João Jerônimo
Junior. - 2014.
73 p.

Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas,
2014.
"Orientação: Prof. Dr. Marconi do Ó Catão, Departamento de
Direito Privado".

1. Ética Jurídica. 2. Morte encefálica. 3. Princípios
bioéticos. I. Título.


21. ed. CDD 340.112


JOÃO JERÔNIMO JÚNIOR


**A MORTE ENCEFÁLICA
E OS TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS HUMANOS: UMA ABORDAGEM
ÉTICO-JURÍDICA**

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba – Campus I, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em 01/07/2014.


Prof. Dr. Marconi do Ó Catão / UEPB
Orientador


Prof. Plínio Nunes Souza/ Unesc
Examinador


Prof. Me. Rodrigo Rabello / Cesrei Faculdade
Examinador

RESUMO

Com o desenvolvimento científico da medicina, surgiram novas técnicas cirúrgicas, refinamento dos instrumentos e avanços no combate à rejeição, inaugurando uma nova etapa histórica: a era das transplantações. Contudo, o tradicional conceito de morte não era suficiente para autorizar a extração de órgãos para transplante e tratamento, devido às técnicas de ressuscitação cardiorrespiratória e também pela ausência de leis que disciplinassem esse procedimento. Por causa desses obstáculos, foi construído um novo conceito de morte, tendo como parâmetro o fim da atividade encefálica. Surgia assim a morte encefálica. Esse critério médico-legal foi produzido em tempo recorde, e teve como elemento indissociável os interesses transplantistas; inclusive as legislações ao redor do mundo, num geral, permitiram os transplantes com base na morte encefálica, embora esta não atendesse aos interesses do paciente comatoso, nem demonstrasse com respaldo científico a validade do novo padrão de morte. O método adotado foi o descritivo-analítico, com levantamento bibliográfico de artigos científicos, legislações e doutrinas especializadas no assunto. Percebe-se que o conflito de interesses junto ao leito de pacientes, o uso do teste da apnéia como – elemento integrante do protocolo morte encefálica – , a confusão entre diagnóstico e prognóstico, o tráfico de órgãos e a não aplicação da hipotermia terapêutica induzida em pacientes com indicação para receber este cuidado, tornam o assunto mais polêmico e cada vez mais distante dos princípios bioéticos e do respaldo constitucional, tendo como ápice o direito à vida.

Palavras-chave: transplantes de órgãos, morte encefálica, teste da apnéia, hipotermia terapêutica, princípios bioéticos.

ABSTRACT

With the scientific development of medicine, new surgical techniques, refinement of instruments and advances in combating rejection emerged, ushering in a new historical era: the era of transplants. However, the traditional concept of death was not sufficient to authorize the removal of organs for transplantation and treatment due to the techniques of cardiopulmonary resuscitation and also by the absence of laws disciplinasse this procedure. Because of these obstacles, we built a new concept of death, having as parameter the end of brain activity. Thus appeared to brain death. This medical-legal criterion was produced in record time, and had as the inseparable part transplantistas interests; including laws around the world, in general, allowed transplants based on brain death, although this did not meet the interests of the comatose patient, or demonstrate with scientific support the validity of the new pattern of death. The method used was a descriptive-analytical, with bibliographic scientific articles, laws and doctrines specialized in the subject. One realizes that the conflict of interest at the bedside of patients, the use of the test as sleep apnea - an integral element of the brain death protocol - the confusion between diagnosis and prognosis, organ trafficking and the non-application of therapeutic hypothermia induced in patients indicated to receive this care, make it more controversial and increasingly distant from the bioethical principles and constitutional support, with the apex of the right to life.

Keywords: organ transplantation, brain death, apnea testing, therapeutic hypothermia, bioethical principles.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO 1 – SOBRE A MORTE.....	11
1.1 Considerações gerais	11
1.2 Importância do conceito de morte para o direito e a medicina.....	12
1.3 Dos Direitos da Personalidade.....	15
1.4 Momento da morte, morte aparente e inumação precoce	21
1.5 Morte biológica, morte clínica e morte encefálica	22
CAPÍTULO 2 – A MORTE ENCEFÁLICA E SUAS IMPLICAÇÕES ÉTICO- JURIDICAS.....	25
2.1 Conceito.....	25
2.2 Breve histórico.....	27
2.3 Conflito de interesses	33
2.4 Erro médico e morte encefálica – repercussão legal e ético-profissional.....	38
2.5 Diagnóstico da morte encefálica.....	42
2.5.1 Teste da apnéia	43
2.6 Hipotermia terapêutica	48
CAPÍTULO 3 – OUTRAS QUESTÕES SOBRE A MORTE ENCEFÁLICA E ASPECTOS LEGAIS	52
3.1 Generalidades	52
3.2 Responsabilidade jurídica nos transplantes de órgãos.....	52
3.3 Ética, Bioética, Biodireito e princípio da dignidade humana	56
3.4 O problema do tráfico de órgãos	57
CONSIDERAÇÕES FINAIS	64
REFERÊNCIAS	66
ANEXO	69

INTRODUÇÃO

Com a evolução da ciência, tivemos uma modificação do conceito de morte e conseqüentemente uma repercussão médico-legal bastante significativa, pois anteriormente tínhamos a parada cardiorrespiratória como critério válido para indicação do momento da morte, sendo chamada de morte clínica. Em seguida, houve a descoberta da técnica da reanimação, que tornou possível o retorno das funções vitais de uma pessoa que tivesse sofrido uma parada cardiorrespiratória, de modo que, restava a necessidade de construir um novo conceito de morte, logicamente baseado em rigorosos critérios científicos. Era imperioso um novo parâmetro.

Surgiu então a (ME) morte encefálica como referencial científico para indicar a morte. Entende-se por morte encefálica, a parada total e irreversível das funções encefálicas, podendo ocorrer tanto a diminuição quanto o bloqueio da passagem de sangue que transporta oxigênio e nutrientes para as células, comprometendo irreversivelmente o cérebro, levando à paralisação de suas funções e conseqüentemente, à morte.

Esses estudos evoluíram com o tempo e, atualmente, a morte encefálica é considerada não apenas um conceito, mas também um critério médico-legal para atestar o óbito. Mas a edificação deste critério se deu concorrentemente à evolução médica na área dos transplantes de órgãos e tecidos humanos. Coincidência ou não, o que de fato prosperou foi a possibilidade da extração de órgãos e tecidos para fins terapêuticos, o que levanta dúvidas sobre o rigor científico empregado neste processo.

De acordo com a nossa lei, só poderá haver licitude na transplantação de órgãos e tecidos se antes o paciente for devidamente diagnosticado com morte encefálica, exauridas todas as possibilidades na busca de salvá-lo e a autorização da família da vítima em doar os órgãos seja confirmada. É o que dispõe os artigos 3º e 4º da Lei nº 9.434/97, que trata sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplantes e tratamento e dá outras providências.

Este trabalho tem como objetivo esclarecer o significado técnico da morte encefálica, bem como analisar os aspectos éticos e jurídicos relacionados com o critério formal da morte encefálica, pois é por meio deste procedimento que é possível a transplantação de órgãos e tecidos humanos.

Com efeito, é relevante a compreensão adequada do momento determinativo da morte, analisando a legalidade da doação de órgãos e tecidos, verificando até que ponto

é indispensável a interferência estatal em tais casos, devido à magnitude jurídica da vida enquanto direito assegurado constitucionalmente.

Desse modo, neste texto a morte será abordada sob os **aspectos ético e médico-legal**, sendo que tentar conceituar o processo que põe fim à existência humana é tarefa complexa, pois sempre surgirão divagações de cunho subjetivo, que variam de pessoa para pessoa, dificultando significativamente a construção de um conceito universal, onde tanto o Biodireito quanto a Bioética surgem como ramos da ciência que colaboraram com essa temática. Logo, é indispensável uma análise ética e jurídica da morte.

Nesse contexto, ressaltamos que aspectos religiosos ou metafísicos, são oportunos quando se pretende estudar assuntos relacionados à ‘medicina de fronteira’, isto é, sobre o início e o fim da vida, ainda mais quando se trata de um tema tão relevante a ser explorado como este, porém o rigor científico e a delimitação do campo de pesquisa terminaram por afastá-los desta obra.

O método de procedimento utilizado foi o descritivo-analítico, tendo sido realizado um levantamento bibliográfico a partir de legislações, doutrinas pertinentes ao tema, bem como por intermédio de artigos publicados em periódicos científicos especializados no assunto, sempre visando agregar conhecimento.

A justificativa para a escolha deste tema é que, além de atual, – visto que a evolução científica nas áreas médica e jurídica são constantes – a vida é sem dúvida o maior bem existente em qualquer ordenamento jurídico.

Baseado no direito à vida, à integridade física, à saúde, passando pelos direitos de personalidade e alguns outros princípios constitucionais de igual envergadura, fica latente a necessidade de mostrar os atuais critérios indicativos da ME e, sempre que possível, recomendar modificações tanto nas legislações, como nas técnicas empregadas para a indicação do momento da morte, principalmente as que apontam a ME como diagnóstico e que possam servir como evento legitimador para a autorização de transplantes de órgãos e tecidos humanos.

O rigor no diagnóstico da ME deve ser um norte, seguindo os princípios éticos da profissão, devendo o Estado intervir para assegurar o cumprimento das exigências legais, e nos casos de descumprimento, aplicar as sanções cabíveis. Vale ressaltar que cabe a este último a tarefa de esclarecer para a população o que significa a prática da doação de órgãos, como meio de oferecer às pessoas doentes uma oportunidade a mais

na luta pela vida, quando o transplante seja a última e única alternativa disponível, assim como combater o grave problema do tráfico de órgãos.

Por fim é importante frisar que a eutanásia é indevidamente confundida com ME, mas que na verdade esta última se resume em indicar, de acordo com critérios científicos, se o indivíduo está vivo ou não.

CAPÍTULO 1 – SOBRE A MORTE

1.1 Considerações gerais

Etimologicamente, a palavra morte origina-se do latim *mors, mortis, de mori* (morrer) e em seu sentido mais elementar a morte significa a cessação da vida. (SILVA, 2005)

É uma etapa natural da vida de todo ser humano. Uma vez nascemos e já somos candidatos a mais cedo ou mais tarde deixar o mundo dos vivos. Quantas vezes pensamos no seu significado e amplitude? Quantas vezes nos indagamos sobre o que vem após a morte? Tememos esse momento e fugimos da morte como se pudéssemos evitá-la? Tudo isso é tão inevitável que Cristo, em uma de suas falas, disse o seguinte: “Qual de vós, por ansioso que esteja, pode acrescentar um côvado ao curso da sua vida?”. (Mt 6: 27)

Em obra dedicada a este tema, Arthur Schopenhauer (2004, p. 37) fez diversas considerações sobre a morte. Este autor acreditava que reconhecendo o próprio fim ao qual todos estamos destinados, o homem deveria dominar este temor inato; continuando explica que o medo é um apego cego e desmedido pela vida, sendo o próprio instinto de sobrevivência como manifestação de uma das vontades mais fortes e intrínsecas a todo ser humano. Em outras palavras, é uma vontade tão intensa que por vezes negar ou fugir desta verdade parece ser a única arma que temos, porém impotente perante tal inimigo. Afirma ainda Schopenhauer que, de fato, são apenas as cabeças pequenas e limitadas que temem seriamente na morte a destruição total do ser: dos espíritos verdadeiramente privilegiados tal medo fica completamente afastado.

A morte é um evento da vida e deve ser vista com naturalidade. Geralmente quem a enfrenta com serenidade, assim o faz porque possui em sua consciência uma fé inabalável, como maior aliada nessa dura jornada que termina com a destruição orgânica de cada ser. Essas pessoas vislumbram que após a morte existe algo mais, não se contentando com a idéia de que tudo termina de forma trágica sem nenhum fundamento ou propósito divino, pois vêem a própria vida como criação de um ser superior.

De forma diversa, os cétricos compreendem que a morte representa a cessação das atividades vitais do corpo, sobremaneira as cerebrais, onde a perda da consciência é

o ponto culminante nesse processo; em suma, ficam alheios as questões de ordem sobrenatural que possam porventura existir.

Cientificamente, a morte é tratada pela *tanatologia*, que busca, dentre outros aspectos identificar o cadáver, apontar a causa da morte, bem como verificar se o evento ocorreu por acidente, suicídio, homicídio ou morte natural. A palavra tanatologia provém

[...] do grego *thanatos* (morte) e *logos* (ciência), exprime a soma de conhecimentos científicos relativos à morte. É matéria que compõe ramo da Medicina Legal, que trata, especificamente, da morte e de tudo que se relaciona com os cadáveres, sob o ponto de vista médico-legal. (SILVA, 2005, p. 1361)

Como bem mencionado pela professora¹ Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, (1998, p. 1), “a morte é um fato da vida e não seu último momento. Morremos desde o nascimento, o final está presente desde o princípio. Ela é incomparável”.

Para o prof. Catão (2004, p. 218), a morte é “a cessação total e definitiva das funções autoconservadoras, renovadoras e multiplicadoras da matéria orgânica, que perde, assim, as suas propriedades vitais”. Podemos também entender que vida é a capacidade que o nosso corpo possui de, por si só, permanecer vivo. A manutenção do corpo de forma artificial, como o próprio nome já sugere, não expressa a essência básica do homem nem traduz o sentido da vida. Daí a importância do estudo referente às novas técnicas de manutenção artificial por meio da ajuda de aparelhos, bem como os **direitos de personalidade** que se fundamentam pela **vida de relação**, pela **autodeterminação**, pela **consciência** e também pela **manifestação de vontade**.

Enfim, a nossa natureza é falível, perecemos dia após dia. É nada mais que o resultado da ação do tempo sobre o indivíduo.

1.2 Importância do conceito de morte para o direito e a medicina

O nosso ordenamento jurídico precisa oferecer respostas aos inúmeros casos que surgem a cada dia, das mais variadas circunstâncias, como forma de proporcionar segurança jurídica.

¹ Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Penal, Doutora em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Livre-docente em Direito Penal pela USP. É ainda Professora Regente colaboradora de Medicina Legal da USP.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro em seu art. 4º dispõe que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Assim, essas são fontes secundárias do direito, conseqüentemente não gozam do mesmo *status* como a lei, significando que determinadas matérias não podem deixar de ter uma normatização satisfatória, sendo necessária uma lei que as disciplinem, o que não é o caso deste bem jurídico ora em comento, a saber, a vida e seus desdobramentos, incluindo-se a dignidade da pessoa humana.

Como se percebe, é fundamental a normatização do evento morte para o direito, devendo também a lei conter critérios que indiquem o momento da morte. Nesse sentido, vale ressaltar que não cabe ao direito precisar este momento, mas sim à medicina, que no nosso país é exteriorizada por intermédio do Conselho Federal de Medicina. Na verdade, estes critérios determinativos da morte são emprestados ao direito pelas ciências médicas. Neste contexto, temos a lição do professor Catão (2004, p. 220)

[...]na legislação pátria, inexistem critérios legais para a determinação da morte, pois deles não se ocupa o Código Penal ao simplesmente descrever a ação típica do homicídio em seu art. 121, *caput*: “Matar alguém”. Já o Código de Processo Penal, art. 162, apenas se limita a dispor que a autópsia seja feita pelo menos seis horas depois do óbito, mas não define quais são os critérios para se determinar a morte. O novo Código Civil também não o faz, afirmando, tão-somente, em seu art. 6º, que a pessoa natural termina com a morte. Entretanto, a Lei nº 9.434/97 define como critério a morte encefálica, estabelecendo que o Conselho Federal de Medicina determinará quais são os elementos para a caracterização da morte[...]

Em sentido semelhante, Santos (1998, p. 3) afirma que

Em **Hermenêutica Jurídica** o conceito de morte é um **conceito aberto**, assim considerado porque seus elementos constitutivos são dados pela ciência médica, mas sua interpretação é jurídica. [...] Assim sendo, o Direito não define o que seja a morte, nem o que seja a vida.

Interessa para o ordenamento jurídico construir a proteção legal não só para resguardar a vida, direito fundamental de todo ser humano, mas também para tutelar direitos que surgem com a morte de uma pessoa. O respeito aos mortos é, por exemplo, um direito reconhecido e protegido pelo Estado, as questões patrimoniais no âmbito do direito das sucessões também são reguladas pela nossa lei e interessam ao direito enquanto arbitrador da vida em sociedade. Nas palavras de Daisy Gogliano (1993, p. 1), temos a seguinte assertiva:

A personalidade termina com a morte. Extinguindo-se a personalidade não há que se falar de pessoa e sujeito de direitos. Em respeito à dignidade humana,

o cadáver, o corpo humano inanimado é protegido pelo direito e não pode ser objeto de relações de direito privado patrimoniais, por ser *res extra commercium*, por conservar a memória da pessoa viva e envolver relações de família. A morte interessa para o direito para efeitos sucessórios, importando, portanto, o momento da morte na determinação de efeitos jurídicos.

A morte é um evento da vida. Se o direito protege a vida, logicamente protege direitos advindos da morte. Enquanto vivos, somos considerados, juridicamente, como pessoas; após a morte, somos cadáveres. Interessante que tanto a **pessoa** quanto o **cadáver** recebem proteção legal, e isso em virtude dos direitos de personalidade. Então, mesmo morto o corpo, continua o direito a dispensar inúmeros cuidados com o *de cuius*, quer de ordem material, quer de ordem imaterial, como maneira de preservá-lo contra abusos físicos ou ameaças a valores morais.

A verdade é que a lei reconhece a existência de aspectos éticos e religiosos que circundam a vida e a morte, tornando obrigatório o respeito por nossos semelhantes, vivos ou não. O que não podemos deixar de mencionar é que a proteção conferida à pessoa é bem mais impositiva e vasta se comparada à tutela jurídica sobre o cadáver. O tratamento é diferente, até por que é na vida que encontramos a gênese e a lógica de todo o sistema jurídico. Isso não significa que o corpo morto não possua significado perante a lei. Logo, urge esclarecer que o rol e a magnitude de direitos que uma pessoa possui, no que diz respeito às normas positivadas, são infinitamente maiores que os direitos que envolvem o cadáver.

Destarte, a morte põe fim a existência de uma pessoa. Interessante que do mesmo modo do Registro de Nascimento, a Certidão de Óbito é obrigatória, não podendo haver sepultamento sem que haja sido lavrada tal certidão, é o que reza a Lei nº 6.015/73, em seu art. 77². A morte traz inúmeras repercussões de ordem jurídica, devendo sempre haver a **produção documental** sobre certos eventos, pois repercutem de forma imediata perante a lei.

Podemos afirmar que o direito surge como instrumento humano capaz de regular a vida em sociedade, comprometido a proteger as pessoas de uma série de conflitos e perturbações cotidianas, zelando pela vida e pelos direitos de seus titulares, dentre outros desafios. O evento morte vem justamente por um fim a esse empenho jurídico no que se refere à tarefa indelegável do Estado de tutelar a vida, enquanto princípio

² Lei nº 6.015/73, art. 77: “Nenhum sepultamento será feito sem certidão do oficial do registro do lugar do falecimento, extraída após a lavratura do assento de óbito, em vista do atestado de médico, se houver no lugar, ou em caso contrário, de duas pessoas qualificadas que tiverem presenciado ou verificado a morte”.

constitucionalmente assegurado, restando apenas o respeito e proteção aos mortos, assim previsto em lei.

