

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS ADMINISTRATIVAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM GESTÃO DE
ORGANIZAÇÃO PÚBLICA EM SAÚDE**

**CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS SOBRE OS
TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS E TECIDOS
DE FETOS ANENCÉFALOS**

ARTIGO CIENTÍFICO

Lilian Hanel Lang

**Santa Maria, RS, Brasil
2013**

CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS SOBRE OS TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS E TECIDOS DE FETOS ANENCÉFALOS

Lilian Hanel Lang

Artigo Científico apresentado ao Departamento de Ciências Administrativas do
Programa de Pós-Graduação em Gestão de Organização Pública em Saúde,
da Universidade de Santa Maria (UFSM, RS),
como requisito parcial para obtenção do grau de
Especialista em Gestão de Organização Pública em Saúde

Orientador: Ms. Marcio Rossato Badke

**Santa Maria, RS, Brasil
2013**

**Universidade Federal de Santa Maria
Departamento de Ciências Administrativas
Programa de Pós-Graduação em Gestão de Organização Pública em Saúde**

**A Comissão Examinadora, abaixo assinada,
aprova o Artigo Científico**

**CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS SOBRE OS TRANSPLANTES DE
ÓRGÃOS E TECIDOS DE FETOS ANENCÉFALOS**

elaborado por
Lilian Hanel Lang

como requisito parcial para obtenção do grau de
Especialista em Gestão de Organização Pública em Saúde

COMISSÃO EXAMINADORA

**Marcio Rossato Badke, Ms.
Orientador**

Santa Maria, 2013.

Ao Jackson, pela compreensão nos momentos de ausência,
e por tudo o que representa em minha vida.

Sinceros agradecimentos ao Prof. Ms. Marcio Rossato Badke
e à Prof^a Carine Zanchi de Mattos, pela disponibilidade e dedicação
na criação deste trabalho.

“Há um tempo em que é preciso abandonar as
roupas usadas, que já tem a forma do nosso
corpo, e esquecer os nossos caminhos, que nos
levam sempre aos mesmos lugares. É o tempo da
travessia: e, se não ousarmos fazê-la, teremos
ficado, para sempre, à margem de nós mesmos.”

Fernando Pessoa

RESUMO

O presente artigo apresentará algumas considerações sobre a caracterização da morte encefálica e dos critérios que levaram o Conselho Federal de Medicina a alterar o momento de retirada os órgãos e tecidos de anencéfalos até a edição da Resolução 1949/2010. Finalmente será feita breve discussão sobre o assunto à luz do ordenamento jurídico e da bioética.

ABSTRACT

This article will present some considerations about the characterization of brain death and the criteria that led the Federal Medical Council to change the timing of the removal of organs and tissues to the issue of anencephalic Resolução 1949/2010. Finally brief discussion will be made on the subject in the light of law and bioethics.

CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS E BIOÉTICAS SOBRE OS TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS E TECIDOS DE ANENCÉFALOS

O ideal de transferir órgãos e tecidos de um corpo para outro não é recente. A medicina antiga, com suas lendas, alquimistas e curandeiros realizava atos cirúrgicos envolvendo transplantes. Mas os registros mais exitosos datam do final do século XIX e meados do século XX, que com o aprimoramento das técnicas e com a adoção dos princípios basilares da cirurgia moderna (anestesia, anti-sepsia, combate à rejeição...), passou a considerar o transplante de órgãos e tecidos um método científico (Chaves, 1994, p. 214).

As legislações mundiais, nos últimos anos, abrangeram esta reivindicação da sociedade, sendo também o Brasil parte dos países que aderiram à política de remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplantes e tratamento (Lei 9434/97).

O Conselho Federal de Medicina, na sua Resolução nº 1752/04 (revogada posteriormente pela Resolução 1949/2010) autorizou a doação de órgãos e tecidos também dos embriões anencéfalos. Ocorre que a normativa permitiu a retirada dos órgãos antes mesmo de constatada sua morte encefálica. A justificativa para o ato reside na certeza de óbito na totalidade dos casos de anencefalia e nas longas filas de receptores que esperam estes órgãos.

