TRABALHOS FORENSES/CASE STUDIES

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA RESOLUÇÃO N. 1.752/04 (PUBLICADA NO DOU 13.9.04, SEÇÃO I, P. 140)

Autorização ética do uso de órgãos e/ou tecidos de anencéfalos para transplante, mediante autorização prévia dos pais.

O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições que lhe confere a Lei n. 3.268, de 30 de setembro de 1957 regulamentada pelo Decreto n. 44.045, de 19 de julho de 1958, e

CONSIDERANDO que os anencéfalos são natimortos cerebrais (por não possuírem os hemisférios cerebrais) que têm parada cardiorrespiratória ainda durante as primeiras horas pós-parto, quando muitos órgãos e tecidos podem ter sofrido franca hipoxemia, tornando-os inviáveis para transplantes;

CONSIDERANDO que para os anencéfalos, por sua inviabilidade vital em decorrência da ausência de cérebro, são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica;

CONSIDERANDO que os anencéfalos podem dispor de órgãos e tecidos viáveis para transplantes, principalmente em crianças;

CONSIDERANDO que as crianças devem preferencialmente receber órgãos com dimensões compatíveis;

CONSIDERANDO que a Resolução CFM n. 1.480/97, em seu art. 3º, cita que a morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida, sendo o anencéfalo o resultado de um processo irreversível, de causa conhecida e sem qualquer possibilidade de sobrevivência, por não possuir a parte vital do cérebro;

CONSIDERANDO que os pais demonstram o mais elevado sentimento de solidariedade quando, ao invés de solicitar uma antecipação terapêutica do parto, optam por gestar um ente que sabem que jamais viverá, doando seus órgãos e tecidos possíveis de serem transplantados;

CONSIDERANDO o Parecer CFM n. 24/03, aprovado na sessão plenária de 9 de maio de 2003;

CONSIDERANDO o Fórum Nacional sobre Anencefalia e Doação de Órgãos, realizado em 16 de junho de 2004 na sede do CFM;

CONSIDERANDO as várias contribuições recebidas de instituições éticas, científicas e legais;

CONSIDERANDO a decisão do Plenário do Conselho Federal de Medicina, em 8 de setembro de 2004,

RESOLVE:

Art. 1º Uma vez autorizado formalmente pelos pais, o médico poderá realizar o transplante de órgãos e/ou tecidos do anencéfalo, após o seu nascimento.

Art. 2º A vontade dos pais deve ser manifestada formalmente, no mínimo 15 dias antes da data provável do nascimento.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

Art. 4º Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 8 de setembro de 2004.

Edson de Oliveira Andrade, Presidente

Rubens dos Santos Silva, Secretário-Geral

TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS DE ANENCÉFALOS

TRANSPLANT OF ANENCEPHALIC'S ORGANS

Adriano Sant'Ana Pedra (*)

INTRODUÇÃO

O progresso que a medicina vem sofrendo tem ampliado as chances de êxito na realização de transplantes de órgãos, tecidos e outras partes do

(*) Doutorando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Mestre em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Coordenador e Professor do Curso de Especialização em Direito Público da FDV, Professor da Escola da Magistratura do Espírito Santo (EMES), Procurador Federal junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). E-mail: <adriano@pedra.adv.br>. Recebido em 16.1.7. Aprovado em 26.6.7.

corpo humano, fazendo com que este seja visto como um importante repositório, o que nos leva inevitavelmente a uma série de questões ético-jurídicas envolvendo este tema. Uma destas questões diz respeito à possibilidade de um anencéfalo ser doador de órgãos, tecidos e outras partes do seu corpo.

No ano de 2004, o Conselho Federal de Medicina aprovou a Resolução CFM n. 1.752, de 8 de setembro de 2004, dispondo sobre “autorização ética do uso de órgãos e/ou tecidos de anencéfalos para transplante, mediante autorização prévia dos pais”. Estabelece o art. 1º desta resolução que “uma vez autorizado formalmente pelos pais, o médico poderá realizar o transplante de órgãos e/ou tecidos do anencéfalo, após o seu nascimento”.

A Resolução autoriza a realização de transplante de quaisquer órgãos ou tecidos, tendo como doador uma pessoa viva, sendo que o ordenamento jurídico pátrio somente faz tal permissão quando é possível preservar a vida e a integridade física do doador.

Tratando desta questão à luz dos postulados da bioética é necessário analisar a conduta humana, no âmbito das ciências da vida e da saúde, a partir de valores e princípios morais. Considerando o ordenamento jurídico que regula os transplantes, o tema será abordado sob a ótica do biodireito constitucional.