Para a **medicina** a morte é um fenômeno a ser estudado de forma contínua; incessante. Por ser a “ciência da vida”, esta tem como missão conhecer o corpo humano, assim como identificar se o mesmo encontra-se vivo ou não. Significa que a medicina busca sempre preservar a vida; luta pela vida, mas quando esta busca não logra êxito a etapa seguinte é **indicar a morte, no aspecto técnico, e identificar as causas que lhe deram origem.**

Cabe a esta ciência buscar meios cada vez mais eficazes de prolongar a vida, adotar tratamentos que ofereçam maior percentagem de êxito, precisar os diagnósticos, aperfeiçoar o atendimento nos casos de urgência, descobrir novas vacinas e medicamentos capazes de fazer frente a inúmeras doenças que põe em risco a saúde, tudo isso com mais acerto, sucesso e dignidade. Não há como negar a dificuldade de por em prática todas essas metas, porém com o avanço da ciência já tivemos muitos progressos. De fato o cenário é revolucionário.

Quando a morte sobrevém temos talvez o momento mais frustrante para médicos, enfermeiros e demais envolvidos na belíssima profissão que tem como meta maior salvar vidas e restaurar a saúde daqueles que se encontram enfermos. A sensação de perda é sem dúvida um incomodo muito grande, mesmo para aqueles que estão habituados a presenciar tal cena no seu ambiente de trabalho.

A importância para a medicina em conhecer o momento da morte e as suas causas, **reside em firmar um atestado de óbito ou uma declaração de óbito** e suprir as necessidades de ordem médica e jurídica que irão surgir. É com a certeza do falecimento que se dão por findas as tentativas de salvar a vida de uma pessoa, bem como se consolidam os efeitos jurídicos decorrentes de seu falecimento. Deve ser esclarecida a causa jurídica do óbito, que pode ser homicídio, suicídio, acidente ou morte natural. (SANTOS, 1998, p. 2)

1.3 Dos Direitos da Personalidade

Por personalidade entende-se como o conjunto de atributos que uma pessoa possui; atributos de natureza pessoal, que singularizam um indivíduo dentre os seus semelhantes. Na lúcida definição de personalidade, extraída de Silva (2005, p. 1035), temos que a etimologia da palavra provém

do latim *personalitas*, de *persona* (pessoa), quer propriamente significar o conjunto de elementos, que se mostram próprios ou inerentes à pessoa, formando ou *constituindo* um *individuo* que, em tudo, morfológica, fisiológica e psicologicamente se diferencia de qualquer outro.

A personalidade é algo de especial que possuímos, lembrando que esse atributo nos individualiza, diferenciando a nossa pessoa dos demais.

De fato, o conceito de personalidade foi formado ao longo do tempo, trazendo em seu bojo uma análise multidisciplinar, onde a filosofia, a medicina, a ética, o direito, a religião etc, tiveram bastante contribuição para a edificação do que hoje temos como conceito bem posto, porém não acabado.

Antigamente, os indivíduos não eram, em sua totalidade, reconhecidos como **pessoas**. Em Roma, por exemplo, os escravos eram considerados bens materiais e podiam ser comercializados como se fossem coisas (*res*). Viviam, portanto, à margem da proteção jurídica conferida aos cidadãos romanos, possuidores de três status que os diferenciava dos demais, quais sejam: *o status familiae, o status civitatis e o status libertatis* (CATÃO, 2004). A comunhão desses três status conferia plena capacidade jurídica ao indivíduo de acordo com a lei romana³.

Na Grécia, de forma diversa, o escravo não era considerado uma coisa, mas uma pessoa, sendo socialmente reprováveis os maus-tratos aos mesmos e reprimida a sua morte, podendo construir família e serem-lhe confiadas terras ou comércio (CATÃO, 2004, p. 94)

Com o desenvolvimento do respeito entre os homens, notadamente na cultura helênica, surge uma necessidade de consolidar no seio social os direitos do homem, reconhecendo o seu espaço e dignidade, conferindo honra a este e procurando sempre preservar a individualidade que todo ser humano possui. **Iguais em direitos e diferentes em sua constituição intelectual**. Esse foi um dos motivos que contribuíram para a formação dos **direitos da personalidade**.

A personalidade como conhecemos hoje nem sempre existiu, foi construída durante os séculos e o seu maior objetivo foi reconhecer a existência de direitos pertencentes aos indivíduos, que passaram a condição jurídica de **pessoa**, pois como visto, nem todo mundo possuía esse status. Maus tratos, preconceitos, sevícias, escravidão, torturas, tratamento desumano, trabalho degradante, execuções sumárias e

³ Do contrário temos a *capitis deminutio maxima*, esse era o termo empregado àquela época para quem sofria a maior punição no que se refere aos seus direitos civis, implicando a perda da liberdade, bem como dos seus direitos de cidadania, cf. CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. 31ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

outras práticas que atentavam contra a dignidade pessoal foram classificadas juridicamente como inaceitáveis pelos inúmeros ordenamentos jurídicos espalhados pelo mundo.

A construção do conceito de personalidade serviu para que cada **pessoa** fosse reconhecida como tal pela ordem jurídica. Esse reconhecimento já era uma necessidade, visto que a personalidade é inerente a todo ser humano como possuidor de características próprias; únicas. Foi com a conceituação e o posterior ingresso desse instituto no mundo jurídico que cada pessoa passou a condição de detentora de direitos subjetivos, podendo pleitear a tutela jurídica sempre que necessitar, melhorando significativamente o acesso à justiça para aqueles que fossem desrespeitados em sua esfera pessoal.

Vale ressaltar que o Direito Natural é apontado por muitos estudiosos do tema como fonte de todo esse processo, no que se refere à criação, evolução e consolidação dos direitos de personalidade. Afirmam que a personalidade é inerente, indissociável ao homem, não podendo falar-se em tais direitos sem mencionar a contribuição e influência do Direito Natural nesse desenvolvimento jurídico. De acordo com a lição de Rita de Cássia Curvo Leite, (2006, p. 8-9)

[...] outro aspecto que foi de bastante relevância para a exaltação dos direitos da personalidade foram os direitos naturais, que consideravam, juntamente com a escola do Direito natural, no século XVII, aqueles direitos inerentes ao homem, pois nascem com ele, correspondem à sua natureza, estão indissolúvelmente ligados à pessoa e são preexistentes ao seu reconhecimento pelo Estado.

O Cristianismo, sem dúvida, tornou possível a ascensão do homem no que diz respeito ao seu novo status social. Considerado como criação divina, que surgiu como imagem e semelhança do Criador, o homem teve a possibilidade de afirmar seus direitos e ocupar um espaço social dantes não ocupado.

Nessa conjuntura, a Igreja desempenhou bem esta função social de defensora do ser humano, enfatizando o respeito, a ética, a moral e os bons costumes; os ensinamentos bíblicos contribuíram para uma transformação no campo ético e jurídico.

A Ética enquanto ciência buscou consolidar hábitos e costumes sadios, tornando-os exigíveis no seio social; o Direito, por sua vez, reconheceu este importante avanço, inserindo valores na norma positivada e dotando-a de força cogente para agir nos casos

de desrespeito ao ser humano, até atingirmos o estágio atual em que os direitos humanos são protegidos, sobretudo na seara constitucional⁴.

Assevera Catão (2004, p. 104 e 110) que:

[...] os direitos da personalidade são aqueles inerentes à própria existência da pessoa humana, sendo a esta permitido, por meio da norma jurídica, defender um bem que a natureza lhe concedeu, ou seja, defender os direitos subjetivos, autorizados pelo direito objetivo, de usar e dispor do que lhe é próprio. [...] Assim, convém destacar que a vida, a integridade física e psíquica, a honra e a liberdade são direitos da personalidade, em virtude de estarem intrinsecamente ligados à própria pessoa, sendo, por isso, intransmissíveis, extrapatrimoniais e vitalícios.

Vale registrar que os direitos de personalidade são, *a priori*, ilimitados. Isto significa que a lei confere ao seu titular pleno usufruto de seus direitos no que se refere a sua personalidade. Porém, há casos de limitação quando se trata de **direitos indisponíveis**. Interessante que quando houver colisão com a ordem pública ou quando não existir previsão legal para que seu titular possa exercer incontinenti suas pretensões, os direitos de personalidade tornar-se-ão mitigados. Este último caso merece uma análise à parte, visto que, mesmo não havendo previsão anterior em lei, poderá haver casos em que seja possível seu reconhecimento de direitos; pois, vez por outra, são acolhidos no âmbito jurídico, rompendo o silêncio legislativo através de sentenças ou jurisprudência dos tribunais que inovam o ordenamento, declarando direitos antes não declarados ou então não reconhecidos.

A razão é que estes direitos não foram esgotados pela lei, mas apenas declarados aqueles de maior relevância jurídica. De fato, podemos afirmar que não se trata de rol preciso, acabado (*numerus clausus*), mas sim de rol exemplificativo, sendo oportuno, a qualquer tempo, ser ampliado pela doutrina, pela jurisprudência, pela atividade legiferante estatal e também pelo ativismo judicial. São direitos a serem conferidos conforme o caso. Entende-se que os direitos que se relacionam de maneira imediata com o princípio de proteção à vida, devem ser interpretados extensivamente, de forma que o “espírito da lei” seja respeitado, ampliando a norma positivada em favor daqueles que têm uma pretensão resistida e procuram a satisfação de seus interesses.

No aspecto filosófico, por exemplo, podemos considerar que o conhecimento construído pelo homem sobre si mesmo, possibilita a formação do **ideal humano**, fruto

⁴ No constitucionalismo emprega-se a expressão ‘direitos fundamentais’, enquanto a civilística utiliza a expressão ‘direitos de personalidade’. Interessante que estes institutos possuem a mesma natureza jurídica: afirmar e proteger os direitos do homem, sendo a diferença entre eles meramente terminológica. A assertiva é tão verdadeira que existe atualmente a privatização do Direito Constitucional, que por sua vez é uma das facetas do neoconstitucionalismo.

da vontade consciente e orientada que o homem possui para a melhoria do seu significado social, no qual a pessoa é de fato um ser vivente, que ocupa um espaço, possuidor de atributos físicos e psíquicos, detentor de vontades e sentimentos, dentre tantos outros bens que almeja para sua boa inserção no meio onde vive. Portanto, não poderia o homem, de acordo com a lei, ficar sem a devida tutela legal sobre o maior bem do edifício jurídico, a vida, logicamente nela compreendida os direitos de personalidade.

A lógica indica que o espírito animador da noção de direitos de personalidade sempre existiu. Existe desde a mais remota antiguidade. Evoluíram a custo de muitas lutas e, atualmente, possuem nomenclatura própria e normas específicas de proteção. No princípio havia o sentimento, mas não se tinha o amparo legal; faltavam leis que disciplinassem esse instituto.

Notório nesse estudo é a **capacidade** que o ser humano possui para exercer direitos, visto ser possuidor de **personalidade**. A primeira é o pressuposto para que seja possível, principalmente na órbita cível, o exercício de direitos de forma livre; autônoma. Podem ocorrer casos em que a pessoa fique privada da capacidade⁵, mas jamais estará destituída dos seus direitos de personalidade, já que representam o homem no ‘mundo jurídico’. São através destes direitos que somos considerados pessoas no aspecto jurídico normativo, pois já somos de fato, dentro de uma lógica existencial.

O homem deve ser visto como a origem e a finalidade do direito. Não parece sequer razoável a construção de um conceito jurídico que tenha o ser humano como objeto a ser reconhecido. O direito está para o homem e não o inverso. Como poderia o homem, através das normas jurídicas, perguntar-se se possui reconhecimento pelo direito? *Ab initio* não faz sentido. Talvez essa pergunta tenha sido levada em consideração pelo fato do homem nem sempre ter gozado de tal *status* legal, como pessoa dotada de personalidade e direitos, devendo ser preservada a vida, a integridade física, psíquica e moral, a individualidade por meio do respeito à privacidade e à vida íntima, o direito à saúde, ao nome, à liberdade etc. Foi baseado nesse inconformismo que muitos se dedicaram a formular os contornos do direito da personalidade.

Para o direito **a morte é o fim da personalidade humana**. De acordo com o art. 6º do Código Civil “*a existência da pessoa natural termina com a morte...*”; já o

⁵ O potencial de autodeterminação pessoal que os ordenamentos jurídicos em geral acolhem, inclusive o nosso, previsto nos arts. 1º, 3º e 4º do Código Civil, representam o grau ou nível exigível para que seja possível a prática dos atos da vida civil por uma pessoa de forma autônoma.

começo da personalidade se dá com o nascimento com vida. Embora esta seja a dicção do Código Civil, este entendimento merece ressalvas, pois segundo o entendimento atual a ‘teoria natalista’ encontra-se superada. O nascituro passou a um status jurídico no qual ainda não foi dito que este adquiriu personalidade, mas também não se pode negar que já o tenha; trata-se de uma zona limítrofe em que não se precisou o momento de sua aquisição. Quando a lei põe a salvo os direitos do nascituro, reconhece, embora indiretamente, os direitos de personalidade. Atualmente a teoria concepcionista⁶ é a mais adequada, sendo recepcionada pelos tribunais e pela doutrina majoritária. De todo modo,

O conceito de personalidade está umbilicalmente ligado ao de pessoa. Todo aquele que nasce com vida torna-se uma pessoa, ou seja, adquire personalidade. Esta é, portanto, qualidade ou atributo do ser humano. Pode ser definida como aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações ou deveres na ordem civil. É pressuposto para a inserção e atuação da pessoa na ordem jurídica. (GONÇALVES, 2009, p. 70)

De forma sistemática, podemos afirmar que os direitos de personalidade são considerados sob dois aspectos fundamentais. O primeiro visa proibir práticas nocivas contra uma determinada pessoa, quer seja pelo próprio Estado, quer seja por um particular. O que interessa nesse tipo de tutela jurídica é o efeito proibitivo de atos que possam causar danos a uma pessoa (efeito negativo; de abstenção). Já o segundo aspecto mostra-se carecedor da ação (efeito positivo; dever de agir), exigindo sempre uma prática para que os direitos de personalidade sejam protegidos de forma satisfatória. (CATÃO, 2004)

Se a existência da pessoa natural termina com a morte e tendo esta última sofrido modificação conceitual, é preciso um novo estudo para entendermos o que significa a perda da personalidade, baseada não mais na morte clínica, mas na morte encefálica. Portanto o novo critério de morte precisa ser claro e inequívoco para se ter dimensão de quando e como a personalidade é extinta. Por fim, qual a relação entre a morte encefálica e os direitos de personalidade? Evitar que direitos inerentes a personalidade sejam extintos, sem que antes tenha sido comprovada a morte em definitivo.

⁶ Do ponto de vista prático, a *teoria natalista* nega ao nascituro até mesmo os seus direitos fundamentais, relacionados com a sua personalidade, caso do direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até a imagem. Com essa negativa, a *teoria natalista* esbarra em dispositivos do Código Civil que consagram direitos àquele que foi concebido e não nasceu. Essa negativa de direitos é mais um argumento forte para sustentar a total superação dessa corrente doutrinária. (TARTUCE, 2014, p. 71)

1.4 Momento da morte, morte aparente e inumação precoce

Antigamente, acreditava-se que a morte tinha um momento exato; preciso. Não se sabe exatamente de onde surgiu tal entendimento. Talvez fruto do imediatismo comum nos seres humanos, que vislumbravam na perda da consciência a morte em seu aspecto absoluto. As religiões em geral, possivelmente contribuíram para formação desse imaginário popular, trazendo em suas doutrinas a crença de que essa transição era instantânea. Não é objetivo deste trabalho fazer afirmações de natureza metafísica, mas sim uma análise da morte a partir do **corpo físico (biológico)**, considerado como meio pelo qual o homem possui capacidade de viver.

O direito por sua vez se ocupou com os aspectos objetivos e imediatos da morte, não precisando seus detalhes médicos. Segundo Genival Veloso de França (2008, p. 344),

No passado a definição mais simples e tradicional de morte é aquela que a considerava como a cessação total e permanente das funções vitais, e assim a lei admitia, sem procurar se aprofundar em seus detalhes.

A morte não deve ser vista como algo que ocorre em um momento exato, como se fosse instantânea, mas sim como um processo, pois atualmente já temos a certeza de que este fenômeno se dá de forma gradual; progressivo no tempo. Nesse diapasão,

A morte não é a cessação pura e simples das funções vitais, mas, sim, toda uma gama de processos que se desencadeia inexoravelmente durante certo período de tempo, afetando, gradativamente, os diferentes órgãos, comprometendo-os progressivamente em suas funções celulares até a instalação de fenômenos transformativos. (CATÃO, 2004, p. 217).

Em igual sentido, temos a lição de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos (1998, p. 4), quando afirma que

A essência da morte está na ativação da catepsina, ocorrida pela ausência de oxigênio, ou seja, pela anóxia. A diminuição de oxigênio determina a autólise, ou seja, a auto-digestão e, assim, a morte. Inicialmente, morre a célula, depois o tecido e, a seguir, o órgão; trata-se de um fenômeno em cascata. Estabelecido o processo, ele pode atingir os órgãos, dos quais depende a vida do indivíduo, os chamados órgãos vitais. Desta forma, desencadeia-se a parada da respiração, do coração, da circulação e do cérebro.

Em tempos passados, era comum a determinação do momento da morte em um dado instante. Tal prática foi muito maléfica para as pessoas devido ao terrível risco de se fazer uma inumação precoce, ou seja, enterrar alguém que não está morto, embora aparentasse estar. Há inúmeros dados históricos de pessoas que foram inumadas

precocemente. Diante de tal quadro, houve uma modificação no procedimento adotado, só sendo possível a inumação de uma pessoa que já estivesse com claros sinais de processos transformativos, estágio irreversível que encerra as incertezas sobre uma possível morte aparente. Ainda seguindo o raciocínio da supracitada professora, temos que

até pouco tempo uma das grandes questões era poder determinar se uma pessoa, realmente, estava morta ou se encontrava em um estado de **morte aparente**. Tudo isto visando evitar a inumação precipitada. O fato assumiu tal importância que chegou a influenciar os legisladores que colocaram na legislação prazos mínimos para a implementação de certos procedimentos como a necropsia e o sepultamento. (SANTOS, 1998. p. 4-5)

Daí em diante as inumações só seriam seguras se fosse respeitado um tempo razoável de observação, antes de se efetivar o sepultamento. Como se percebe, a determinação médico-legal da morte foi se modificando ao longo do tempo, assumindo cada vez mais precisão científica. Por segurança não era mais aceitável a conclusão precipitada de que alguém estivesse morto, principalmente quando consideravam uma pessoa viva segundo certos critérios e morta perante outros requisitos. Era preciso uma uniformização urgente.

Hoje, através dos critérios estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina (Resolução CFM nº. 1480/97), a morte, pelo menos quando da parada total e irreversível das atividades encefálicas, está definida pelo que se chama de *morte encefálica*. Este conceito vem substituindo dia a dia o de *morte circulatória*, tida como a parada definitiva das atividades do coração. (FRANÇA, 2008, p. 344)

Vejamos no próximo tópico o que significa morte clínica e o processo de transição que resultou na modificação atual, isto é, no novo critério médico-legal que é a ME (morte encefálica).