Os anencéfalos vivos, ainda que com atividade cerebral reduzida, apresentam manifestações de vida organizada e por isso, dentro dos critérios do Conselho Federal de Medicina, é difícil caracterizar sua morte encefálica. Assim, este não é um tipo ou condição especial de morte, mas um estado de morte presumida.

O presente artigo de conclusão de curso objetiva contribuir para o debate acerca do anencéfalo como doador de órgãos. Isto porque há uma divergência de interpretação do conceito de morte com relação a estes nascituros e aos demais doadores. Desta forma, independente de ser pequeno o número de anencéfalos para o quadro de transplante de órgãos no Brasil, é relevante o debate acerca da sua condição de doador, na medida em que opiniões distintas refletem opções éticas sobre a morte e principalmente sobre a vida. Ao reconhecer a relevância da temática, serão trazidos ao presente trabalho alguns fundamentos em bioética que permitirão a melhor compreensão da matéria, proporcionando reflexão sobre um tema que denotam práticas de considerável repercussão social.

1. O Conceito de Morte

O Código Civil Brasileiro estabelece, em seu artigo 6º, que “a existência da pessoa natural termina com a morte”. Assim, com o advento desta, tem-se o fim da personalidade civil, ficando o indivíduo incapaz de ser sujeito de relações jurídicas. Neste sentido, tem-se que admitir que “o morto não é pessoa e sim coisa, o que não dispensa nosso respeito, nossa piedade e nossa reverência, além de tratar-se de coisa fora do comércio” (França, 1995, p. 65-74). Portanto, verifica-se o ato de vontade sobre o destino do próprio cadáver como uma derivação pós-morte do direito da pessoa sobre seu corpo, havendo, então, uma continuação da proteção da personalidade após a morte do indivíduo.

Em se tratando de hermenêutica jurídica, o conceito de morte é aberto, assim considerado porque seus elementos constitutivos são ditados pela medicina, e, sua interpretação é jurídica. Para ALMEIDA (1977, p. 123), “morte é o estado do ser humano, quando já não pode sobreviver por suas próprias energias, cessados os recursos médicos por um tempo suficiente”. O entendimento de que a morte encefálica ocorre com a cessação das atividades cerebrais, cardíacas e respiratórias está baseado no texto da Resolução nº 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina. Assim, o artigo 4º desta norma define os critérios da morte encefálica: “coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia”. De qualquer forma, a morte encefálica, para tais finalidades e após os devidos exames clínicos, somente pode ser atestada por profissional da área médica, em documento próprio – Termo de Declaração de Morte Encefálica – conforme o artigo 2º da mesma Resolução.

Tratando-se de nascituro anencéfalo, há certa dificuldade na determinação de sua morte encefálica, haja vista ausência de domínio sobre sua neurofisiologia, bem como da malformação inerente à sua condição física. Não é possível realizar um exame de eletroencefalograma, em razão da anatomia da sua estrutura encefálica. Da igual modo, os reflexos do tronco variariam de acordo com a caracterização da malformação, sendo os exames clínicos para atestar a atividade do tronco cerebral de confiabilidade duvidosa e de difícil interpretação (COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA).

Observa-se que, conforme a Resolução CFM nº 1.480/97, não há consenso sobre a aplicabilidade dos critérios dispostos naquele ato normativo em crianças menores de sete dias e prematuros. Desse modo, considerando as questões atinentes ao fluxo cerebral e ao EEG deveriam ser utilizados, em anencéfalos, apenas os critérios clínicos também previstos na mencionada Resolução, tais como ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia, mas observando a idade mínima de sete dias; além da avaliação de respiração espontânea (a

atividade do tronco cerebral mais importante), sendo a sua ausência critério suficiente para determinar a falência do tronco cerebral (COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA). Nesta linha, Moreira sustenta que “nos anencefálicos a constatação da morte encefálica através de critérios clínicos poderia ser feita através de protocolos específicos adaptados para essas situações” (MOREIRA, 2012). O problema que se poderia apontar correlacionado a esse critério, seria a constituição de uma categoria de análise da morte, específica para a anencefalia, separando-a e inserindo-a em uma condição singular.