I. O BIODIREITO CONSTITUCIONAL E A BIOÉTICA

Maria Helena Diniz conceitua o biodireito como o “estudo jurídico que, tomando por fontes imediatas a bioética e a biogenética, teria a vida por objeto principal”⁽¹⁾. A citada autora aperfeiçoa este conceito, apurando ainda que o biodireito é o conjunto de normas jurídicas que têm como princípios informadores a dignidade da pessoa humana e a proteção da vida, além do equilíbrio ecológico. O biodireito constitucional encontrará arrimo no art. 5º da Constituição Federal e deverá servir de matriz para as normas jurídicas atinentes ao transplante de órgãos, tecidos e partes do corpo humano.

José Alfredo de Oliveira Baracho define então *Bioconstituição* como o conjunto de normas (princípios e regras) formal ou materialmente constitucionais, que tem como objeto as ações ou omissões do Estado ou de entidades privadas, com base na tutela da vida, na identidade e integridade das pessoas, na saúde do ser humano atual ou futuro, tendo em vista também as suas relações com a biomedicina.⁽²⁾

O que se vislumbra ao nos depararmos com as normas jurídicas que dispõem sobre o transplante de órgãos é um dilema entre as garantias indi-

(1) DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 9.

(2) BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Bioconstituição: bioética e biodireito; identidade genética do ser humano*. *Jornal da Faculdade de Direito Milton Campos*. n. 27. fev./2000, p. 6-7.

viduais de todo ser humano — tais como liberdade, dignidade da pessoa humana, indisponibilidade da vida e da saúde e auto-afirmação — e do poder do Estado, em busca do interesse coletivo, de pretender órgãos e tecidos.

A Constituição Federal dispõe que deve ser facilitada “a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização” (art. 199, § 4º, da Constituição Federal). Mas, é preciso indagar até que ponto pode o Estado, sob a égide do poder a ele atribuído em função do cumprimento de uma função social, interferir na esfera íntima dos indivíduos e requisitar-lhes, ou a suas famílias, órgãos, tecidos e partes de seus corpos para fins de transplante.

Daí a necessidade de uma resposta ética às situações oriundas da ciência no âmbito da saúde, o que se dará por meio da bioética. “A bioética deverá ser um estudo deontológico, que proporcione diretrizes morais para o agir humano diante dos dilemas levantados pela biomedicina.”⁽³⁾ As leis éticas, como expõe *Goffredo Telles Junior*, são caracterizadas pela imperatividade.

Precisamente por serem enunciadoras do dever e por serem imperativas, é que as leis éticas, quando integrantes de uma ordenação normativa, são verdadeiras normas. Elas são, de fato, mandamentos normalizadores do comportamento. Determinam o que deve ser feito, em consonância com um sistema de concepções dominantes⁽⁴⁾.

As normas que compõem o ordenamento jurídico podem assumir duas configurações básicas: regras (ou disposições) e princípios. *Robert Alexy* formulou fecunda teoria distinguindo precisamente as regras dos princípios. As regras são normas que ou são cumpridas ou não são cumpridas. Assim, se a regra é válida, temos que fazer exatamente aquilo que ela exige, nem mais nem menos. Nesse sentido, a diferença entre princípios e regras é qualitativa. Para *Alexy*, o que distingue estas duas configurações é o fato de que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Dessa forma, os princípios constituem *mandados de otimização*. Segundo ele, “los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos”⁽⁵⁾.

(3) DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 15.

(4) TELLES JUNIOR, Goffredo. *O direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. 7.ed. rev. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 205.

(5) ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86.

A bioética pauta-se em quatro princípios básicos, que se constituem em racionalizações abstratas de valores que decorrem da interpretação da natureza humana e das necessidades individuais. São eles os princípios da *autonomia* e da *beneficência*, de caráter teleológico, e os princípios da *não-maleficência* e da *justiça*, de caráter deontológico.

O *princípio da autonomia* impõe que se deve respeitar a vontade, os valores morais e as crenças de cada pessoa, denotando que todos devem ser responsáveis por seus atos. Dessa forma, o profissional de saúde deve respeitar a vontade do paciente, ou de seu representante, considerando-o capaz de fazer as suas opções. Assim sendo, a disposição de órgãos deve ocorrer dentro de um contexto de consentimento livre e informado. O Direito deve proteger aquele que não tiver autonomia suficiente para tomar decisões, seja por coação ou deficiência mental, por exemplo.

O *princípio da beneficência* indica a obrigatoriedade do profissional de saúde e do pesquisador de promover primeiramente o bem-estar do paciente, com o máximo de benefícios e o mínimo de danos possíveis. O princípio da beneficência é o fio condutor do juramento de *Hipócrates*⁽⁶⁾.

O *princípio da não-maleficência* é um desdobramento do princípio da beneficência, porque contém a obrigação de não causar dano intencional e por derivar da máxima da ética médica *primum non nocere*.