1.5 Morte biológica, morte clínica e morte encefálica

Como já mencionado acima, a morte biológica significa a total irreversibilidade do quadro clínico de uma pessoa devido à destruição celular sofrida pelo corpo. É o corpo que começa a se decompor. Esta é a morte biológica. Porém, **antes que se consolidem os processos transformativos** no corpo humano, temos o diagnóstico de morte clínica, muito utilizado pela medicina antigamente, que consistia na parada cardiorrespiratória. Com o tempo esse critério foi sendo substituído, até que chegamos ao critério da morte encefálica. Neste entendimento, pode-se afirmar que

[...] os progressos da terapêutica médica, com as medidas de restabelecimento dos batimentos cardíacos (reanimação por meio de massagens, drogas cardiotônicas e estímulos elétricos) e o emprego de meios artificiais para manter a respiração (respirador artificial), abalaram o conceito clássico de morte, definido pela cessação da respiração e pela parada cardíaca. (CATÃO, 2004, p. 218)

Em sentido idêntico e corroborando essa assertiva, temos a seguinte lição:

Considerando que a morte é um processo lento e gradual, distingue-se a morte clínica (paralisação da função cardíaca e da respiratória) da morte biológica (destruição celular) e da morte inicialmente conhecida como cerebral e hoje caracterizada como encefálica, a qual resulta na paralisação das funções cerebrais. A morte clínica pode, em face dos avanços tecnológicos da medicina, desaparecer com os processos de reanimação, permitindo, assim, manter a vida vegetativa, mesmo após a superveniência da morte cerebral. A morte, antes identificada como a cessação da atividade espontânea da função cardíaca e respiratória, com a paralisação circulatória irreversível, passou a ser determinada com a paralisação das funções cerebrais. (GOGLIANO, 1993, p. 1)

Este conceito de morte clínica já foi superado, visto que o critério determinativo era a parada cardiorrespiratória. Como se sabe, a técnica da reanimação torna possível o retorno destas funções em um paciente, afastando a imediata indicação da morte do mesmo. Essa técnica, assim como tantas outras utilizadas pela medicina, permite uma melhor aptidão médica no sentido de reverter o quadro clínico de uma pessoa.

O que antes era considerado morte, hoje representa o restabelecimento destas funções, elevando a expectativa de vida para muitas pessoas e comprovando que a parada cardiorrespiratória não significa, a priori, a morte. O importante é socorrer a vítima, ministrando todos os cuidados (técnicas de reanimação) e observando se após o procedimento médico adequado há um retorno da consciência, dos batimentos cardíacos e da respiração, pois pode ser que o lapso de tempo decorrido sem oxigênio não tenha sido tão longo a ponto de comprometer irreversivelmente o cérebro. Portanto, as tentativas na busca de salvar a vida de uma pessoa vítima de uma parada cardiorrespiratória, devem ser exaustivas, até que se comprove a morte em definitivo.

Há estudos que indicam uma estimativa de tempo que o ser humano consegue ficar sem oxigênio, embora não exista um número preciso. Atualmente sabe-se que o ser humano é capaz de suportar um intervalo de tempo sem oxigênio sem que isso signifique de imediato a morte como até um tempo atrás se acreditava.

A evolução da medicina nesse terreno, em específico, trouxe consigo a necessidade de modificação dos conceitos, das técnicas de tratamento e da legislação.

Essa transição não ocorre de imediato e é justamente nesse lapso que as questões éticas em torno do conceito morte ficam mais delicadas. Portanto, assuntos dessa monta precisam ser equacionados.

CAPÍTULO 2 – A MORTE ENCEFÁLICA E SUAS IMPLICAÇÕES ÉTICO-JURIDICAS

2.1 Conceito

Conceituar a ME (morte encefálica) não é tarefa fácil, devido ao fato de que alguns a conceituam de uma forma, por aceitá-la; já outros apontam que o conceito deve ser diferente, visto não concordarem com a formulação em que foi concebida, isto é, quando da evolução dos transplantes de órgãos.

De fato, a questão conceitual sempre irá despertar discussões, pois o conceito é um nome ou um conjunto de palavras que expressam valores e que são utilizados para qualificar, quantificar, determinar, sentenciar etc., algum fato ou coisa. Portanto, o conceito de ME pode variar conforme for o número de posicionamentos que surgirem.

Todas as vezes que temáticas sobre Biodireito e Bioética surgirem, devemos ter em mente que as questões que os envolvem são sempre multidisciplinares, portanto nos obrigam a uma análise sobre todos os pontos científicos que os compõem, sobre todas as nuances; é indispensável um estudo completo que envolve a medicina, o direito, a filosofia, a sociologia, a ética, a religião, etc., são tantos aspectos a se considerar que chegar a um denominador comum já é, por si só, um desafio, daí a dificuldade em se formular um conceito universal.

Conceito é derivado de *conceptus*, conceber, considerar etc., significa a concepção, idéia ou interpretação a respeito das coisas. Se várias são as perspectivas, várias concepções teremos. Nos ensina Santos (1998, p. 2) que:

[...] por vezes, as coisas mais simples e óbvias são as mais difíceis de *conceituar* e definir [...] Trata-se de um fenômeno complexo que pode ser analisado sob diferentes ângulos: como fenômeno social, histórico, biológico, antropológico, bioético, religioso, cultural, médico e legal.

Por muito tempo na história da humanidade a morte foi entendida de uma determinada forma e um novo critério veio modificar esse estado de coisas. Não se trata apenas de uma mudança técnica, mas também conceitual. Os conceitos carregam consigo cargas valorativas, tornando a descrição das coisas um ato de construção de verdades.

A análise sobre a ME e a construção de seu respectivo conceito, tendo como alicerce os aspectos médico-legais, deve ser feita num primeiro momento como forma de entendermos com clareza este fenômeno, para só então passarmos a uma análise crítica sobre a gênese e ética deste processo, a licitude da extração de órgãos e a aceitação deste evento, isto é, de que a ME é a morte em definitivo.

A ME representa o estado clínico irreversível, onde as funções cerebrais, juntamente com o tronco encefálico, estão irremediavelmente comprometidos. Antigamente conhecida como morte cerebral, hoje a ME significa a morte não apenas no aspecto médico, mas também no aspecto legal. É a morte propriamente dita.

A aceitação deste critério médico-legal já é realidade em muitos países, inclusive no nosso. Quando surgiu tinha como missão apontar os casos de irreversibilidade do quadro clínico do paciente⁷.

O desenvolvimento do critério ME surgiu concomitantemente com a chamada *era dos transplantes*, que teve como marco inicial o ano de 1968 e, embora eivado de críticas de índole técnica e ética por vários profissionais em variados momentos históricos pós 1968, por não concordarem ou não confiarem neste novel conceito, ainda assim este prosperou e posteriormente ingressou no âmbito médico, passando a substituir dia-a-dia o critério anterior, a saber: a morte clínica. Pesa-lhe a carga de ter sido produzido às pressas e sem o rigor científico adequado.

Atualmente não só no nosso ordenamento, mas também em inúmeros países há certa uniformidade na aplicação deste exame, surgindo apenas pequenas peculiaridades de país para país. São necessários alguns pré-requisitos para se iniciar o protocolo de morte encefálica, tais como: coma com causa conhecida e irreversível; ausência de hipotermia, hipotensão⁸ ou distúrbio metabólico grave e; ausência de intoxicação exógena ou efeito de medicamentos psicotrópicos.

A hipotermia pode falsear o diagnóstico de morte encefálica, daí a proibição de se iniciar o protocolo quando o paciente se encontra neste estado, de igual modo a intoxicação exógena ou o efeito de medicamentos psicotrópicos (tais como benzodiazepínicos e barbitúricos, que deprimem o Sistema Nervoso Central com efeito

⁷ Em 1968 um documento foi produzido: Ad Hoc Committee of Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death. *A definition of irreversible coma*, publicado pelo *Journal of the American Medical Association* (JAMA).

⁸ Popularmente conhecida como pressão baixa. A pressão é considerada baixa quando atinge valores inferiores a 90mmHg x 60mmHg podendo causar tonturas e desmaios.

semelhante aos anestésicos inalatórios), também interferem na realidade e precisão do exame.

Se o paciente apresentar coma sem resposta aos estímulos externos, ausência completa de reflexos do tronco encefálico e apnéia⁹, deverá tal constatação clínica estar respaldada pela realização de exames complementares para que seja confirmada a ME, onde fique demonstrada de forma inequívoca a ausência de atividade elétrica cerebral, ou ausência de perfusão sangüínea cerebral ou de atividade metabólica¹⁰. (CATÃO, 2004).

2.2 Breve histórico

Antes mesmo do surgimento do conceito de morte encefálica, tínhamos outro termo utilizado à época para indicar o estado clínico de um paciente com uma lesão no cérebro, com nomenclatura própria e bastante conhecido não apenas no meio médico, mas de uma forma geral compreendido o seu significado. Trata-se do **coma**. Este evento podia representar pouca gravidade ou não, variando numa escala¹¹ baseada em critérios médicos, no qual o coma irreversível era o mais grave. Este último, também intitulado de *coma depaseé*, ou em outras palavras ‘além coma’, significa um quadro clínico que mais se aproximava da morte do que propriamente do coma. Posteriormente a expressão *coma depaseé* deu lugar à morte cerebral, atualmente morte encefálica. De todo modo fica latente a impropriedade do termo devido a diferença fundamental entre coma e morte encefálica.

Diante de tal situação, não era adequada a expressão; havia confusão conceitual e técnica quanto ao coma.

É preciso entender que quando se falava àquela época em *coma irreversível*, não se tinha ainda a idéia de intitular tal circunstância como *morte cerebral*, pois este conceito não existia; o que se tinha desde então era o coma, daí a expressão coma

⁹ Apnéia significa a suspensão voluntária ou involuntária da respiração. É a interrupção da respiração, não havendo passagem de ar para os pulmões.

¹⁰ Vide anexo TERMO DE DECLARAÇÃO DE MORTE ENCEFÁLICA (Resolução CFM nº 1.480 de 08 de agosto de 1997) para maiores esclarecimentos técnicos.

¹¹ Escala de coma de Glasgow. São realizados três testes onde se avalia a (1) resposta ocular, (2) resposta verbal e (3) resposta motora. Este teste varia numa escala que vai de 1 a 6. Quanto menor for a pontuação maior o grau de inconsciência. Em 1959 Mollaret e Gaulon utilizaram o termo “*coma dépasse*” para descrever o coma vegetativo. Neste grau o eletroencefalograma revela silêncio elétrico, geralmente irreversível. (Revista da Faculdade de Direito. USP – Universidade de São Paulo. São Paulo. vol. 92 – 1997)

irreversível como situação limite, aproximando-se da morte. Depois surgiu a expressão *brain death* (morte cerebral). É tão verdade que um dos documentos da época que inauguraram a temática se chamava *A definition of irreversible coma* (a definição do coma irreversível).

A história nos mostra vários casos de pessoas que estiveram em coma por longos períodos, alguns destes por vários anos, recuperando a consciência, retomando a capacidade de gerir sua própria vida como dantes da lesão causadora do coma. Portanto, não poderia a medicina com seus recursos tecnológicos daquela época, dar um indivíduo como morto, devido à possibilidade da reversibilidade da lesão e o retorno da consciência. O coma não era critério suficiente para indicar a morte. Na verdade não se indicava o óbito por causa do coma, pois este nunca foi considerado como tal e justamente por isso que era preciso um parâmetro médico que mencionasse com clareza o que representava a morte das estruturas encefálicas.

Conforme o professor Catão (2004, p. 228), não há motivos para confundir **coma com morte encefálica**. Em suas palavras esclarece que

O Direito e a Medicina procuram, com todas essas precauções em relação ao diagnóstico da morte encefálica, afastar o receio que os pacientes têm de confundir-se o coma com a morte. O coma [...] significa a depressão das atividades cerebrais, embora o cérebro continue vivo. Nesse quadro, tem-se a perda ou intenso comprometimento da consciência, da coordenação motora e da sensibilidade. No entanto, estão preservadas as condições consideradas vitais: batimentos cardíacos, respiração, controles térmico e diurético. Em outras palavras, a pessoa ainda está viva.

Como se percebe, o diagnóstico de coma¹² não indicava a morte de uma pessoa, servindo então para identificar o quadro clínico da vítima – entre severo ou leve o grau de inconsciência. Surgiu então um problema a ser dirimido: como diferenciar casos de pacientes com lesão encefálica irreversível, daqueles vitimados por uma lesão encefálica grave, mas com chances de recuperação?

Também conhecida como ‘zona de penumbra’, por ser difícil de precisar o real quadro clínico – reversível/irreversível –, até hoje existem dificuldades de ordem prática para saber se houve de fato a ME, visto que o quadro comatoso induz ao erro e confunde muitos médicos. É preciso um tempo de observação para identificar qual o real estado neurológico do paciente, observado através de testes que se repetem num dado intervalo de tempo. Os neurocirurgiões e neurologistas possuem maior familiaridade com este evento, mas ainda assim, num geral, encontram dificuldades na

¹² No coma há a perda da vida de relação, que se traduz pela comunicação, consciência e interação com o meio ao seu redor, mas a vida vegetativa continua.

indicação do diagnóstico, sendo mais conveniente fazer prognósticos favoráveis ou desfavoráveis.

A construção do conceito de ME está intimamente ligada aos avanços científicos na área dos transplantes de órgãos e tecidos humanos.

O primeiro transplante cardíaco ocorreu no ano de 1967, na Cidade do Cabo, África do Sul. A partir desse momento começaram os trabalhos de construção do conceito de ME, bem como a fixação de critérios para sua constatação.

De acordo com Cícero Galli Coimbra (2004, p. 1), defensor de uma linha de raciocínio que põe em xeque a ética do processo de formação do novo conceito de morte e sua inseparável relação com os interesses transplantistas, no ano seguinte

[...] uma comissão "ad hoc" da Harvard Medical School - uma empresa *privada* dos EUA - publicamente redefiniu morte como "morte encefálica" (JAMA, 1968). [...] A comissão se reuniu em janeiro de 1968 - apenas 1 mês depois da ocorrência do primeiro transplante cardíaco na Cidade do Cabo (África do Sul) pelo cirurgião Christian Barnard e sua equipe -, vindo a concluir seus trabalhos em menos de 6 meses, ao início de junho do mesmo ano (Giacomini, 1997). O resultado de suas deliberações foi quase imediatamente publicado em uma edição de agosto do *Journal of the American Medical Association*, sob o título de "*A Definition of Irreversible Coma*". À época em que a comissão se reuniu caracterizava-se, claramente, um clima de corrida ao desenvolvimento tecnológico dos transplantes de órgãos, refreado pela legislação norte-americana vigente, que considerava a morte instalada somente quando por ocasião da parada definitiva da função cardíaco-respiratória. Evidentemente, a parada cardíaco-respiratória determina a lesão dos órgãos, tecidos ou partes do corpo a serem transplantados para outros indivíduos, estabelecendo-se interesses antagônicos junto ao leito de pacientes afetados por lesões cerebrais graves.

A concomitância cronológica entre o desenvolvimento dos critérios de ME com o processo de doação de órgãos e tecidos humanos, para fins de transplante é tão verdadeiro, que podemos concordar com Gogliano(1993, p. 1), em trabalho intitulado **Pacientes Terminais – Morte Encefálica**, quando faz tal correlação.

É de se ponderar que a concepção inicial de morte cerebral exurgiu pari passu com o advento dos transplantes de órgãos e tecidos humanos. Os avanços tecnológicos da medicina propiciaram prolongar indefinidamente uma vida, por intermédio da circulação extracorpórea e respiradores artificiais, possibilitando, ainda, a ressuscitação cardíaca, o que veio revolucionar o tradicional conceito de morte clínica, a tradicional parada cardíaca e respiratória, modificando-se assim o conceito de morte. Com a realização de transplante de órgãos impôs-se novos critérios na determinação da morte, justamente visando facilitar os transplantes ante as exigências de órgãos íntegros, viáveis, hígidos e perfundidos, ao lado das novas técnicas de controle de rejeição.

Confirmando essa correlação acima mencionada, temos um documento produzido em 1968, pelo Conselho das Organizações Internacionais de Ciências Médicas, onde foi aprovado por unanimidade pelos países ali presentes, os critérios de morte cerebral:

[...] 1) perda de todo sentido ambiente; 2) debilidade total dos músculos; 3) paralisação espontânea da respiração; 4) colapso da pressão sanguínea no momento em que deixa de ser mantida artificialmente; 5) traçado absolutamente linear de eletroencefalograma. (GOGLIANO, 1993, p. 1)

Em 1976, o *Royal College of Medicine* da Grã-Bretanha elaborou seus critérios para diagnóstico de ME. “O conceito de que a lesão completa do tronco cerebral era incompatível com a vida foi determinado nessa revisão” (MORATO, 2009, p. 228). Já no ano de 1981, nos Estados Unidos, foi formada uma Comissão Presidencial para Estudos dos Problemas Éticos em Medicina e Pesquisa Biomédica e Comportamental¹³, contribuindo também para o desenvolvimento desses estudos. As atuais diretrizes para o diagnóstico de ME foram delineadas em 1981, durante os trabalhos da Comissão Presidencial para o estudo de problemas éticos em Medicina nos EUA. Depois a Associação Americana de Neurologia (AAN) organizou um comitê visando uniformizar os critérios de ME, chegando a publicar no ano de 1995 um documento contendo a definição dos critérios atualmente aceitos e nesta oportunidade foram revisados mais de 200 artigos sobre ME. “Existem atualmente, em todo o mundo, 87 protocolos nacionais para o diagnóstico de ME e na maioria dos países eles apresentam-se respaldados por leis ou decretos específicos” (MORATO, 2009, p. 228).

Interessante que antes da ‘era dos transplantes’, tendo como marco inicial a cirurgia cardíaca ocorrida na Cidade do Cabo – 1967, não havia interesse expressivo da comunidade médico-científica em estudar com afinco o evento conhecido como morte cerebral. Vale ressaltar que já havia àquela época a necessidade de maior conhecimento científico sobre esta problemática, isto é, de que a lesão irreversível do encéfalo significava a morte, ou que ao menos era incompatível com o que nós entendemos como vida. Portanto, é bom que se diga a bem da verdade que, a modificação do tradicional parâmetro de morte só se deu por causa do óbice legal quanto à legalidade dos transplantes de órgãos e não como consequência de estudos e pesquisas neste sentido.

¹³ Recomenda-se a leitura do artigo “Guidelines for the determination of death: Report of the medical consultants on the diagnosis of death to the President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research. *JAMA*. 1981; 246:2184-2186”.