Retomando os pareceres emitidos por membros do CFM, nota-se que o Relator Consultor argumenta que se um anencéfalo neonato fosse utilizado como doador logo após o nascimento, se estaria sacrificando-o em benefício de outro, uma vez que possui tronco cerebral funcionando. Destaca, ainda, a alteração de posicionamento da Associação Médica Americana, que, atualmente, permite a doação de órgãos pelo anencéfalo apenas após a constatação de sua morte encefálica. O Relator de Vista, no mesmo processo-consulta, sustenta que caso se aguardem os sete dias, bem como o resultado positivo dos exames clínicos para a constatação de morte encefálica, seria inviável a utilização dos órgãos do anencéfalo, uma vez que estariam em hipoxemia, inúteis para o transplante. Assim, ao se considerar a fila de crianças que aguardam um órgão para a sobrevivência, bem como a incompatibilidade vital que o anencéfalo apresenta, seria aceitável a retirada de órgãos do mesmo logo após sua expulsão do útero materno.

Na Consulta nº 8.905/98, do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, o Relator Consultor proferiu parecer no sentido de que sejam asseguradas as condições cárdio-respiratórias do anencéfalo para que seja viável o transplante, enfatizando que, cientificamente, não há perspectiva de vida para o mesmo.

Diante das dificuldades de se aplicar os critérios comumente utilizados para se aferir a morte cerebral em anencéfalos, seja em razão da sua idade de vida, seja em função de sua organização encefálica, sua condição de doador de órgãos revela-se extremamente afetada. Por outro lado, caso fosse empregado no anencéfalo o critério da parada cárdio-respiratória, a doação se restringiria às válvulas cardíacas (INSTITUTO NACIONAL CENTRAL ÚNICO COORDINADOR DE ABLACIÓN E IMPLANTE).

Assim sendo, o objeto da polêmica gira em torno dos aspectos éticos de uma lei que altere o critério de morte encefálica para o anencéfalo, considerando os aspectos incertos da Resolução CFM nº 1.480/97, e venha a adotar o parâmetro da falência do neocórtex. Ressalte-se que seus efeitos se estenderiam também sobre os casos de demência profunda e os Estados Vegetativos Persistentes.

Considerando o ordenamento jurídico brasileiro é necessária ressaltar que somente uma lei federal poderia alterar o parâmetro de morte para o caso do anencéfalo. Não caberia a qualquer outro instrumento normativo fazê-lo, nem mesmo ato regulador emitido pelo Conselho Federal de Medicina, (como fez a Resolução CFM nº 1.752/04). Conforme a construção piramidal do ordenamento jurídico têm-se normas superiores e normas inferiores (BOBBIO, 1997). As Resoluções do CFM somente podem orientar e normatizar se estiverem de acordo com as normas superiores. Portanto, se de acordo com a Lei nº 9.434/97, o critério de morte para qualquer pessoa é a morte encefálica, sua alteração, por meio de qualquer ato infra-legal, equivale à violação de um limite material, e uma conseqüente afronta aos parâmetros de legalidade.

2. A Resolução do Conselho Federal de Medicina

Com a publicação da Resolução nº 1752/04, o Conselho Federal de Medicina criou uma interpretação dúbia quanto à retirada dos órgãos e tecidos ao autorizar a retirada dos órgãos e tecidos de anencéfalos sem o diagnóstico de morte encefálica destes. Desta forma, não mais seria necessário esperar a morte do tronco cerebral e a cessação da vida vegetativa autônoma, pois nesse momento as crianças sem cérebro já são consideradas – cientificamente – sem vida e incapazes de existir por si só (França, 2012).