O conceito de ME não se deu por causa de achados médicos ou por experiência médica, assim como os documentos que inauguraram o novel parâmetro de morte não estavam respaldados com nenhuma bibliografia científica, apenas fontes anedóticas; ao revés, foram formulados às pressas, sem que o devido tempo de maturação fosse respeitado. Quando verificamos a validade científica do novo parâmetro de morte, percebemos que este surgiu para

acabar com as controvérsias que dificultavam a obtenção de órgãos para transplante [...] a Comissão da Harvard suprimiu do relatório [...] quaisquer dúvidas, questionamentos ou discordâncias entre os membros da comissão quanto à validade dos critérios propostos. Procurando emprestar ao conteúdo do relatório a conotação de inquestionabilidade, a Comissão da Harvard decidiu-se também por não oferecer quaisquer referências bibliográficas de cunho científico que, como se sabe, propiciam ao leitor os pontos de apoio necessários para o desenvolvimento de sua própria análise crítica do assunto. A única citação presente naquela publicação refere-se a uma manifestação do Papa Pio XII, datada de 1957, na qual o Sumo Pontífice da Igreja Católica, em resposta a um grupo de anesthesiologistas, declarava que cabia ao médico assistente do paciente a responsabilidade de assinalar o tempo exato da morte (Pius XII, 1957). A comissão foi mais além, no entanto, e *redefiniu* a morte como morte encefálica (Giacomini, 1997). Não restava ao leitor, portanto outra alternativa que não: (1) crer que o assunto seria de tal forma indiscutível, consensual, que prescindiria de citações de caráter científico; (2) crer que as *deliberações* da comissão contavam com o sancionamento religioso; (3) confiar no prestígio da Harvard Medical School no meio médico-científico. (COIMBRA, 2004, p. 5)

Da Comissão de Harvard participaram médicos transplantistas o que é eticamente reprovável e juridicamente inaceitável. A produção de um documento que tinha como objetivo redefinir a morte deveria contar com profissionais que não tivessem nenhum interesse na aprovação nem na reprovação do citado projeto, pois a produção científica deve obedecer aos ditames da isenção de ânimo e a busca pela verdade. O que se viu foi o contrário, algumas pessoas formularam uma proposta e logo em seguida aprovaram e publicaram o documento. Como se sabe, as descobertas científicas, precisamente as que repercutem na saúde pública, precisam passar por uma espécie de ‘quarentena’, justamente para se avaliar com calma e precisão se as inovações atendem aos quesitos de segurança, necessários para que seja então postas a disponibilidade da população. Algumas pesquisas levam anos para, só após um tempo de maturação e controle, serem definitivamente incorporadas à sociedade.

Embora décadas já tenham se passado, permanece o vício congênito, a crise ética e legal, que traz como repercussão prática a possível e temerária retirada de órgãos de pessoas que possivelmente ainda poderiam ser recuperadas.

Vejamos então como as coisas avançaram rápido, inclusive no nosso país, e como o primeiro transplante ocorreu, mesmo com critérios tão pobres. Segundo Santos (1998, p. 31),

No Brasil, o conceito de morte encefálica foi feito por ocasião do primeiro transplante a partir de cadáver em 26 de maio de 1968, quando o Dr. Jesus Zerbini trocou o coração do boiadeiro João Ferreira da Cunha por outro sadio de Luís Ferreira Barros, vítima de acidente de trânsito [...] A pedido dos Professores Zerbini, Campos Freire e Paulo Vaz de Arruda foi estabelecido no Hospital das Clínicas da FMUSP, o conceito e comprovação de morte real, calcado somente em critérios eletroencefalográficos.

Isso significa que o primeiro transplante realizado no nosso país, poucos meses após o ocorrido na Cidade do Cabo, foi feito: a) sem nenhum critério médico-legal, que estabelecesse o que era ME no Brasil; b) sem nenhuma lei que autorizasse esse procedimento; c) sem o consentimento do doador. Pode-se dizer que foi uma verdadeira aventura. O paciente veio a óbito 28 dias após o transplante. Embora a doação de órgãos seja um ato de amor ao próximo, não podemos confundir a beleza do gesto com a ilegalidade da conduta médica.

A implementação da ME no Brasil se deu em tempo recorde, o que nos leva a conclusão de que a discussão bioética e legal foram prejudicadas. A valoração dos transplantes foi hipertrofiada, colocada em primeiro plano, suplantando outros valores sociais e jurídicos, abrandando-se o rigor quanto ao diagnóstico de morte e relativizando-se valores intrinsecamente relacionados à morte, sem o tempo necessário para avaliar os possíveis efeitos adversos desse novo parâmetro.

Era necessário fixar o momento da morte de acordo com rigorosos critérios médicos, pois o avanço científico obtido na área dos transplantes estava sendo limitado por questões de ordem jurídica. Indispensável, então, o diagnóstico formal e inequívoco da morte, isto é, o doador precisava estar morto para poder materializar-se o transplante. Mas não somente isto. Deveria haver uma lei que permitisse tal procedimento cirúrgico.

Em muitos países houve um incremento na legislação, passando a conter normas que reconheciam a legalidade da transplantação de órgãos devido à constatação da ME.

No nosso país a doação de órgãos e tecido *post mortem* para fins de transplantes é legal, assim reza a lei nº 9.434/97¹⁴ quando dispõe em seu Art. 3º *A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e*

¹⁴ Esta lei trata sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplantes e tratamento e dá outras providências

registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

A Resolução CFM nº 1.480/97, por sua vez disciplina estes requisitos da seguinte forma: a morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias; os dados clínicos e complementares observados quando da caracterização da morte encefálica deverão ser registrados no “termo de declaração de morte encefálica”; a morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida; os parâmetros clínicos a serem observados para constatação de morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia; os exames complementares a serem observados para constatação de morte encefálica deverão demonstrar de forma inequívoca: ausência de atividade elétrica cerebral ou, ausência de atividade metabólica cerebral ou ainda ausência de perfusão sangüínea cerebral.

2.3 Conflito de interesses

Há possibilidade de interesses diversos no âmbito médico no que se refere à ética das transplantações? Um paciente, *v.g.*, vítima de trauma encefálico grave é socorrido e os médicos utilizam medidas terapêuticas visando sua recuperação; de outro lado, equipes de transplantes prontas para fazer a retirada dos órgãos nos casos de morte encefálica em que a vítima seja doadora.

A priori não parece haver conflito, mas sim uma sucessão de eventos. Em primeiro lugar são feitas as tentativas no intuito de salvar a vida do paciente, e não sendo possível a sua recuperação, passamos a segunda fase que é justamente a transplantação de órgãos. Ocorre que os interesses transplantistas são muito vorazes e, por vezes, interferem na ética de todo o processo. Quem aguarda um órgão para continuar vivo precisa de uma cirurgia o mais rápido possível. A espera na fila dos transplantes é quase uma sentença de morte, devido à demora, pouca oferta de órgãos, incompatibilidade entre doador e receptor etc.

Os órgãos destinados aos transplantes só são aptos a serem aproveitados se a sua retirada se der no menor tempo possível. Significa que quanto mais rápido, maiores serão as perspectivas de sucesso do transplante. Mas essa pressa não combina com o

tempo de observação a ser dedicado ao paciente. Eticamente, deve-se tratar adequadamente o paciente, para só em seguida se ter a total certeza do diagnóstico de morte¹⁵.

Este impasse, quanto ao tempo de observação, já faz parte da própria gênese deste processo. Maior tempo de observação, menores as chances de erro médico; menor tempo de observação, maior possibilidade de equívoco do diagnóstico de morte. Mas porque não resolver esta celeuma aumentando o tempo de observação, colocando-se um fim a essa discussão? Será que poucas horas a mais seria pedir muito por uma vida humana? (SANTOS, 1998, p. 36)

Se considerarmos a necessidade de um período de observação mais extenso entre os exames como condição ímpar de validade e confiabilidade, atender-se-iam aos reclames jurídicos, que não admitem diagnósticos falso-positivos de morte, bem como aos reclames ético-profissionais, pois assim excluídas estariam as chances de recuperação do quadro neurológico do paciente. Contudo, esta não foi a opção dos idealizadores do critério ME. Arbitrariamente definida como de 3 dias (com pelo menos um exame clínico diário) ao início dos trabalhos do Ad Hoc Committee, a duração do período de observação foi, afinal, encurtada para apenas 24 horas, sob a pressão dos médicos transplantadores. (COIMBRA, 2004, p. 4)

“Does this mean we must wait 72 hours?!” (Giacomini, 1997, p. 1475 e 1476; JAMA, 1968)

De acordo com Coimbra (1998, p. 59),

em extensa análise das reuniões do Harvard Ad Hoc Committee e dos acontecimentos e motivações que precederam e acompanharam o seu trabalho, Mita Giacomini acusa a inadequação ética da presença de cirurgiões transplantadores no Committee, lembrando que a própria Harvard não os reconheceu como sendo profissionais indicados para atuarem no melhor interesse do paciente em coma[...]Concluindo, Giacomini declara, ao final de seu artigo: “A história da emergência da morte encefálica nos anos sessenta ilustra como ‘olhos’ interessados têm construído visões peculiares da morte. Redefinir a morte não foi simplesmente um exercício técnico, mas um ato estético destinado a acomodar no mesmo quadro clínico o paciente comatoso desenganado, o morto e o doador de órgãos.

O tempo de observação foi reduzido e em contrapartida o tempo do teste da apnéia foi majorado. Inicialmente o dito teste previa uma supressão do suporte de oxigênio por três minutos; atualmente o protocolo no Brasil prevê um período de dez minutos ou até que a concentração de gás carbônico atinja valores consideráveis para

¹⁵ Vide tópico 1.4 que trata sobre a inumação precoce.

efeito da avaliação da integridade do sistema respiratório, se preservado ou não. Em tópico específico sobre o teste da apnéia esse assunto será melhor aprofundado. De antemão, cabe alertar que o teste da apnéia não atende aos interesses do paciente em coma. Já foi comprovado cientificamente (COIMBRA, 2004), que o teste traz efeitos deletérios, tais como aumento do edema cerebral, isquemia cerebral, diminuição da perfusão sanguínea, hipotensão, dentre outras complicações, não oferecendo nenhuma contrapartida positiva, o que se torna juridicamente inaceitável submeter o paciente a procedimento médico que o exponha a risco de morte ou que não contribua para sua recuperação.

Quando há uma confirmação de ME e os órgãos não estão mais aptos para serem transplantados, o sentimento de perda é muito grande. Sente-se a perda do paciente, por não poder mais fazer nada por este e de outro lado pela impossibilidade do aproveitamento dos órgãos em outra pessoa. Esse sentimento não traz apenas frustração, mas também carrega consigo o poder ou possibilidade de deixar o médico suscetível a uma pressão interior muito forte, capaz de induzi-lo a erro em um novo caso de diagnóstico, visto não querer sofrer essa dupla derrota em âmbito profissional, qual seja, perder paciente e órgãos. Os interessados no transplante ficam cada vez mais ansiosos pela solução de seu problema e este cenário é incomodo num campo médico onde a ética e a cautela são nortes a serem buscados sempre.

Dai a lucidez de Coimbra, quando fala em diagnóstico e prognóstico como vertentes opostas e como é tênue a distância que os separa. Conceitualmente não são, mas na prática se tornam irmãos gêmeos. O que a deontologia médica juntamente com a lei tem como missão é evitar desmandos neste sentido. Prognosticar é dizer se o paciente tem chances de recuperação; são probabilidades, estimativas, feitas com base na experiência médica do dia-a-dia. Já o diagnóstico se traduz como algo pontual, certo e concreto. Portanto, diagnosticar a morte só é legal se esta se estiver estabelecida, o que não é o caso dos pacientes em coma, lembrando a diferença fundamental entre coma e ME.

Lembrando que não se podendo confundir diagnóstico com prognóstico, o tempo de observação teoricamente deve ser mais extenso e por sua vez mais desfavorável para quem espera por um transplante. Na época em que começaram os transplantes, década de 1960 em diante¹⁶, um dos impasses era definir qual o tempo de observação a ser

¹⁶ Embora a história relate casos de transplantes que ocorreram antes desta data, como v.g. um transplante de rins entre irmão gêmeos, realizado pelo Dr. Joseph Murray em 1954.

dispensado àqueles que seriam submetidos ao exame. Os debates foram calorosos e o cerne da questão girava em torno de paciente e receptor. Um equívoco comparar a legitimidade, ou porque não dizer o direito, sobre os órgãos entre doador e receptor. É lógico que houve uma inversão de valores. O tempo de observação foi sensivelmente reduzido, o que diminuiu as chances do legítimo possuidor dos órgãos de continuar na luta pela vida.

Essa confusão de conceitos encontra-se claramente evidenciada na denominação "**diagnóstico**" erroneamente aplicada ao **prognóstico** de morte encefálica: observa-se a persistência do coma associado à ausência de reflexos cefálicos e apnéia ao longo de algumas horas e, então, **infere-se, antecipa-se, prevê-se, prognostica-se** que a recuperação não virá a ocorrer jamais. Ou seja, oferece-se como evidência apenas a anedótica afirmação de que "a experiência médica não registra casos de recuperação em pacientes nesse estado neurológico" (o que não é verdade, pois a morte cardíaca tradicional não ocorre em cerca de 7% dos casos, conforme Walker et al, 1975). Conveniente chamá-los então de "**mortos**" para aproveitar-lhes os órgãos para transplante. Conveniente manipulação semântica, pois assim remove-se um obstáculo legal, que de outra forma, colocaria médicos transplantadores na vulnerável situação de retirarem órgãos (inclusive *vitais*) de pacientes indefesos, em coma, **morrendo**, para benefício do interesse de terceiros. (COIMBRA, 2004, não paginado)

Uma vítima que está em quadro comatoso grave, pode não se recuperar, mas também pode ter êxito em seu estado de saúde. A prioridade bem como o direito sobre os órgãos pertence ao seu próprio possuidor, até porque existem dúvidas sobre o sucesso da transplantação. Nos parece que na prática ocorre justamente o contrário do que está estabelecido em lei: a disposição do corpo em vida e *post mortem* são aspectos privativos do indivíduo, cabendo apenas a este decidir pelo altruísmo ou não, pois dispor do próprio corpo é manifestação concreta dos direitos de personalidade.

Já foi dito que o coma não se confunde com morte encefálica. Tal diferença é bastante clara. No coma, mesmo no nível mais acentuado do grau de inconsciência há elementos que nos permite indicar que até então não se instalou a morte encefálica. Há outros casos em que o quadro clínico não evolui, chegando inclusive a piorar, sendo nesse momento o começo do fim, isto é, transição do coma para a morte encefálica, sendo, portanto irreversível.

Os conceitos também se mostram diversos para cada setor. Aqueles que tratam o paciente o vêem como pessoa com direito à vida e, por conseguinte, com direito a um adequado suporte médico-terapêutico; do oposto as equipes de transplantes vêem estas vítimas como potenciais doadores e quando confirmada a M.E., como cadáveres, pois assim estes são declarados, passando a ter uma estima maior pelo receptor e por sua

recuperação, visto ser naquele momento a pessoa que mais precisa de atenção. É tão verdade que a lei determina que aqueles que declararem o óbito jamais poderão participar das equipes de remoção e transplante, já como forma de inibir qualquer desrespeito aos preceitos médicos. Mas tal medida ainda não se mostra satisfatória na prática, pois a pressão por um órgão para transplante tem levantado dúvidas sobre o real sentimento ético a ser observado. Um paciente doente não pode ser, em nenhuma hipótese, objeto de disputa por algo que pertence apenas a ele mesmo. Nem mesmo é legítimo a autorização da família para determinadas intervenções, posto que em muitos casos não se tem ainda um diagnóstico pontual. O paciente deve ser tratado como pessoa e não como um banco de órgãos.

Esse conflito de interesses junto ao leito de paciente em coma é sobremodo inconveniente, por vezes criminoso. É preciso reconhecer a importância e a beleza dos transplantes de órgãos como meio capaz de restaurar a saúde e proporcionar sobrevivência àqueles já desenganados, mas não há que se confundir valores, pois jamais o paciente com injúria cerebral terá a perda da prioridade sobre seus órgãos. Enquanto vivo terá seus direitos de personalidade e seus direitos fundamentais assegurados. O direito à vida e tudo que a ela for inerente não pode ser enfraquecido, independente de qual seja o discurso. Toda e qualquer manobra técnica, conceitual e jurídica contra os interesses do paciente comatoso, padecem de vício congênito e não podem receber a chancela do nosso ordenamento. Há, portanto, a necessidade de se reabrir esse diálogo, reconhecendo os riscos iminentes a que todos estamos sujeitos, e isso parte do enfrentamento da nossa dura realidade, qual seja, a de que existe de fato interesses vorazes sobre os órgãos e que há no nosso país o tráfico de órgãos. Esse é tema que daria uma outra monografia, mas que de todo modo deve ser mencionada como forma de compor a verdade dos fatos.

É preciso avançar cada vez mais em conhecer melhor o momento da morte, bem como identificar com mais acerto os casos de irreversibilidade e o estado vegetativo permanente. Até hoje perdura esta necessidade, inclusive esta tem sido a orientação do Código de Ética Médica, evitar as terapias obstinadas. A crise ética e jurídica reside na velocidade com que as coisas aconteceram e como os novos parâmetros foram colocados, aprovados e reconhecidos como válidos. Não nos resta outra conclusão senão a forte pressão dos interesses transplantistas em legalizar a extração de órgãos e tecidos.

2.4 Erro médico e morte encefálica – repercussão legal e ético-profissional

Como já mencionado no capítulo anterior o conceito de morte era, até meados do século passado, a parada cardiorrespiratória. Surgiram novas técnicas que possibilitaram a manutenção das funções cardíacas e respiratórias de forma artificial. Com a ajuda de aparelhos é possível manter por longo período de tempo as funções acima mencionadas em pacientes que não as tem de forma espontânea; natural¹⁷. A necessidade de conhecer o momento da morte serviu para evitar o uso destas técnicas em tempo excessivo se o quadro clínico do paciente fosse irreversível, tornando ineficaz e dispendioso o uso do suporte artificial.

Questões de ordem ética foram suscitadas, pois se de um lado representa um avanço da medicina, por outro pode significar a utilização destes recursos tecnológicos para adiar um tratamento que, em alguns casos, se mostra inapropriado devido à irreversibilidade do quadro clínico do paciente. A bioética aborda com bastante ênfase este problema, onde tratamentos terapêuticos devem ser ministrados com sabedoria. Não é razoável prolongar um tratamento sem possibilidades reais de êxito para o paciente. Inclusive esta tem sido a nova orientação do Conselho Federal de Medicina, no qual materializou tal entendimento na mais recente alteração do Código de Ética Médica, quando menciona as novas orientações sobre o paciente terminal e a reprovabilidade da terapêutica obstinada. Entretanto esta orientação é perigosa, pois abre a possibilidade de se desistir de pacientes comatosos em estado grave, mas com chances de recuperação, ou ao menos, não perseverar com os cuidados devidos ao prognosticar o quadro entre reversível ou irreversível. Questão delicada que sempre esteve presente nesta temática da ME, materializada no tempo de observação a ser dispensado ao doente. Vale ressaltar que o tempo de observação atualmente praticado no protocolo ME não atende aos interesses do paciente em coma, visto ser muito reduzido, o que de certa forma aumenta a probabilidade de diagnóstico falso positivos de ME.

Há profissionais da área afirmando de forma categórica o quão é reprovável uma terapêutica inútil. É preciso, portanto, conhecer o momento da morte, com fins de diagnosticar de maneira acertada quando continuar com os cuidados médicos e quando se torna inadiável a suspensão do tratamento com o desligamento dos aparelhos.