Estando a anencefalia e transplantes em questão no Processo-Consulta do Conselho Federal de Medicina nº 1.839/1998, onde o Ministério Público do Paraná solicita parecer a respeito da doação de órgãos dos anencéfalos para fins de transplante, o Conselho supracitado argumenta que:

o anencéfalo (ausência de cérebro) não tem as mínimas condições de sobrevivência, haja vista não possuir as estruturas neocorticais. Possui tão-somente o tronco cerebral. Cumpre salientar que esses seres não têm uma vida de relação com o mundo exterior. Os anencéfalos morrem clinicamente durante a primeira semana de vida; nesse estado, os órgãos estão em franca hipoxemia, tornando-os inúteis para uso em transplantes. Numa primeira análise, o dilema reside na necessidade imperiosa de se salvar vidas humanas e na impossibilidade de usar órgãos de anencéfalos antes da constatação de sua morte clínica.

Inobstante, cita-se também a decisão do Supremo Tribunal Federal que, por decisão do Ministro Marco Aurélio autorizava a interrupção da gravidez em casos de anencefalia fetal. Embasado na literatura médica, o referido Ministro aponta que a má-formação por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, não apresentando o feto os hemisférios

cerebrais e o córtex, leva-o à morte intra-uterina (em 65% dos casos) ou à sobrevivência de algumas horas após o parto. A permanência de feto anômalo no útero da mãe mostra-se potencialmente perigoso para a saúde da genitora. Além do mais, estar-se-ia descumprindo a máxima proclamada pela Organização Mundial da Saúde – o completo bem-estar físico, mental e social da pessoa.

Ocorre que, em 10 de junho de 2010, através da Resolução 1949/2010, o Conselho Federal de Medicina revogou a Resolução 1752/2004, dando fim ao transplante de órgãos e tecidos de fetos anencéfalos. A promulgação de tal dispositivo baseou-se na “inviabilidade de aplicação dos critérios de morte encefálica aos anencéfalos, em decorrência da ausência de cérebro e nos precários resultados obtidos com os órgãos transplantados”.

Assim, atualmente, não há possibilidade de utilização de órgãos e tecidos de fetos anencéfalos para fins de transplantes no Brasil, mas é imprescindível analisar as duas correntes sobre o conceito de morte.

3. O Anencéfalo como Doador de Órgãos: ênfase bioética

A questão acerca do anencéfalo na condição de doador de órgãos apresenta desdobramentos éticos complexos. Inicialmente cabe mencionar a situação jurídica do anencéfalo. O artigo 2º do Código Civil, Lei nº 10.406/ 2002 determina que a personalidade civil da pessoa surge do nascimento com vida. Assim, na seara jurídica o anencéfalo é uma pessoa, na medida em que nasceu com vida, acarretando todas as conseqüências jurídicas advindas deste fato. É uma situação díspar do feto anencéfalo, ao qual não é atribuída a condição de pessoa, mas sim a de nascituro, sendo tutelados os direitos que possui enquanto tal. Desta forma, qualquer ato atentatório à integridade física do anencéfalo neonato pode ser considerado como um homicídio ou lesão corporal, condutas tipificadas como criminosas contra a vida humana, regra que não se aplica ao feto anencéfalo. Logo, “Se for considerado desnecessário o diagnóstico de morte encefálica, nos casos de anencefalia, a retirada dos órgãos ou tecidos poderá ser feita logo depois do parto” (FRANCO, 2012).

Partindo da premissa de que o anencéfalo é uma pessoa viva, este apenas poderia ser doador de órgãos após sua morte encefálica, salvo se houvesse a alteração do critério de morte. Entretanto, a problemática acerca da adoção do critério da morte do neocórtex acarretaria várias implicações éticas. Atualmente, o critério adotado em quase todos os países do mundo é o da morte cerebral; o Brasil seria um dos únicos países a estabelecer um critério diferenciado. À primeira vista poder-se-ia argumentar que o País estaria inovando e destacando-se dos outros países. Contudo, a despeito de tal assertiva, é importante questionar

se a mudança de parâmetro seria um reflexo da vontade informada da sociedade brasileira ou manifestação do posicionamento de alguns especialistas.

Para enfrentar essa questão, deve-se enfatizar que a criação de um critério exclusivo para o anencéfalo acarreta uma zona de incerteza, na medida em que se diferencia a ocorrência da morte em função de uma malformação. É importante questionar se para a sociedade brasileira é aceitável uma regra sobre morte especificamente prevista para uma condição patológica particular. Por outro lado, a mudança do parâmetro de morte, no caso da anencefalia, é motivada pelo transplante de órgãos. Neste caso surge a seguinte questão: de que forma a sociedade brasileira iria perceber a mudança de normas referentes à morte, em função da necessidade menor ou maior do transplante de órgãos?

A Comissão Nacional de Bioética da Itália não aceita o critério da morte neocortical, apresentando como fundamento o fato do paleocéfalo permanecer íntegro, bem como a capacidade de regulação central homeostática do organismo e a capacidade de respiração autônoma (COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA.). Assim, também se põe em xeque a aceitabilidade, no Brasil, da morte de seres que ainda estão respirando autonomamente, considerando-se principalmente a repercussão de tal opção para, por exemplo, os familiares daqueles que se encontram em estado vegetativo.

Portanto, qualquer alteração do parâmetro de morte para o anencéfalo, deve pressupor a ocorrência de um amplo debate na sociedade brasileira sobre o tema, em razão da sua gravidade. A norma que vier disciplinar a questão, deve ser, antes de tudo, legítima e não representar a visão unilateral de determinadas categorias profissionais. Assim, deve-se trazer o questionamento apontado por Costa: “Se o direito é uma ordem normativa que se pretende legítima, quais são os valores que serão utilizados para avaliar essa legitimidade, senão os valores de moralidade e justiça?” (COSTA, 2000). Nesse sentido, a fundamentação axiológica de uma norma que estabeleça critérios de morte e vida não deve se pautar apenas na moralidade de uma entidade representativa de determinada profissão: é forçoso que a sociedade seja convidada a refletir e participar do debate, conferindo legitimidade à regulamentação que vier a ser produzida.

4. Considerações Finais

É inegável o dilema intrínseco ao Transplante de Órgãos e Tecidos de Anencéfalos, seja do ponto de vista dos bebês que se encontram nessa situação ou do aspecto daqueles que precisam desses órgãos para sobreviver. Entretanto, a espera pela morte encefálica não

acarreta na impossibilidade de utilização dos órgãos de anencéfalos, pelo contrário, traz segurança jurídica ao princípio do primado direito à vida.

Mesmo que a quase totalidade da classe médica e alguns doutrinadores do direito mostrem-se a favor da retirada dos órgãos e tecidos quando da formação completa do feto, a religião – dentre outras o catolicismo – e a outra parcela dos construtores teóricos vêm a prática como um precedente para utilização em outras situações análogas, além de transgressão severa aos direitos da personalidade, intrínsecos ao ser humano.

Na visão jurídica, a personalidade inicia com o nascimento do ser vivo com vida, sendo tutelados os direitos do nascituro. Assim, retroagem à concepção todos os direitos assegurados pelo ordenamento jurídico, com suas características de personalidade, indisponibilidade, extrapatrimonialidade, impenhorabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, vitaliciedade, e, finalmente, ilimitariedade. Como então podem os pais e/ou responsáveis, um médico ou até mesmo um Juiz de Direito dizer se este ser merece ou não ter sua pequena vida preservada?

Destarte, é juridicamente pacífico que o anencéfalo é uma pessoa, na medida em que nasceu com vida, gerando todas as conseqüências jurídicas advindas ao fato de ser desta maneira considerado.