¹⁷ O uso do desfibrilador ou da massagem cardíaca seguida de ventilações pulmonares são capazes de restabelecer as funções cardiorrespiratórias. Técnica bastante utilizada em primeiros socorros e que realmente possui eficácia reconhecida, salvando muitas vidas.

Nesse contexto nasceu uma inquietação mais do que normal entre os profissionais que atuam diretamente com os transplantes de órgãos e tecidos: como aproveitar estes órgãos de forma eficaz, bem como evitar que estes, por causa do muito esperar se tornem impróprios para transplantes? Como já é sabido, mesmo em pacientes com suporte artificial há um tempo limite para o aproveitamento dos órgãos.

Devemos atentar para duas questões relevantes. Uma de ordem jurídica que basicamente consiste em não extrair órgãos de pessoas, mas sim de cadáveres, outra de ordem prática, ou seja, como avançar no campo dos transplantes.

Autorizar o desligamento de aparelhos que mantêm um indivíduo vivo de maneira artificial nos casos de ME comprovada, estado esse em que é completamente impossível a auto-suficiência do organismo em manter-se vivo, resultou num avanço ético por parte da Medicina em reconhecer quando é oportuno lutar pela vida e quando é necessário indicar o óbito. O diagnóstico deve ser preciso, e esgotados todos os meios possíveis para a caracterização da irreversibilidade do quadro clínico, pois um diagnóstico falho seria o mesmo que condenar alguém à morte e eivar de descrédito os profissionais responsáveis pela indicação do momento final da existência humana, além das implicações legais incidentes sobre o fato.

Na construção do conceito de morte devemos também conceituar a vida inclusive no aspecto médico-legal. Vida é a capacidade que o organismo possui de manter-se vivo; é o corpo que permanece vivo de forma autônoma. Para haver vida é necessário o equilíbrio dos sistemas de renovação, multiplicação e autoconservação do organismo, o que implica em viabilidade funcional de toda sua estrutura. Infelizmente, nem sempre o corpo humano goza de níveis satisfatórios deste equilíbrio vital, cabendo à medicina restabelecê-la.

Pode-se afirmar que um organismo que não consegue manter-se vivo por si só não é um tipo ou modelo de vida natural, mas sim artificial. O que nos resta saber é: até onde podemos artificializar a vida em prol de um tratamento?

Nos casos de pacientes em coma severo, não há por parte deste organismo a capacidade de se manter vivo sem ajuda médica, mas esta incapacidade pode ser momentânea.

A análise da legitimidade na decisão do desligamento dos aparelhos, nos casos de morte encefálica, trata-se de uma questão médica e não jurídica. Porém o Direito enquanto ciência, possuidor de princípios éticos, assim como a Medicina, também luta pela vida através de princípios jurídicos que sejam capazes de efetivar a devida tutela.

Um ponto importante desse estudo é buscar identificar até onde é legítimo a interferência jurídica em terreno eminentemente médico-científico. O que diz a nossa Constituição Federal sobre o direito a vida? Onde fica o Estado enquanto defensor dos interesses da sociedade? Os critérios médicos determinativos do momento da morte são seguros? Se a morte é um processo lento e gradual, como podemos indicá-la num dado instante? Parece que a celeuma ainda gira em torno do conceito de morte e sobre o risco de se prognosticar a morte ao invés de diagnosticá-la, lembrando que a lei só autoriza a retirada de órgãos para fins de transplante ou tratamento através de diagnóstico preciso e irreversível de morte.

Quanto à confiabilidade do diagnóstico da morte encefálica, foi possível localizar casos isolados de pessoas que tiveram a morte encefálica decretada, entretanto, houve modificação do quadro clínico, vindo estas pessoas a restabelecerem sua saúde em seguida. O que fazer diante de tal conjuntura? Podemos dizer que são casos de erro médico, visto ser o protocolo de ME seguro? Ou é justamente o contrário, não sendo conveniente falarmos em erro médico, mas sim culpa de um protocolo ainda impreciso, que não traz nem para o próprio médico a segurança necessária? São questões que precisam ser amadurecidas com brevidade. Não podemos negar a dificuldade deste diagnóstico. Os próprios profissionais desta área médica reconhecem a complexidade, e porque não dizer também o desconforto em firmar um atestado de óbito. Segundo Cícero Galli Coimbra, em artigo intitulado “*Morte Encefálica: Um diagnóstico Agonizante*”, ele trata sobre a complexidade deste procedimento que vai desde questões conceituais até as de índole prática, tais como despreparo dos médicos, falta de estrutura dos hospitais e procedimentos terapêuticos ultrapassados.

O próprio Wijdicks (1995) reconhece que a determinação da ME nunca foi fácil, embora o exame clínico pareça envolver instrumentos clínicos simples.

Recomenda-se que pelo menos um dos exames neurológicos seja feito por um neurologista ou neurocirurgião. Havendo elementos que possam confundir o examinador, devem ser imediatamente identificadas. A persistência da dúvida indica a suspensão do protocolo ou a troca do examinador ou ainda a desclassificação do paciente para o protocolo ME.

A falta de notificação de morte cerebral e o despreparo dos médicos para confirmar esse diagnóstico também são problemas a serem solucionados. O Dr. Jeferson Júnior, neurocirurgião e o Dr. Eduardo Mutarelli, neurologista e professor da USP,

afirmam¹⁸ que os médicos, num geral, não têm preparo suficiente para lidar com a situação. Isto significa que além da falta de aproveitamento de órgãos e tecidos, há o grave problema da carência de profissionais para atuarem nessa área. A gravidade se torna ainda maior quando os supracitados médicos afirmam que neurologistas e neurocirurgiões, mesmo os que possuem o título de especialista na área, ainda assim não sabem fazer o exame.

Os resultados de uma pesquisa realizada em oito hospitais de Porto Alegre, com duzentos e quarenta e seis intensivistas, apontam que [...] 17% deles desconheciam o conceito de ME e 25% desconheciam a necessidade legal de exames complementares. No entanto, como podem esses profissionais que estudaram, especializaram-se e convivem com a situação constantemente não saberem, ao menos, o conceito de ME? Como pessoas despreparadas para o diagnóstico podem explicar esse quadro de morte para a família? (RODRIGUES, Carlos Frederico Almeida; STYCHNICKI, Adriano Seikiti, et al. 2013, p. 278)

O código de Ética Médica dispõe que a ética profissional deve estar baseada também no contínuo aprimoramento científico. O desenvolvimento das técnicas depende também de uma uniformização dos referidos critérios e como sabemos nem sempre é possível na prática médica, devido a fatores econômicos, a utilização dos melhores recursos médicos. Em alguns Estados da Federação a disponibilidade de recursos humanos e econômicos é limitada. Resulta que a lei de transplantes nem sempre é cumprida em seu inteiro teor, ou seja, o que consta como obrigatório não está sendo efetivado na prática. Um exemplo é a falta de leitos de UTI na rede pública a disposição dos pacientes com suspeita de ME. Se falta leito que é o básico, falta logicamente outros recursos que são indispensáveis para o tratamento de pessoas.

Conforme MARREY NETO *apud* CATÃO (2004, p. 221), temos que é “*imprescindível a constatação da morte encefálica, mediante critérios científico-técnicos rigorosos, por médicos especializados e do mais elevado sentido ético*”.

Ainda seguindo a linha de raciocínio do professor acima citado, é preciso que o médico esteja familiarizado com o procedimento, para que não venha a praticar um homicídio. O profissional precisa conhecer o exato momento da morte, quer seja para utilização dos órgãos e tecidos para transplantes, quer seja para suspender as tentativas de salvar o paciente, pois prolongar os cuidados pode configurar uma injustificável obstinação terapêutica, que só trás sofrimento e dor para a família da vítima. (CATÃO, 2004)

¹⁸ Programa exibido no dia 26/04/2009 pela Rede Globo sob transplantes de órgãos, no quadro TRANSPLANTE, O DOM DA VIDA.

O avanço científico deve ser fomentado pelo Estado, assim como as descobertas e aplicações científicas devem ser autorizadas pelo mesmo. Cabe a este o controle. Se determinada prática médica estiver baseada em um processo de pouco ou duvidável rigor científico, deve o Estado coibir tal prática, pois até que receba a autorização, devem ser consideradas como ameaças para a sociedade, mais especificamente uma ameaça à vida. Tudo que é novo geralmente causa certo temor, que só é controlado com o tempo através da comprovação científica de que determinada descoberta é saudável e pode ser utilizada de forma livre. Para esse estudo o que interessa saber é: os critérios utilizados para apurar se há morte encefálica em um paciente são seguros? Com a tecnologia atual podemos afirmar de forma pontual que não há margem de erro?

Sabendo-se das conseqüências legais, qual médico iria ficar tranquilo quanto a este diagnóstico? Estaria o médico disposto a responder por homicídio culposo? Estaria disposto a pagar indenização à família da vítima, ou ainda, estaria colocando sua licença médica em risco?

2.5 Diagnóstico da morte encefálica

Quando o paciente não responde aos estímulos, e pelo exame clínico há constatação do coma com causa conhecida, ausência de hipotermia, hipotensão ou distúrbio metabólico grave e ausência de intoxicação exógena ou efeito de medicamentos psicotrópicos inicia-se o protocolo de ME.

De acordo com a Resolução nº 1.480/97 do CFM temos no 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***. Portanto, de acordo com o termo de Declaração de Morte Encefálica no item 3 temos:

No doente em coma, o nível sensorial de estímulo para desencadear a respiração é alto, necessitando-se da pCO₂ de até 55 mmHg, fenômeno que pode determinar um tempo de vários minutos entre a desconexão do respirador e o aparecimento dos movimentos respiratórios, caso a região ponto-bulbar ainda esteja íntegra.

A prova da apnéia é realizada de acordo com o seguinte protocolo:

- 3.1 - Ventilar o paciente com O₂ de 100% por 10 minutos;
- 3.2 - Desconectar o ventilador;
- 3.3 - Instalar catéter traqueal de oxigênio com fluxo de 6 litros por minuto;
- 3.4 - Observar se aparecem movimentos respiratórios por 10 minutos ou até quando o pCO₂ atingir 55 mmHg.

Numa linguagem mais acessível o teste consiste em observar se, após um tempo sem o suporte de oxigênio, o paciente apresenta movimentos respiratórios. Quando o segundo teste da apnéia é finalizado e sendo considerado válido, isto é, não havendo nenhuma movimentação respiratória autônoma, declara-se a morte do paciente. Sob o aspecto legal, este é o momento da morte. Porém, por medida de segurança, esse diagnóstico precisa passar pelos chamados exames complementares, que são obrigatórios.

Não apresentando resposta ao estímulo respiratório é a ME confirmada através de **exames complementares** que demonstrem de forma inequívoca *ausência de atividade elétrica cerebral, ou ausência de perfusão sangüínea cerebral ou ausência de atividade metabólica.*

O protocolo usa o termo ‘ou’ ao invés de usar a conjunção aditiva ‘e’, que de fato representa o verdadeiro sentido do termo no exame complementar. Os três requisitos não se excluem; ao contrário eles se completam formando uma soma, qual seja, ausência de atividade elétrica cerebral, ausência de perfusão sanguínea cerebral e ausência de atividade metabólica. Só após a confirmação de toda a inércia do encéfalo é que fica caracterizada a morte encefálica.

No momento, o que nos interessa é desvendar o teste da apnéia, demonstrando com respaldo científico a sua necessidade, se o mesmo atende ao princípio da beneficência ou da não-maleficência e se, a luz do direito, este procedimento pode ser considerado inoportuno para o paciente comatoso.

2.5.1 Teste da apnéia

A incapacidade respiratória pode ser temporária. Um dos sinais clínicos do paciente em coma é a incapacidade total ou parcial da respiração, isto é, ou o paciente não consegue respirar (está em apnéia) ou respira com dificuldade, daí o uso da ventilação mecânica. A literatura médica é vasta quanto aos casos de pessoas que estiveram em coma com a ajuda da ventilação mecânica e depois saíram do coma; conseqüentemente a ventilação foi suspensa por não ser mais necessária. Isso nos leva a que conclusão? Em primeiro, o centro responsável pela respiração estava íntegro e em segundo, o suporte (ventilação mecânica) é de fato vital. Na essência do termo, entendemos que vital é sinônimo de indispensável; condição *sine qua non* para a manutenção da vida. Mas porque os pacientes em coma que atendem, quanto ao exame

clínico, aos pressupostos para abertura do protocolo de morte encefálica são submetidos ao dito teste da apnéia? Se o paciente está sob os cuidados da ventilação mecânica isto não significa que em momento anterior este se encontrava em apnéia? E porque desligar a ventilação se foi constatado a necessidade de ligar o suporte artificial? São questões de ordem técnica que o CFM deve melhor fundamentar, o que não impede que o Direito sirva de ferramenta de investigação sobre a real necessidade de se realizar a apnéia no paciente por um tempo considerável.

Vejam os outro raciocínio. Quando uma pessoa sofre uma parada cardiorrespiratória, qual é uma das grandes preocupações para com a vítima? O tempo que esta fica sem oxigenação. E qual a medida a ser tomada? O procedimento de ressuscitação que inclui o uso da oxigenação artificial. Então por que desligar a ventilação mecânica no paciente comatoso?

Devemos entender, a priori, que cabe ao Direito ser o arbitrador da vida em sociedade. Direito aqui entendido não apenas como ciência, mas também como instrumento de concretização da justiça e, conseqüentemente, como última instância para os conflitos sociais. Já foi dito que o Direito não intervém nas questões de ordem médica, o que nos parece um raciocínio carecedor dos devidos esclarecimentos.

Em primeiro lugar temos que os procedimentos médicos só serão *legítimos* se atendidos os ditames éticos da profissão e se atendidos também aos interesses dos pacientes; só serão *legais* se houver respaldo do ordenamento jurídico para a prática de um determinado ato médico. Em segundo devemos dizer, a bem da verdade, que os tribunais decidem sobre questões delicadas da medicina, tais como eutanásia, anencéfalos, aborto, pesquisa e uso de células tronco, decidem também sobre questões que envolvem o nascituro, ou seja, todos esses são temas da chamada 'bioética de fronteira', que cuida do início e do fim da vida. O Judiciário controla a prática médica, julgando condutas e aplicando sanções quando cabível (erro médico, omissão de socorro, negativa de tratamento – planos de saúde), quando as sanções dos comitês de ética se mostram insuficientes, ou nos casos em que houver cometimento de condutas reprováveis da esfera penal – *ultima ratio*, além da responsabilidade administrativa e cível a ser apurada.

Portanto, melhor se apresenta o entendimento de que as questões médicas não se encerram na própria profissão; **o Direito pode e deve, com a devida cautela, controlar condutas e impor sanções nos casos de desrespeito aos direitos fundamentais.** Um exemplo claro são as experimentações científicas em seres humanos. Amplamente

utilizada pelos nazistas durante a segunda guerra mundial, foram não apenas condenadas, mas a partir desse evento histórico fez germinar os centros de discussão **bioética**, principalmente na Europa e Estados Unidos, pós-segunda guerra e que depois ganharam espaço em outros países. Indissociável da bioética está o **biodireito**, justamente como ramo capaz de fazer a integração ou ponte entre o direito e a medicina a exemplo também da medicina-legal.

De acordo com os princípios da **beneficência** e da **não-maleficência**, o ideal seria que o teste da apnéia não fosse realizado. A única proposição do teste da apnéia é confirmar ou não se o sistema respiratório encontra-se preservado. Entende-se que essa proposição seria legítima se não causasse efeitos danosos ao paciente comatoso. Então, o tempo gasto tentando identificar a morte encefálica (via teste da apnéia) deveria ser utilizado no tratamento do paciente. Esse tempo é chamado de 'janela terapêutica'. Se durante esse tempo, em que o paciente pode ser recuperável¹⁹, fossem ministrados os devidos cuidados, sem a pressa em identificar a ME, possivelmente teríamos aumentadas as probabilidades de recuperação de inúmeros pacientes. A pressa em identificar a ME é característica marcante dos interesses transplantistas; não assim o sendo, não haveria necessidade de identificar rapidamente a morte. Vale ressaltar que não se recuperando, o paciente caminha para a ME e inevitavelmente para a parada cardíaca.

No teste da apnéia o paciente sofre a privação do suporte de oxigênio por um tempo considerável e isso não atende aos seus próprios interesses; lembrando que o paciente ainda é pessoa e não cadáver, portanto ilegal, pois enquanto pessoa seus direitos permanecem resguardados pela ordem jurídica. O paciente tem o direito de decidir se aceita se submeter a procedimento médico de risco para sua saúde. Mas como decidir se está em coma? Não há aqui o consentimento informado. Sob o aspecto legal, qualquer procedimento ou tratamento precisa de autorização do interessado.

Para Coimbra, talvez a maior autoridade sobre o assunto no Brasil, o teste da apnéia pode levar pacientes que se encontram em um nível de coma reversível, quadro típico da zona de penumbra isquêmica, a um quadro de impossibilidade de recuperação. O seu irmão, Celso Galli Coimbra, advogado e especialista na área da saúde, defende a total extinção deste teste no protocolo ME e afirma que este provoca a morte do

¹⁹ Deve ser assim considerado até prova em contrário, mesmo que o prognóstico não seja bom

paciente. Sendo assim, segundo ele, o “diagnóstico” se torna infalível: decreta a morte, fornece órgãos e libera leitos de UTI’s.

Coimbra ao tornar isto público, enfrentou a fúria dos seus colegas transplantistas, que tentaram cassar seu registro médico. Não conseguiram. Os irmãos Coimbra entraram com uma ação na Justiça Federal – Interpeleção Judicial Conjunta – contra: o CFM; CREMERS (Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul) e contra a União, tendo como objeto da ação exigir que o CFM respondesse aos questionamentos do citado neurologista. Até hoje nenhuma resposta satisfatória foi dada a sociedade e a celeuma continua.

Aqueles que defendem o teste alegam motivos de segurança; consideram o teste necessário. Imagine-se então se, durante os preparativos para retiradas dos órgãos, a vítima começasse a respirar? Segurança, para quem examina. É uma maneira de se respaldar contra possíveis diagnósticos falhos, visto não existir registros oficiais de que aqueles submetidos ao teste tenham se recuperado. A tese²⁰ proposta por Coimbra é: retirar o teste da apnéia do protocolo ME e utilizar a hipotermia induzida como única medida terapêutica capaz de oferecer neuroproteção e involução do edema cerebral.

Este cenário não condiz com o princípio da beneficência e da não-maleficência. Mas porque o teste da apnéia é então realizado, se não tem o requinte de contribuir para a melhoria do quadro clínico do paciente? Os procedimentos médicos que causam dano ao corpo devem trazer em contrapartida algum benefício que justifique o risco a que o paciente se expõe. No caso em comento o teste da apnéia suprime o paciente do suporte de oxigênio por um longo período de 10 minutos sem trazer nada em troca. Porque expor uma pessoa a um teste de apnéia de incríveis 10 minutos e esperar que isso represente algo positivo? Desde seu nascimento este teste tem suscitado enormes desconfianças.

A privação do oxigênio causa um fenômeno chamado de ‘edema cerebral’, ou seja, o inchaço do cérebro, que não tem como se expandir, devido à limitação em que se encontra: dentro da caixa craniana. Isso faz com que o cérebro se dilate e dificulte a perfusão sanguínea; esta por sua vez causa mais edemas às estruturas encefálicas, resultando num efeito cascata. Sem a perfusão sanguínea adequada, o cérebro sofre privação de oxigênio e nutrientes, além de ter sua temperatura elevada, diminuindo as

²⁰ Seu trabalho foi publicado no conceituado Jornal Internacional de Medicina – BMJ Group (*British Medical Journal*).

chances de recuperação e acelerando o processo de injúria cerebral do paciente já comatoso. Nos ensina Coimbra (1998, p. 63-64), que

[...] o efeito do teste sobre a pressão de perfusão é justamente o oposto, pois o teste pode tanto induzir aumento da pressão intracraniana como redução da pressão arterial, levando ao colapso irreversível da circulação intracraniana e, dessa forma, induzindo a lesão irreversível do encéfalo, a qual deveria pretensamente apenas diagnosticar. [...] Muitíssimo mais grave do que a exacerbação da hipertensão intracraniana determinada pelo teste da apnéia, revela-se a hipotensão arterial induzida em cerca de 40% dos pacientes submetidos a esse procedimento. Conforme se sabe há pelo menos 15 anos, a hipotensão arterial tem conseqüências catastróficas e irreversíveis sobre pacientes portadores de hipertensão intracraniana, como, por exemplo, as vítimas de traumatismo craniano severo (condição que mais freqüentemente leva ao “diagnóstico” de morte encefálica no Brasil). Conforme dados levantados através do Traumatic Coma Data Bank, a simples ocorrência de um episódio isolado de hipotensão (pressão arterial sistólica < 90mmHg) pode elevar de 27% para 60% o percentual de pacientes com traumatismo craniano severo, que evoluem para a morte ou para o estado vegetativo persistente, elegendo-se por isso a prevenção da hipotensão, dentre todas as medidas terapêuticas voltadas para o benefício desses pacientes, como a medida mais fundamental, e provavelmente a conduta que, de forma isolada, responde pelo sucesso dos mais modernos protocolos adotados nos melhores centros internacionais no manejo desses pacientes.

Esse raciocínio não é contrário às transplantações; a objeção é com relação ao modo como a ME é declarada. O próprio Sr. Luis Alcides Manreza, relator da Resolução nº 1.480/97 do CFM admite os efeitos catastróficos do teste da apnéia. O professor Eric Grossi Morato²¹ também admite “efeitos deletérios para o paciente”. a professora Maria Helena Diniz também condena o uso do teste.

O Dr. Lance B. Becker²² descobriu que pacientes vítimas de parada cardíaca sofriam privação de oxigênio por um bom tempo e não deveriam ser oxigenados em demasia logo em seguida. Em suas observações percebeu que muitos pacientes após se recuperarem vinham a óbitos dias depois. A célula, após ficar um tempo sem oxigenação, apresentava um processo de autodestruição, devido à formação de um aglomerado tóxico dentro dela e quando recebia oxigênio em grande quantidade ao invés de melhorar, acelerava-se o processo de morte em nível celular. Nesses casos foi comprovado que alterações bruscas de oxigênio no organismo poderiam causar a morte. Avançando, podemos perceber que o teste da apnéia faz justamente isso. O paciente é oxigenado a 100% durante 10 minutos. Desliga-se a ventilação mecânica e espera-se o

²¹ Neurocirurgião do Hospital das Clínicas da UFMG e do Hospital de Pronto-socorro João XXIII, além de instrutor do ATLS – Advanced Trauma Life Support – .

²² Médico do Centro de Ressuscitação – Departamento de Emergência Médica – e Professor da Escola de Medicina, ambos da Universidade da Pennsylvania, EUA.

lapso de 10 minutos ou menos, se a concentração de CO₂ for igual ou superior a 55mmHg. Depois repete-se o procedimento por mais uma vez.

Recomenda-se, portanto, que o mencionado teste seja abolido do protocolo ME. Conforme a existência de conhecimento técnico sobre este procedimento na atualidade, não restam dúvidas sobre suas conseqüências nocivas em face dos pacientes que a eles são submetidos. Sendo assim, caracterizada está a ilegalidade da Resolução nº 1.480/97 do CFM no que toca a este quesito e também no quesito ‘tempo de observação’²³, haja vista a insuficiência deste lapso²⁴ para o diagnóstico de ME, sobremaneira pela descoberta e comprovação da chamada ‘zona de penumbra isquêmica’ pela ciência atual, na qual não se pode precisar o real quadro de reversibilidade/irreversibilidade em tão breve intervalo de tempo.

Outra crítica que merece destaque, ainda com relação ao tempo de observação é a intoxicação exógena como elemento a ser investigado, tendo em vista que a presença de drogas psicotrópicas, anestésicos, barbitúricos e outros com efeito semelhante deprimem o SNC, podendo falsear o diagnóstico de ME e levam entre 24 a 48 horas para serem eliminados do organismo. Como se percebe o tempo de observação é bem menor (um exame a cada 6 horas em adultos), não sendo necessário para a correta exclusão destes elementos antes da abertura do protocolo ME.

Ademais, deveria haver a responsabilização jurídica para todos os que se utilizarem destes métodos comprovadamente escusos. Cite-se o art. 186 c/c art. 951 do Código Civil, no que concerne ao dever de indenizar, pois todo aquele que causa dano comete ato ilícito. Quanto à esfera criminal, incide a responsabilidade culposa e dolosa, embora esta última seja difícil de demonstrar, devido a necessidade de se comprovar o *animus* do agente. O tipo penal é que determinará qual sanção será aplicada, sendo considerada a norma mais benéfica. Como possíveis respostas legais temos os art. 121, §§ 3º e 4º, art. 129, §§ 1º e 3º, art. 132, art. 135 e parágrafo único.

2.6 Hipotermia terapêutica

A hipotermia terapêutica, segundo Cícero Galli Coimbra, deveria ser adotada no tratamento de pacientes com edema cerebral e hipertensão intracraniana. Afirma ainda

²³ O tempo de observação é tão curto que não permite ao próprio doente apresentar melhoras. É sabido que o quadro comatoso pode levar dias ou meses.

²⁴ Vide anexo 1.

este autor que o valor terapêutico da hipotermia moderada juntamente com o uso da trombólise intra-arterial são alternativas eficientes, fazendo com que muitos pacientes tenham uma terapia adequada e ao mesmo tempo não seja aberto o protocolo ME²⁵. Por edema cerebral podemos entender como o inchaço do cérebro, geralmente causado por acidente vascular cerebral, traumatismo craniano, isquemia cerebral (diminuição da oferta de sangue), hipóxia (diminuição da oferta de oxigênio), dentre outras causas.

Antigamente, a hipotermia foi utilizada sem tanto sucesso, apresentando inclusive alguns efeitos adversos nos pacientes, justamente por que não se tinha o conhecimento e domínio sobre a técnica como nos dias atuais. Reduzia-se a temperatura a tal ponto, que surgiam complicações; isso fez com que muitos profissionais classificassem este uso como perigoso ou não eficaz. Recentemente tal estigma foi afastado, por um simples motivo: conclui-se que o limite de temperatura suportado pelo paciente, sem que este sofra efeitos colaterais, é de 32 graus, sendo mais recomendado 33 graus, e neste cenário a hipotermia mostra seus atributos positivos. De fato, retomou-se o uso da hipotermia terapêutica, agora considerada segura. Outro fator importante é que o reaquecimento do paciente deveria ocorrer de forma gradual, processo que leva mais de 24h, o que no passado não era feito, fazendo com que surgisse a hipertermia rebote.

Estudos do neurocirurgião japonês, Dr. Noriyuki Hayashi e do alemão Christoph Metz da Universidade de Heidelberg (Alemanha), indicam bons resultados no uso da hipotermia moderada em pacientes com indicação para receber o tratamento e hoje é considerada como método seguro e eficaz, além de possuir baixo custo.

Essa técnica é utilizada para fornecer neuroproteção em lesões cerebrais traumáticas, acidente vascular encefálico, hipertensão intracraniana, hemorragia subaracnóidea, entre outras condições neurológicas, além de infarto agudo do miocárdio e parada cardiorrespiratória (ANJOS, 2008, p. 74).

Entretanto sua utilização não é tão ampla na prática clínica, principalmente pela falta de estrutura dos hospitais e despreparo dos médicos (ANJOS, 2008).

Outras autoridades no assunto também defendem o uso da hipotermia induzida. O Dr. Lance B. Becker defende o uso da hipotermia como método capaz de oferecer neuroproteção além de retardar os efeitos nocivos dos pacientes que sofreram hipóxia.

²⁵ Lembrando: se o paciente estiver em hipotermia, não poderá ser aberto o protocolo ME. Trata-se de uma das hipóteses de exclusão.

Já o cardiologista Karl B. Kern²⁶ defende uma ação agressiva para salvar pacientes vítimas de parada cardíaca através da ressuscitação e da hipotermia. Explica este último que quando ocorre a parada cardíaca, tem início o stress oxidativo das células, causado pela falta de oxigênio. Se esse evento não for interrompido irá desencadear um processo inflamatório, com liberação de toxinas, podendo até, como fim dessa série de episódios, levar à ME. Se as medidas adequadas forem tomadas, incluindo-se a hipotermia induzida, aumentam, em média, as chances de recuperação em 35% dos casos, chegando a triplicar as chances de recuperação nos centros de ressuscitação mais avançados (BUCHALLA, 2007).

O estudo recentemente publicado por Schwab et al. em que os autores relatam os surpreendentes efeitos da hipotermia moderada (33°C) induzida em pacientes portadores de edema cerebral grave e hipertensão intracraniana, evoluindo com aprofundamento progressivo do coma, é extremamente pertinente para a questão da morte encefálica. Demonstra-se naquele estudo a imediata normalização da pressão intracraniana (ocorrendo concomitantemente ao processo de resfriamento, ainda antes de atingir-se a temperatura desejada) e, ao longo de poucas horas em que a temperatura é mantida naquele nível (33°C), a dramática involução do edema cerebral, documentada em tomografias sucessivas. Evidencia-se assim que a hipotermia moderada, induzida nesses pacientes é capaz de promover a imediata normalização da pressão de perfusão cerebral, constituindo-se, ao mesmo tempo, na única medida terapêutica até hoje reconhecida como capaz de fazer involuir o edema cerebral. (COIMBRA, 1998, p. 65)

O Dr. Robert Truog²⁷ em artigo intitulado “*Is it time to abandon brain death?*”, faz críticas ao método que avalia a ausência de hipotermia, quando do exame clínico. Afirma que se o paciente não está hipotérmico é por que a homeostasia – controle da temperatura corporal feita pelo cérebro – está ativa, e isto por si só é indicativo de função neurológica ativa, ainda que mínima, logo o critério proposto em 1968 e atualmente seguido não tem validade científica, devendo, portanto, ser abandonado. Do contrário a lógica é a mesma: se o paciente está hipotérmico, temos uma causa de exclusão, pois a hipotermia pode falsear o diagnóstico de morte.

Segundo Morato (2009, p. 231), 90% das causas de coma que evoluem para a ME decorrem de AVC (acidente vascular cerebral), TCE (traumatismo cranioencefálico) e a lesão cerebral hipóxico-isquêmica. Se considerarmos as causas

²⁶ Professor da Universidade do Arizona, EUA. Dirige um dos centros médicos mais bem equipados do mundo no tratamento de vítimas de paragem cardíaca.

²⁷ Dr. Robert Truog é professor de Ética Médica, Anestesiologia e Pediatria na *Harvard Medical School* e associado na *Critical Care Medicine* do Hospital Infantil de Boston. Dr. Truog recebeu seu diploma de medicina da Universidade da Califórnia, Los Angeles e é certificado nas práticas de pediatria, anestesiologia e medicina intensiva pediátrica. O Dr. Truog já publicou mais de 200 artigos em bioética e disciplinas relacionadas, incluindo as diretrizes nacionais recentes para a prestação de cuidados de final de vida na Unidade de Terapia Intensiva. Seus escritos sobre o tema da morte cerebral foram traduzidos em várias línguas.

que podem levar à ME, podemos concluir que o uso da hipotermia é de fato a melhor perspectiva de tratamento e recuperação da atualidade, o que vem corroborar a tese do Dr. Coimbra, devendo portanto ser obrigatória, isto é, deveria fazer parte das medidas terapêuticas antes de se abrir o protocolo de ME.

Cabe ao CFM e aos respectivos CRM inovar não apenas na atualização do protocolo ME de acordo com as novas descobertas científicas, até por que o Código de Ética Médica prevê o contínuo aprimoramento científico, mas também no uso de medidas eficazes para contornar o coma, recuperando pessoas, missão da medicina e direito assegurado na Constituição, a saber: o direito à vida e à saúde.

São aspectos a se considerar, lembrando que não cabe o argumento da reserva do possível, típico da administração, quanto à insuficiência de recursos para a saúde, posto que os gastos com os transplantes são muito maiores do que as despesas necessárias para a implementação da hipotermia nos hospitais públicos. Pesa ainda o fato de que o SUS (Sistema Único de Saúde) tem como meta priorizar os recursos públicos nos tratamentos preventivos de saúde, exatamente o caso da hipotermia terapêutica induzida. Também não prospera o argumento de que profissionais de saúde não dominam a técnica, pois mais difícil, arriscado e complexo é um transplante de coração. Quem pode o mais pode o menos.

CAPÍTULO 3 – OUTRAS QUESTÕES SOBRE A MORTE ENCEFÁLICA E ASPECTOS LEGAIS

3.1 Generalidades

Neste trabalho, muitos elementos técnicos da medicina foram coletados e repassados ao leitor de uma forma mais acessível, numa tentativa de fazê-lo compreender, de acordo com a visão de muitas autoridades sobre o assunto, a situação pretérita e também atual de como é o *modus operandi* no diagnóstico de ME, para só após esta construção conceitual e prática do novo parâmetro de morte, tornar possível um juízo de valor sobre as condutas dos profissionais de saúde. Necessário, então, uma abordagem quanto à responsabilidade jurídica destes profissionais diante deste procedimento que ao mesmo tempo indica a morte e serve como evento legitimador para a extração de órgãos e tecidos humanos para fins de transplante e tratamento.

3.2 Responsabilidade jurídica nos transplantes de órgãos

No Brasil, com a edição da lei nº 9.434/97, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, tivemos a positivação das regras acerca dos transplantes e conseqüentemente a normatização referente aos ilícitos porventura cometidos. Neste sentido, busca-se a responsabilidade jurídica civil, penal e administrativa.

A supracitada lei dispõe, em seu Capítulo V, sobre as sanções penais e administrativas, mas é silente quanto à responsabilidade civil. (CATÃO, 2004)

No que se refere à responsabilidade jurídica de natureza penal, temos uma norma especial em matéria de transplantes que se encontra entre os arts. 14 e 20 desta lei.

Estabelece este diploma que a remoção de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver em desacordo com o que dispõe a lei, acarreta pena de reclusão de dois a seis anos e multa; já na forma qualificada, que seria o crime cometido mediante paga ou promessa de recompensa ou por outro motivo torpe, a pena pode chegar a oito anos de reclusão. Porém, se o crime é praticado em pessoa viva e resulta em morte a pena pode chegar a vinte anos de reclusão.

Como se percebe, o critério do legislador ao fixar o *quantum* da pena, neste último caso, é idêntico ao previsto no Código Penal, art. 121, quando trata do homicídio

simples, mas não prevê penas mais severas nos casos em que a conduta ou *animus* do agente, justifique a incidência de alguma qualificadora, como assim o faz o Código Penal, quando dispõe sobre o homicídio qualificado, restando assim, incompleta a lei de transplantes neste particular, pois esta apenas fixa uma pena máxima de vinte anos, logo é silente nos casos em que se deveria aplicar uma pena maior.

Entendemos que na aplicação da lei ao caso concreto, cabe a integração da norma por meio de outros diplomas legais, capazes de suprir a lacuna deixada pela lei de transplantes, o que não fere o princípio da reserva legal em sede criminal, posto que o processo de integração da norma não cria direito novo em face do réu, apenas confere instrumentalidade ao aplicador da lei, conforme prevê a lei de introdução às normas do direito brasileiro, lembrando que os tipos aplicados pelo juiz da causa são normas já previamente dispostas, no que atende a anterioridade penal.

Nos casos em que for comprovada a compra e venda de tecidos, órgãos ou outras partes do corpo humano, a lei 9.434/97 em seu art. 15, prevê a aplicação de pena de reclusão, de três a oito anos; já quem realiza transplante ou enxerto utilizando tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, também responde pelo ilícito cometido quando tem ciência de terem sido obtidos em desacordo com o disposto nesta lei.

Quanto ao art. 15, acima citado, entendemos ser insuficiente a pena disposta pelo legislador, tendo em vista a gravidade do ilícito. Como já mencionado, e ainda será melhor abordado no item 3.4, o tráfico de órgãos é um tipo delituoso que consegue ao mesmo tempo: desvirtuar a prática médica; desestimular as doações altruísticas; financiar o crime organizado e interferir no processo normal de obtenção de órgãos, por meio da lista única de transplantes, além de outros aspectos que serão mencionados em momento oportuno. Cabe aqui sugerir mudanças nesta lei, no que toca a insuficiência da pena frente à gravidade e dimensão dos crimes nela tipificados.

A sanção penal é também cabível na hipótese em que o médico, a pretexto de salvar uma vida, venha a apressar ou antecipar o final de uma outra, visto que estaria cometendo um homicídio ou praticando eutanásia passiva. (CATÃO, 2004, p. 249)

Quanto às sanções de índole administrativa, temos, dentre os vários previstos, que nos casos dos crimes previstos nos arts. 14, 15, 16 e 17, o estabelecimento de saúde e as equipes médico-cirúrgicas envolvidas poderão ser desautorizadas temporária ou permanentemente pelas autoridades competentes. Se a instituição é particular, a autoridade competente poderá multá-la em 200 a 360 dias-multa e, em caso de reincidência, poderá ter suas atividades suspensas temporária ou definitivamente, sem

direito a qualquer indenização ou compensação por investimentos realizados; se a instituição é particular, é proibida de estabelecer contratos ou convênios com entidades públicas, bem como se beneficiar de créditos oriundos de instituições governamentais ou daquelas em que o Estado é acionista, pelo prazo de cinco anos.

Por fim, no que se refere à responsabilidade civil, a lei nada dispõe. Portanto, entende-se que o dispositivo legal capaz de regular tal situação encontra-se presente no Código Civil, sendo os arts. 186, 944, 948, 949, 950 e 951, os diretamente relacionados. A análise em conjunto destes artigos complementa a lacuna deixada pela Lei nº 9.434/97. Segue abaixo a transcrição legal:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito;

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano;

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima;

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido;

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez;

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Como se percebe, a sanção de natureza cível tem caráter indenizatório, como meio de recompor tanto quanto possível o dano causado.

Deve-se, portanto, comprovar os elementos da responsabilidade civil ou pressupostos do dever de indenizar: a) conduta humana; b) culpa genérica ou lato sensu; c) nexos de causalidade; d) dano ou prejuízo.