Inobstante, um dos grandes problemas encontrados na análise do tema diz respeito à constatação do óbito, visto que a medicina legal entende a morte como um processo e não como um instante ou um momento. Ocorre que a determinação da morte é *conditio sine qua non* para início de cirurgia de transplantes *post mortem*. Assim, enquanto uma Resolução do Conselho Federal de Medicina define a morte encefálica como critério para caracterização do óbito, outra Resolução preceituava que não é necessário aguardar o término das funções do encéfalo para retirar os órgãos do anencéfalo.

A polêmica, então, fica patente em torno das conseqüências éticas inerentes aos posicionamentos adotados pelas duas correntes. De um lado está o sofrimento da família, que vê prolongada a vida de um bebê que não viverá muito tempo. De outro está a ânsia em utilizar um anencéfalo neonato como doador, sacrificando-o em benefício de outro bebê. O papel do direito é apresentar suas normas e princípios, a fim de que a uniformidade das ações sejam mantidas, e com ela, a segurança jurídica e a defesa desses princípios.

Por fim, cabe ressaltar que o bebê anencéfalo já terá uma vida curta, então, resta o respeito à sua dignidade e aos seus direitos. Não se pode promover a retirada de órgãos desses bebês até a cessação das funções encefálicas, garantindo a vigência dos atuais critérios para determinação de morte encefálica e a supremacia do direito à vida.

5. Referências

- ALMEIDA, Júnior e COSTA, Júnior. **Lições de Medicina Legal**. 14. ed. Brasília: Nacional, 1977.
- BOBBIO, N. Teoria do ordenamento jurídico. 9.ed. Brasília, UnB, 1997.
- BRASIL. Lei 9434, de 4 de fevereiro de 1997. **Diário Oficial da União, Brasília**, 5 de fevereiro de 1997.
- BRASIL. **Resolução nº 1.480/97, de 08 de agosto de 1997**. Dispõe sobre os Critérios para Caracterização da Morte Encefálica. Disponível em <<http://www.portalmédico.org.br>>. Acesso em: 22 nov. 2012.
- BRASIL. Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.752, de 08 de setembro de 2004. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 set. 2004. Seção I, p. 140.
- CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo: Intersexualidade, Transexualidade e Transplantes**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 214.
- COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA. Il neonato anencefalico e la donazione di organi. Disponível, em: <<http://www.aido.it/trapianto-bioetica>>. Acesso em: 18 dez. 2012.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Processo-Consulta CFM nº 1.839/1998**. Relator Marco Antônio Becker. Disponível em: <www.portalmédico.org.br>. Acesso em 17 set.2012.
- CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE SÃO PAULO. **Processo-Consulta CFM nº 1.839/1998**. Disponível em: <<http://www.portalmédico.org.br>>. Acesso em 17 set.2012.
- COSTA, A. A. Introdução ao direito: uma perspectiva ética das ciências jurídicas.1.ed. Porto Alegre, Sergio Fabris: 12, 2001.
- COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira. **Processo-Consulta CFM nº 1.839/1998**. Disponível em <www.scielo.br>. Acesso em 08.out.2012.
- FRANCO, A. C. Anencefalia fetal e doação de órgãos. Disponível, em: <<http://www.ajd.org.br>> Acesso em: 17 ago. 2012.
- FRANÇA, Rubens Limongi. O Conceito de morte, diante do Direito ao Transplante e ao Direito Hereditário, in: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 84: 65-74, jul. 1995.
- INSTITUTO NACIONAL CENTRAL ÚNICO COORDINADOR DE ABLACIÓN E IMPLANTE Anencefalia e donación de órganos. Disponível, em:<<http://www.incucai.gov.ar>> Acesso em: 24 de ago. 2004.
- MOREIRA, N. Caso Clínico. Disponível em: <<http://www.crmma.cfm.org.br>> Acesso em: 26 maio 2012.