Quando se fala em *responsabilidade com ou sem culpa*, leva-se em consideração a culpa em sentido amplo ou a *culpa genérica* (culpa *lato sensu*), que engloba o dolo e a culpa estrita (*stricto sensu*). (TARTUCE, 2014, p. 471)

Já a culpa estrita se divide em três elementos: a) imprudência (falta de cuidado + ação); b) negligência (falta de cuidado + omissão); c) imperícia (falta de qualificação ou treinamento para desempenhar uma determinada função). Destarte, em se tratando de responsabilidade médica, tem a vítima que provar a imprudência, a negligência e a imperícia do profissional de saúde. (CATÃO, 2004)

Isso decorre da natureza contratual entre médico e paciente que é de meio e não de fim; não há obrigação de resultado, mas sim de diligência, sendo esta materializada com o emprego de todos os recursos disponíveis para se alcançar este desiderato, qual seja, curar o paciente. Logo a ‘quebra do contrato’ por parte do profissional de saúde deve ser provado. Cabe aqui o ônus da prova. Por ‘quebra do contrato’ entende-se a falta de diligência necessária para com o paciente.

3.3 Ética, Bioética, Biodireito e princípio da dignidade humana

Falar sobre ética é tratar não apenas dos bons costumes, da moral, dos valores sociais, mas também do que é certo. O senso crítico que temos e que nos orienta a fazer, ou ao menos distinguir, o que é certo e o que é errado nos permite entender, quantificar e qualificar o que é ético. A aplicação da ética na vida em sociedade, principalmente na prática profissional nos conduz a ordem pública. Como se percebe, a obediência ao que é correto nos projeta para o bem em comum. Parece muito óbvio referida afirmação, mas não nos parece tão redundante quanto percebemos que a ética ainda anda esquecida, sobremaneira no âmbito profissional como se não fosse um instrumento de trabalho.

A construção do que é ético gira em torno do que é justo, razoável, aceitável, esperado. A teoria do contratualista é uma ótima baliza para se chegar a um denominador comum. Perdemos parcela do que é nosso, nos abstermos do egocentrismo e focamos no coletivo. O que perdemos não supera o que ganhamos, pois o fruto do contrato social se mostra generoso. Portanto podemos dizer que a abertura do eu para a recepção do outro é a essência básica neste processo. O individual não fica esquecido ou tornado sem importância, apenas a valoração do individual fica em detrimento do coletivo. Os direitos personalíssimos são mantidos, inclusive há casos em que o

individual é preponderante, mas isto é a exceção. A regra é a aceitação do contrato social como elemento pacificador das diferenças para que se faça a distribuição do direito, ou seja, dar a cada um o que lhe pertence.

A Bioética surge para equacionar a ética com a vida, nosso maior bem. Ocupa-se com temas morais que se originam na prática da medicina ou na atividade de pesquisas tecnológicas biomédicas. Surgiu da necessidade de sintonia entre avanços científicos na área médica e permanência de princípios éticos no que se refere aos fins humanísticos do exercício da medicina, isto é, os avanços científicos não poderiam sujeitar o ser humano a um tratamento em desacordo com os direitos de personalidade nem ao arrepio do que é ético.

As pesquisas científicas e a prática médica prosperaram trazendo avanço, porém também trouxeram dúvidas, tabus, desconfiança e perplexidade frente às descobertas. A bioética traz no seu bojo a retomada das discussões dos valores humanos, dos direitos fundamentais e dos direitos de personalidade. As experiências praticadas pelos nazistas na segunda grande guerra fez germinar um sentimento de repúdio a tais atos e a preocupação do homem consigo mesmo se transformou em pauta oficial entre autoridades do mundo civilizado, resultando na criação de tratados internacionais que visam à proteção do homem e de sua dignidade, a tutela ao patrimônio genético, bem como a instituição de centros de discussão bioética. (CATÃO, 2004)

Desse modo, foram criados comitês de ética, primeiramente em hospitais universitários, composto basicamente por médicos, mas evoluíram e gradativamente surgiram os comitês nacionais de bioética, com maiores poderes, atuando como instâncias nacionais para o controle e desenvolvimento das pesquisas. (CATÃO, 2004)

Nesse cenário prospero de criação de centros de discussão bioética, temos um acontecimento importantíssimo ocorrido nos EUA no ano de 1974. O congresso norte-americano criou uma comissão nacional para debater assuntos relacionados à investigação biomédica. Formulando inúmeras recomendações, finalizou seus trabalhos no ano de 1978 e o documento produzido por esta comissão ficou conhecido como *Relatório Belmont*. Nesse documento estão dispostos quatro princípios elementares da ética médica: o princípio da beneficência, o princípio da não-maleficência, o princípio da autonomia e o princípio da justiça.

Em nosso país também tivemos avanços da temática e como exemplo podemos apontar a *Revista Bioética* com publicações desde o ano de 1993, contando com artigos

de autoridades renomadas sobre variados temas, mas sempre registrando de forma pontual a discussão ética.

A bioética se transformou em ferramenta na formação humanística, principalmente dos profissionais diretamente ligados a ela. O positivismo e o cientificismo perderam terreno e o reaparecimento da união entre moral e direito se fez cada vez mais presente. Isso inclusive ocorre em outras searas, como no Direito Constitucional, onde a evolução destes estudos projetou esta ciência para um novo modelo de atuação, chamado de neoconstitucionalismo.

A chamada ‘bioética de fronteira’, isto é, aquela que trata das novas tecnologias aplicadas à fase inicial e terminal da vida, também teve progresso, mas que, pela própria singeleza da temática, despertam discussões intermináveis como, por exemplo, a questão do aborto, a eutanásia, a morte encefálica etc.

Precisamos lembrar que a medicina só poderá atender aos ditames éticos se estiver sempre em evolução, pois a humanidade está em constante modificação. Se adequar aos novos desafios não apenas no aspecto técnico, mas também no sentido ético é um fundamento. Avaliar a pertinência e segurança das técnicas adotadas é aspecto reconhecido e recomendado pelo CFM pelo que extraímos do Código de Ética Médica quando menciona de forma clara a necessidade de aprimorar continuamente os conhecimentos.

Há um questionamento que pode resumir um pouco do que vivemos no tempo atual: tudo o que é tecnologicamente possível, também o é ética e juridicamente? Na certa sabemos que a resposta é negativa. Ocorre que os temas são tão delicados e conseqüentemente as descobertas nos levam a modificação dos conceitos fazendo com que a diferenciação do que antes era proibido passe a ser permitido. Por fim podemos vislumbrar que as inovações na área médica devem obrigatoriamente passar pelo crivo legal e ético, sem mencionar a repercussões de índole filosófica, sociológica e religiosa.

3.4 O problema do tráfico de órgãos

Quando uma pessoa doente procura tratamento e descobre que precisa de um transplante como única e última alternativa, iniciam-se uma jornada de angústia e sofrimento. A fila de espera por um órgão é demasiadamente longa, são grandes as incompatibilidades entre doador e receptor, as despesas médicas, a qualidade de vida já

não é a mesma etc., fatores que se agravam ainda pela falta de notificação às centrais de transplante e pelos exíguos recursos hospitalares (traço marcante do nosso sistema de saúde). Enfim, o quadro clínico tende a piorar, o sofrimento do paciente e da sua família também e a possibilidade de morte se avizinha. O que fazer?

Para muitas pessoas no mundo, se submeter a uma cirurgia de transplante para restabelecer, tanto quanto possível a saúde é uma dura realidade, assim como o tráfico de órgãos também o é. No começo, segundo Volnei Garrafa²⁸ (1993), este fato era mencionado somente em algumas obras de ficção literária ou cinematográfica; atualmente alcança dimensões concretas e preocupantes no contexto mundial, inclusive no Brasil. É preciso interligar essas perspectivas: de que a falta de órgãos para transplantes e o tráfico de órgãos caminham juntos.

Em 1987 o cirurgião indiano C. T. Patel apresentou um novo conceito: rewarded donors (doadores recompensados) como tentativa de se estabelecer um mercado de compra e venda de órgãos. No ano de 1988 em Sydney, durante o XII Congresso da *Transplantation Society*, foi outra vez proposto a inclusão do termo reward donors como uma maneira legítima de incentivo as doações de órgãos em contraponto ao ‘comércio desmedido’. Era o começo das investidas que ainda estavam por vir, no que se refere à tentativa de se estabelecer um comércio de órgãos, mas que naquele momento as palavras deveriam ser colocadas com prudência, sobretudo porque os palestrantes e a opinião pública ainda se mostravam contrários a modificações dessa ordem. Em Munique, no ano de 1990, no Congresso “Ética, Justiça e Comércio na Terapia de Substituição de Órgãos”, novamente foi reapresentada essa proposta, principalmente por médicos norte-americanos e asiáticos. A proposta foi rejeitada em assembléia pela maioria dos participantes. (GARRAFA, 1993)

Novos conceitos foram introduzidos com o fim específico de mascarar a realidade e fomentar um comércio de estruturas humanas. Ainda de acordo com Garrafa (1993, p. 1-2),

[...] a questão do mercado humano é muito antiga. Na era dos transplantes, ela apenas foi aprimorada, avançando de questões mais amplas como a escravidão, prostituição ou exploração física do trabalho, para aspectos mais sutis, delicados e específicos de compra, venda ou aluguel de órgãos e estruturas separadas do corpo das pessoas [...] Na medida em que a prática dos transplantes foi se difundindo e obtendo constantes sucessos clínicos, as denúncias aumentaram proporcionalmente [...] Alarmados com as notícias, três cientistas vencedores do prêmio Nobel escreveram, em 1984, ao presidente norte-americano, Ronald Reagan, recomendando que em nenhuma

²⁸ Pós-Doutorado em Bioética pela Universidade de Roma; Professor Titular, Faculdade de Ciências da Saúde da Universidade de Brasília, Brasília-DF.

circunstância deveriam ser utilizados nos transplantes órgãos de pessoas que não fossem aparentadas do receptor. Esta iniciativa originou a criação imediata de uma lei federal nos Estados Unidos, a National Organ Transplant Act, proibindo a compra e venda de órgãos.

Esses acontecimentos embora não tenham se passado aqui no Brasil, repercutiram no nosso país e servem como elemento histórico, justamente por tornar a discussão bioética fragilizada, neste e em outros aspectos relacionados aos transplantes de órgãos, lembrando que inovações de cunho bioético geralmente se formalizam através de organismos supranacionais ou em congressos internacionais sobre estas temáticas; dificilmente ganham repercussão mundial quando patrocinadas isoladamente.

O ‘comércio desmedido’ sempre tem prosperado na informalidade e encontra terreno fértil nas necessidades dos doentes que esperam por um transplante. É uma questão delicada e real, que não tem sido devidamente reprimida talvez por causa da tolerância social acerca desta questão: não colocar no ‘ostracismo’ aqueles que buscam este recurso em busca da própria sobrevivência. Esse nos parece ser o correto raciocínio. Quem compra não deve sofrer tamanha reprovação, diferentemente de quem vende, pois lucra com essa atividade e todo mercantilismo que tenha como objeto, imediato ou mediato, a vida e seus valores intrínsecos, não pode viver sob o pálio da legalidade nem sob o beneplácito das autoridades.

As tentativas de se estabelecer um mercado de estruturas humanas tem ido na contramão dos preceitos éticos, jurídicos e profissionais. A desconfiança social frente a projetos como este fizeram diminuir o número de doações altruísticas. Infelizmente a mídia enfatiza muito mais as campanhas em favor dos transplantes do que propriamente os cuidados que a população deviria ter com relação a existência de um comércio ilegal. A falta de credibilidade e a ausência de respostas jurídicas frente a estas denúncias, colocaram a sociedade em postura defensiva, onde as políticas públicas de incentivos à doação de órgãos *post mortem* não produziram o efeito desejado; ainda existe um número considerável de pessoas que se declaram não doadores de órgãos e tecidos.

A medicina ainda não solucionou o problema da oferta de órgãos. Há tentativas de desenvolvê-los em laboratório tendo como base a manipulação de células-tronco para a produção desta forma alternativa de suprimento. Podemos afirmar que este sonho começou a se tornar realidade quanto aos tratamentos que demandam tecidos e cartilagens, devido ao uso das células tronco, como meio capaz de produção dessas estruturas em laboratório, mas os órgãos vitais tais como pâncreas, rins, coração,

pulmão, fígado etc., ainda não foram desenvolvidos por mãos humanas. Tivemos avanços significativos, fruto da engenhosidade e ambição do homem, mas ainda não foram suficientes para abandonarmos o método doador-receptor. Um número incontável de pessoas no mundo agoniza a espera de um transplante, cenário que tende a piorar se medidas governamentais não forem adotadas para, ao menos, minimizar a tremenda desproporção entre procura e oferta.

Ocorre que estas medidas governamentais não podem se materializar sem que antes atendam a ética médica, bioética e as leis fundamentais. Em alguns países como v.g. a Inglaterra, houve um crescimento do número de doadores e isto se deve ao esclarecimento e ao incentivo que estes governos tiveram durante anos visando conscientizar a população a agir de modo altruístico, ajudando o próximo (GARRAFA, 1993). A confiança conquistada junto à população é trabalho essencial e contínuo. Qualquer desvio dos princípios éticos e legais termina por afastar potenciais doadores. Infelizmente existe uma realidade paralela corroendo a beleza desse gesto humano, liquidando a confiabilidade por conta do comércio de estruturas humanas, sendo a impunidade um dos fatores responsáveis pelos índices de recusa nas doações de órgãos *post mortem*, aliado as dúvidas que as pessoas possuem sobre a ME como morte em definitivo.

O comércio ilegal supre parcela da necessidade mundial por órgãos para fins de transplantes, tendo como principais fontes países pobres como China e Índia. No primeiro, muitos transgressores do sistema criminal daquele país são condenados a morte, sendo comum que estas vítimas tenham seus corpos mutilados e seus órgãos vendidos, principalmente para estrangeiros. Dentre os locais preferidos pelos traficantes estão as zonas de risco tais como países em guerra civil, disputas entre gangues pelo domínio do tráfico de drogas em determinado perímetro, países pobres e carentes, onde o desespero de seus habitantes por melhores condições de vida os leva a venda de órgãos pares como os rins. Enfim, são estes os locais onde há maior probabilidade de se concretizar o comércio criminoso. Como se percebe, esta também é a dinâmica social no qual o Brasil está inserido, ou seja, um país com problemas de distribuição de renda, desemprego, baixo nível de escolaridade de significativa parcela da população, falta de acesso aos serviços públicos de saúde, conivência das autoridades etc., um cenário propício para o surgimento deste tipo de ‘comércio’.

Até certo ponto poderíamos levantar aspectos objetivos tais como: se de fato já existem vítimas fatais, porque não lhes aproveitar os órgãos? O argumento da

‘tolerância social’ nos remete a avaliar circunstâncias nas quais não se pode exigir de uma pessoa outra conduta, qual seja, obter um transplante, independente da origem, se considerarmos que essa seja a única chance de permanecer vivo. Ocorre que esse tipo de raciocínio é deveras temerário e egoísta. O destino dos órgãos deve ser respeitado como patrimônio do seu próprio detentor. De todo modo, o ‘comércio desmedido’ é tão cruel e oportunista que não seria possível tornar este tipo de prática moralmente aceitável.

Tão flagrante o risco social advindo do comércio de órgãos que não seria possível admitir, por melhores que fossem os argumentos, quaisquer tipo de tolerância decorrente desta prática, que só atrai os piores atores sociais, relativizando-se valores e institucionalizando-se o crime de forma cínica e sustentável, visto ser atividade extremamente lucrativa, na qual não se pode precisar até onde existem ramificações, inclusive no próprio sistema de saúde.

Lembremos do ocorrido na cidade de Poços de Caldas – MG, onde 4 médicos (Alexandre Crispino Zincone, Cláudio Rogério Carneiro Fernandes, João Alberto Goes Brandão e Celso Roberto Frasson Scaffi) desta cidade foram condenados na Justiça pela morte de José Domingos de Carvalho (morto em 2001), além da investigação de mais duas pessoas mortas entre os anos de 2000 e 2002, incluindo-se o do menino Paulo Veronesi Pavesi de 10 anos de idade. Este último caso foi denunciado pelo próprio pai da vítima, o Sr. Paulo Pavesi, que após autorizar a doação dos órgãos passou a desconfiar da transparência do diagnóstico, vindo depois a descobrir uma verdadeira máfia escondida e protegida pelos improváveis jalecos médicos.

Outro que merece destaque foi o caso Kalume, assim conhecido em alusão ao médico Roosevelt Kalume que denunciou o esquema de tráfico de órgãos na cidade de Taubaté no ano de 1986. O esquema de tráfico de órgãos se deu no Hospital de Clínicas Santa Isabel, atual Hospital Regional de Taubaté. Os quatro médicos (Pedro Henrique Masjuan Torrecillas, Mariano Fiore Júnior, Rui Noronha Sacramento e Antonio Aurélio de Carvalho Monteiro, este último já falecido) foram absolvidos das acusações de tráfico e eutanásia nos procedimentos administrativos e éticos do Cremesp (Conselho Regional de Medicina de São Paulo) em 1988 e do CFM em 1993.

Entretanto, em 1996 a polícia civil daquela cidade concluiu o inquérito responsabilizando os médicos pela morte de quatro pessoas. Em 2011 os três primeiros foram condenados, em júri popular por homicídio doloso, a 17 anos e 6 meses de prisão por retirarem órgãos de pacientes vivos. Após a condenação os médicos permaneceram

em liberdade, por serem réus primários e atualmente exercem a profissão no interior de São Paulo.

A ONU – Organização das Nações Unidas – alerta sobre a existência do “turismo do transplante” no Brasil e no mundo. Afirma que a falta de órgãos estimula o tráfico de pessoas e aponta algumas das causas deste triste cenário que, diga-se de passagem, é comum entre os países pobres: a impunidade.

Outro fato que merece menção é a CPI do tráfico de órgãos em 2004. Naquela ocasião foi tomado o depoimento do Ex-diretor do Hospital de Base de Brasília o Dr. Aloísio Toscano Franca, sobre a realidade do diagnóstico de ME no supracitado hospital e a relação desse diagnóstico com o fato do paciente ser doador ou não. Esclarece o Dr. Aloísio que quando o paciente não era doador e permanecia em tratamento, muitos destes apresentaram recuperação e hoje levam uma vida normal. De fato, este depoimento numa CPI, que teve a participação não de um leigo, mas de um médico que presenciou todos estes acontecimentos, tem um peso considerável sobre a gravidade dos fatos, ou seja, todos os não-doadores tiveram um tratamento diferente, recebendo os cuidados médicos e conseqüentemente outro destino. Isto tem como conseqüência um efeito negativo sobre a realidade do diagnóstico de ME. O Dr. Aloísio ainda depôs sobre o caso do menino Marcos de 9 anos de idade, daquela cidade, cujo destino dos órgãos até hoje é desconhecido.

A Revista Veja, edição de nº 1953 de 26 de abril de 2006, em artigo intitulado ‘O fim sem fim’ mostra a dificuldade dos médicos brasileiros em realizar o diagnóstico de ME. Citando dados de uma pesquisa feita pela AMIB – Associação de Medicina Intensiva Brasileira – e pela ABTO – Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos, a matéria menciona duas preocupações dos médicos transplantistas de acordo com essa pesquisa: (1) a escassez de leitos de UTI e (2) a falta de órgãos para transplantes devido a falta de notificação às centrais de transplante, procedimento que se fosse cumprido dobraria a quantidade de órgãos a serem aproveitados. A pesquisa revelou também que 30% dos médicos alegam falta de conhecimento técnico para realizar o diagnóstico, além dos dilemas de consciência fruto da divergência entre formação pessoal e profissional. Essa realidade também já tinha sido denunciada pelo Dr. Eduardo Mutarelli, quando afirma que os estudos sobre ME nos cursos de medicina são insuficientes, tese corroborada pelo Dr. Jeferson Jr²⁹.

²⁹ Vide item 2.3 desta obra.

Por fim uma questão que precisa ser esclarecida: porque os médicos utilizam a anestesia geral em pacientes encefalicamente mortos no ato da retirada de órgãos para fins de transplante? Estariam eles de fato mortos? Se o paciente comatoso que não responde aos estímulos não é capaz de sentir dor, quanto mais o encefalicamente morto.

Ainda seguindo este raciocínio Coimbra *apud* Truog, afirma que é comum a

elevação da pressão sanguínea e da frequência cardíaca que cirurgiões têm observado por ocasião da incisão para retirada de órgãos para transplante – reação à dor classicamente mediada pelo tronco encefálico, cuja lesão deveria ser caracterizada como irreversível segundo os critérios vigentes. (COIMBRA, 1998, p. 61)

Essa reação à dor denuncia uma incompatibilidade entre diagnóstico apontado e real estado clínico do doador. São aspectos intrigantes que só aumentam as dúvidas quanto ao real diagnóstico de ME.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, por todas as controvérsias que circundam a morte encefálica e as doações de órgãos e tecidos para fins de transplante e tratamento, resta-nos o sentimento de desconfiança e insatisfação. A análise sobre as atuais descobertas, aliado aos princípios bioéticos e jurídicos nos leva a conclusão de que há muito por ser esclarecido, principalmente por que o parâmetro de morte dos anos 60 e 70 do século passado não é o mesmo dos dias atuais, nem a repetição de práticas questionáveis pelo decurso dos anos tem o condão de se transformar em condutas ética e juridicamente aceitáveis.

Este texto, juntamente com tantos outros que surgiram nos últimos anos, reforça o estágio atual da questão bioética e a imagem da possível ilegalidade da Resolução nº 1.480 do CFM, que não pode continuar a vigor diante de tantas denúncias bem fundamentadas e com respaldo científico.

Assim, recomenda-se, com este trabalho, a modificação do protocolo ME quanto ao uso do teste da apnéia, visto ser procedimento completamente apartado dos interesses do paciente enfermo, agressivo, não oferecendo nenhum benefício terapêutico, além de ser método dispensável pela simples existência de outros exames, que oferecem respostas diagnósticas com o requinte de não macular o corpo. Os princípios bioéticos da beneficência e da não-maleficência, não foram recepcionados pelo protocolo de morte encefálica do CFM, pois se assim o fosse, neste não haveria a presença do tão criticado procedimento que priva o paciente do suporte vital, lembrando que a maioria dos pacientes comatosos evolui naturalmente para a morte encefálica, o que nos oferece um número considerável de potenciais doadores de órgãos que não precisariam ser submetidos ao supracitado teste.

Em contrapartida, deveria ser incluído o uso da hipotermia terapêutica como única medida atualmente conhecida, capaz de reverter com sucesso o quadro clínico de pessoas com edema cerebral, além de oferecer neuroproteção. Este método além de ser acessível no aspecto econômico, mostra-se viável na sua operabilidade, por não exigir do profissional da saúde conhecimentos acima de sua normal capacidade habitual. O uso da hipotermia terapêutica induzida, ao mesmo tempo em que se propõe a salvar o paciente, também impede a abertura do protocolo ME. Isto representa, no aspecto legal, uma ‘manobra’ saudável para recuperar pessoas, dando-lhes a oportunidade de lutar pela vida. Esta opção de tratamento tem sido utilizada pelos mais modernos centros de

ressuscitação de paciente críticos no mundo, tendo demonstrado ótimos resultados nos casos em que há indicação para recebê-la. Portanto, esta janela terapêutica precisa ser utilizada, pois atende aos reclames econômicos, sociais, éticos e jurídicos.

Nesta temática, também nos chama a atenção a confusão entre diagnóstico e prognóstico, pois a zona de penumbra isquêmica, como descoberta científica, nos leva a considerar que a incerteza ou, no mínimo, as probabilidades acerca da recuperabilidade da saúde do paciente, não pode ser traduzida como diagnóstico, mas sim como um prognóstico, sendo, inclusive, inaceitável o quadro em que o prognóstico possa legitimar uma possível extração de órgãos para fins de transplante, pois a lei só autoriza esse tipo de procedimento se se tratar de diagnóstico, esse sim definitivo e irreversível. Neste aspecto, reside uma crise legal sem precedentes quanto à realidade de morte encefálica por intermédio do protocolo de ME do CFM, partindo da idéia de que a lei não tolera diagnósticos falso-positivos de morte, não sendo sequer constitucional a lógica emprestada pelo CFM. Seguindo esse entendimento, podemos inclusive afirmar que o documento atualmente vigente no país, a tratar sobre ME, atua ao arrepiamento dos direitos humanos.

A crescente divulgação de casos de erro médico quanto ao diagnóstico de morte encefálica, nos leva a conclusão de que, não apenas o conceito precisa ser reformulado para que se conforme com a realidade científica, mas também os métodos empregados são obsoletos e duvidosos, e quando claros, nos mostram o quanto o protocolo de morte encefálica age em desconformidade com os interesses e direitos do paciente comatoso. A pressa em diagnosticar a morte encefálica é flagrantemente um processo divorciado da ética médica e profissional, não atende aos limites de segurança para um diagnóstico seguro, nem milita em favor do enfermo, logo inválida se mostra na sua conformação jurídica.

Por fim, as denúncias sobre tráfico de órgãos e sua relação com os interesses transplantistas, colocam a discussão bioética em evidência, demonstrando como a celeuma em torno da morte encefálica ainda está longe do fim. Resta-nos aguardar uma solução ética e jurídica sobre a matéria, e quem sabe, um novo parâmetro de morte, com um novo conceito de ME e um protocolo completamente reformulado, atendendo aos avanços científicos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Almir Ferreira de; et. al. O teste da apnéia no diagnóstico de morte encefálica. **Revista Médica (São Paulo)**. São Paulo, v. 86, n. 3, p. 138-143, jul. 2007.

ANJOS, C. N. dos. et al. O potencial da Hipotermia Terapêutica no Tratamento do Paciente Crítico. **Revista O Mundo da Saúde**. São Paulo, v. 32, n. 1, p. 74-78, jan. 2008.

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional**. Tomo II. 2. ed. Bahia: Jus Podivm, 2013.

BÍBLIA DE ESTUDO ALMEIDA. Barueri – SP: Sociedade Bíblica do Brasil, 1999.

BITENCOURT, Almir Galvão Vieira, et. al. Avaliação do Conhecimento de Estudantes de Medicina sobre Morte Encefálica. **Revista Brasileira de Terapia Intensiva**. Bahia, v. 19, n. 2, p. 144-150, abr. 2007.

BRASIL. Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 fev. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9434compilado.htm>. Acesso em 17 nov. 2013.

_____. Lei nº 10.406, de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 03 fev. 2014.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil – 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 3 fev. 2014.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 4 fev. 2014.

BUCHALLA, Anna Paula. A Era do Gelo. Médicos ressuscitam a hipotermia, a técnica de resfriar o corpo para preservar as funções vitais. **Revista Veja**. Edição nº 2.030, 17/10/2007.

CATÃO, Marconi do Ó. **Biodireito**: transplantes de órgãos humanos e direitos de personalidade. São Paulo: Madras, 2004.

_____. Uma oportunidade de adequação da Teoria bioética principiológica no contexto da realidade social brasileira... **Revista Científica A Barriguda**. Campina Grande, PB. v. 1, n. 3, 2011.

COIMBRA, Cícero Galli. Morte Encefálica: Um Diagnóstico Agonizante. **Revista Neurociências**, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 58-68, 1998.

_____. Morte Encefálica. **Departamento de Neurologia e Neurociências**, São Paulo, 2004. Disponível em : <<http://www.unifesp.br/dneuro/mortencefalica.php>> . Acesso em: 28 de nov. 2013.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

EZEILO, Joy Ngozi. Escassez de órgãos para doação estimula tráfico de pessoas, alerta relatora especial da ONU. **Nações Unidas no Brasil**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/escassez-de-orgaos-para-doacao-estimula-trafico-de-pessoas-alerta-relatora-especial-da-onu/>>. Acesso em: 15 de jun. 2014.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2008.

GARRAFA, Volnei. **O Mercado de Estruturas Humanas**. Revista Bioética, Distrito Federal, v. 1, nº 2, 1993.

GOGLIANO, Daisy. **Pacientes Terminais – Morte Encefálica**. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/revista/bio2v1/pacienterm.html>> Acesso em: 15 de abr. 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2009.

HAYLEY, Andrea. Tráfico de Órgãos, um Novo Crime do Século 21. Disponível em: <<http://www.epochtimes.com.br/trafico-de-orgaos-um-novo-crime-do-seculo-21/#.U7Q4SPldU0->>>. Acesso em: 15 de maio 2014.

LEITE, Rita de Cássia Curvo. **Transplantes de Órgãos e Tecidos e Direitos de Personalidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARREY NETO, José Adriano. Transplantes de órgãos de cadáveres: a visão jurídica das questões médico-legais. **Saúde, Ética & Justiça**, v. 1, n. 1, p. 35-43, 1996.

MOMENT of Death. Direção: Mark Mannucci. Produção: Mark Mannucci. EUA: National Geographic Channel, 02 de setembro de 2008. 1 DVD (52 min). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=10--R6fm540>> Acesso em: 10 de jan. 2014

MORATO, Eric Grossi. Morte Encefálica: conceitos essenciais, diagnóstico e atualização. **Revista Médica**, Minas Gerais, v. 19, n. 3, p. 227-236, set. 2009.

PORTELA, Marcelo. Apuração sobre tráfico de órgãos pode desvendar desvio de verba. Disponível em: < <http://noticias.r7.com/saude/apuracao-sobre-traffic-de-orgaos-pode-desvendar-desvio-de-verba-21022013>>. Acesso em: 20 de mar. 2014.

RIBEIRO, Fábio Pereira. Tráfico de Órgãos – Uma Tragédia Silenciosa. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/rede-de-blogs/brasil-no-mundo/2014/02/16/traffic-de-orgaos-uma-tragedia-silenciosa/>>. Acesso em: 29 de abr. 2014.

RODRIGUES, Carlos Frederico Almeida; STYCHNICKI, Adriano Seikiti, et al. Morte encefálica, uma certeza? O conceito de “morte cerebral” como critério de morte. **Revista Bioethikos** – Centro Universitário São Camilo, v. 7, n. 3, p. 278, 2013.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa...** Trad. Heloísa Matias; Maria Alice Maximum. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SANTOS, Carlos. Um ano após condenação, médicos do caso Kalume estão em liberdade. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/2012/10/um-ano-apos-condenacao-medicos-do-caso-kalume-estao-em-liberdade.html>>. Acesso em: 10 de abr. 2014.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. **Morte Encefálica e a Lei de Transplantes de Órgãos**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

SCHOPENHAUER, Arthur. **Da Morte – Metafísica do Amor – Do Sofrimento do Mundo**. Texto integral. Coleção a Obra Prima de Cada Autor, nº 66. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Volume Único. 4. ed. São Paulo: Método, 2014.

WIJDICKS, E.F.M. Determining brain death in adults. *Neurology* 45, p. 1003-1011, maio. 1995.

ANEXO



RESOLUÇÃO CFM nº 1.480/97

O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958 e,

CONSIDERANDO que a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a retirada de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, determina em seu artigo 3º que compete ao Conselho Federal de Medicina definir os critérios para diagnóstico de morte encefálica;

CONSIDERANDO que a parada total e irreversível das funções encefálicas equivale à morte, conforme critérios já bem estabelecidos pela comunidade científica mundial;

CONSIDERANDO o ônus psicológico e material causado pelo prolongamento do uso de recursos extraordinários para o suporte de funções vegetativas em pacientes com parada total e irreversível da atividade encefálica;

CONSIDERANDO a necessidade de judiciosa indicação para interrupção do emprego desses recursos;

CONSIDERANDO a necessidade da adoção de critérios para constatar, de modo indiscutível, a ocorrência de morte;

CONSIDERANDO que ainda não há consenso sobre a aplicabilidade desses critérios em crianças menores de 7 dias e prematuros,

RESOLVE:

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" anexo a esta Resolução.

Parágrafo único. As instituições hospitalares poderão fazer acréscimos ao presente termo, que deverão ser aprovados pelos Conselhos Regionais de Medicina da sua jurisdição, sendo vedada a supressão de qualquer de seus itens.

Art. 3º. A morte encefálica deverá ser consequência 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-espinal 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 aos 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.

Art. 10. Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação e revoga a Resolução CFM nº 1.346/91.

Brasília-DF, 08 de agosto de 1997.

WALDIR PAIVA MESQUITA

Presidente

ANTÔNIO HENRIQUE PEDROSA NETO

Secretário-Geral

Publicada no D.O.U. de 21.08.97 Página 18.227

IDENTIFICAÇÃO DO HOSPITAL

TERMO DE DECLARAÇÃO DE MORTE ENCEFÁLICA

(Res. CFM nº 1.480 de 08/08/97)

NOME: _____

PAI: _____

MÃE: _____

IDADE: _____ ANOS _____ MESES _____ DIAS DATA DE NASCIMENTO ____/____/____

SEXO: M F RAÇA: A B N Registro Hospitalar: _____

A. CAUSA DO COMA

A.1 - Causa do Coma:

A.2. Causas do coma que devem ser excluídas durante o exame

a) Hipotermia () SIM () NÃO

b) Uso de drogas depressoras do sistema nervoso central () SIM () NÃO

Se a resposta for sim a qualquer um dos itens, interrompe-se o protocolo

B. EXAME NEUROLÓGICO - Atenção: verificar o intervalo mínimo exigível entre as avaliações clínicas, constantes da tabela abaixo:

IDADE INTERVALO

7 dias a 2 meses incompletos 48 horas

2 meses a 1 ano incompleto 24 horas

1 ano a 2 anos incompletos 12 horas

Acima de 2 anos 6 horas

(Ao efetuar o exame, assinalar uma das duas opções SIM/NÃO. obrigatoriamente, para todos os itens abaixo)

Elementos do exame neurológico Resultados

1º exame 2º exame

Coma aperceptivo ()SIM ()NÃO ()SIM ()NÃO

Pupilas fixas e arreativas ()SIM ()NÃO ()SIM ()NÃO

Ausência de reflexo córneo-palpebral ()SIM ()NÃO ()SIM ()NÃO

Ausência de reflexos oculocefálicos ()SIM ()NÃO ()SIM ()NÃO

Ausência de respostas às provas calóricas ()SIM ()NÃO ()SIM ()NÃO

Ausência de reflexo de tosse ()SIM ()NÃO ()SIM ()NÃO

Apnéia ()SIM ()NÃO ()SIM ()NÃO

C. ASSINATURAS DOS EXAMES CLÍNICOS - (Os exames devem ser realizados por profissionais diferentes, que não poderão ser integrantes da equipe de remoção e transplante.

1 - PRIMEIRO EXAME 2 - SEGUNDO EXAME

DATA: ____/____/____ HORA: ____:____ DATA: ____/____/____ HORA: ____:____

NOME DO MÉDICO: _____ NOME DO MÉDICO: _____

CRM: _____ FONE: _____ CRM: _____ FONE: _____

END.: _____ END.: _____

ASSINATURA: _____ ASSINATURA: _____

D. EXAME COMPLEMENTAR - Indicar o exame realizado e anexar laudo com identificação do médico responsável.

1. Angiografia Cerebral
2. Cintilografia Radioisotópica
3. Doppler Transcraniano
4. Monitorização da pressão intra-craniana
5. Tomografia computadorizada com xenônio
6. Tomografia por emissão de foton único
7. EEG
8. Tomografia por emissão de positrões
9. Extração Cerebral de oxigênio
10. outros (citar)

E. OBSERVAÇÕES

1 - Interessa, para o diagnóstico de morte encefálica, exclusivamente a reatividade supraespinal. Consequentemente, não afasta este diagnóstico a presença de sinais de reatividade infraespinal (atividade reflexa medular) tais como: reflexos osteotendinosos ("reflexos profundos"), cutâneo-abdominais, cutâneo-plantar em flexão ou extensão, cremastérico superficial ou profundo, ereção peniana reflexa, arrepio, reflexos flexores de retirada dos membros inferiores ou superiores, reflexo tônico cervical.

2 - Prova calórica

2.1 - Certificar-se de que não há obstrução do canal auditivo por cerumem ou qualquer outra condição que dificulte ou impeça a correta realização do exame.

2.2 - Usar 50 ml de líquido (soro fisiológico, água, etc) próximo de 0 grau Celsius em cada ouvido.

2.3 - Manter a cabeça elevada em 30 (trinta) graus durante a prova.

2.4 - Constatar a ausência de movimentos oculares.

3 - Teste da apnéia

No doente em coma, o nível sensorial de estímulo para desencadear a respiração é alto, necessitando-se da pCO₂ de até 55 mmHg, fenômeno que pode determinar um tempo de vários minutos entre a desconexão do respirador e o aparecimento dos movimentos respiratórios, caso a região ponto-bulbar ainda esteja íntegra. A prova da apnéia é realizada de acordo com o seguinte protocolo:

3.1 - Ventilar o paciente com O₂ de 100% por 10 minutos.

3.2 - Desconectar o ventilador.

3.3 - Instalar catéter traqueal de oxigênio com fluxo de 6 litros por minuto.

3.4 - Observar se aparecem movimentos respiratórios por 10 minutos ou até quando o pCO₂ atingir 55 mmHg.

4 - Exame complementar. Este exame clínico deve estar acompanhado de um exame

complementar que demonstre inequivocadamente a ausência de circulação sanguínea intracraniana ou atividade elétrica cerebral, ou atividade metabólica cerebral. Observar o disposto abaixo (itens 5 e 6) com relação ao tipo de exame e faixa etária.

5 - Em pacientes com dois anos ou mais - 1 exame complementar entre os abaixo mencionados:

5.1 - Atividade circulatória cerebral: angiografia, cintilografia radioisotópica, doppler transcraniano, monitorização da pressão intracraniana, tomografia computadorizada com xenônio, SPECT.

5.2 - Atividade elétrica: eletroencefalograma.

5.3 - Atividade metabólica: PET, extração cerebral de oxigênio.

6 - Para pacientes abaixo de 02 anos:

6.1 - De 1 ano a 2 anos incompletos: o tipo de exame é facultativo. No caso de eletroencefalograma são necessários 2 registros com intervalo mínimo de 12 horas.

6.2 - De 2 meses a 1 ano incompleto: dois eletroencefalogramas com intervalo de 24 horas.

6.3 - De 7 dias a 2 meses de idade (incompletos): dois eletroencefalogramas com intervalo de 48 h.

7 - Uma vez constatada a morte encefálica, cópia deste termo de declaração deve obrigatoriamente ser enviada ao órgão controlador estadual (Lei 9.434/97, Art. 13).