O *princípio da justiça* indica uma obrigação de que seja garantida uma distribuição justa, eqüitativa e universal dos bens e serviços de saúde⁷, além de uma relação equânime nos riscos e encargos.

Além destes princípios cardeais da bioética, *José Alfredo de Oliveira Baracho*⁽⁸⁾ afirma que existem princípios gerais de proteção do corpo humano que devem ser observados, sendo eles a primazia e a dignidade da pessoa, o respeito do ser humano diante da comercialização de sua vida, a inviolabilidade do corpo humano e sua integridade, a necessidade terapêutica (consentimento e limites), a integridade da espécie humana, a extra-

(6) "Aplicarei os regimes para o bem dos doentes, segundo o meu saber e a minha razão, e nunca para prejudicar ou fazer o mal a quem quer que seja. A ninguém darei, para agradar, remédio mortal nem conselho que o induza à destruição. Também não fornecerei a uma senhora pressário abortivo. [...] Na casa onde eu for, entrarei apenas pelo bem do doente, abstando-me de qualquer mal voluntário de toda sedução."

(7) Lembra *Daury Cesar Fabriz* "que para certas doenças a penicilina oferece a cura, fazendo o bem ao paciente. Mas *Gandhi* deixou sua mulher morrer, sem que lhe fosse aplicada a dose possivelmente salvadora. Agiu segundo o que lhe parecia direito, e talvez tenha crido que lhe fez um bem. Mas foi justo? [...] Tal perspectiva demonstra como o fazer justiça ou a idéia de justiça pode expressar-se na sua efetivação como algo cruel ou até mesmo destituído de qualquer sentimento humano". Cf. FABRIZ, Daury Cesar. *Bioética e direitos fundamentais*: a bioconstituição como paradigma ao biodireito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 112.

(8) BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O direito de experimentação sobre o homem e a biomédica. *O sino do Samuel*. a. III. n. 21. Belo Horizonte: UFMG, março 1997, p. 5.

patrimonialidade do corpo humano, a não remuneração ao doador, o anonimato, a esterilização, a vontade de procriação, a assistência médica à procriação e a proteção do embrião humano.

Merece ser evidenciado o *princípio da dignidade da pessoa humana*, fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da Constituição Federal), e cerne de todo o ordenamento jurídico.

Fábio Konder Comparato explica que a dignidade da pessoa humana “é o fundamento de toda vida ética, desse fundamento ou raiz mais profunda decorrem, logicamente, normas universais de comportamento, as quais representam a expressão dessa dignidade em todos os tempos e lugares, e têm por objetivo preservá-la”⁽⁹⁾.

O *princípio da dignidade da pessoa humana*, segundo *Paulo Bonavides*, fundamenta “a totalidade dos direitos humanos positivados como direitos fundamentais no ordenamento jurídico-constitucional”⁽¹⁰⁾. Segundo *José Joaquim Gomes Canotilho*, a dignidade da pessoa humana, como base da República, significa o reconhecimento do indivíduo “como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizatórios”⁽¹¹⁾.

Conforme leciona *Maria Garcia*, “a dignidade da pessoa humana corresponde à compreensão do ser humano na sua integridade física e psíquica, como autodeterminação consciente, garantida moral e juridicamente”⁽¹²⁾. Daí a necessidade da imposição de limites à ciência, reconhecendo-se que o respeito ao ser humano só é alcançado se observarmos a dignidade humana. A ciência deve estar a serviço do ser humano para que a sua vida seja cada vez mais digna de ser vivida.

II. DISPOSIÇÃO DE ÓRGÃOS EM VIDA E POST MORTEM

O ordenamento jurídico brasileiro permite o transplante de órgãos, tecidos e partes do corpo humano tanto *intervivos* quanto após a morte do doador.

Tratando-se de disposição de órgãos em vida, a preocupação primordial é preservar a vida e a integridade física do doador. *José Afonso da Silva*

(9) COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 484.

(10) BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 10.

(11) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 225.

(12) GARCIA, Maria. *Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade*. São Paulo: RT, 2004, p. 211.

registra que “agredir o corpo humano é um modo de agredir a vida, pois esta se realiza naquele. A integridade físico-corporal constitui, por isso, um bem vital e revela um direito fundamental do indivíduo”⁽¹³⁾.

Dessa forma, é vedado o transplante quando se referir a partes vitais, em razão dos direitos à vida e à integridade física⁽¹⁴⁾. Assim, é possível a doação de órgãos duplos, como os rins, ou que se regeneram, como o fígado, não comprometendo as funções vitais.

O art. 13 do Código Civil, no intuito de proteger a integridade física da pessoa, proíbe qualquer ato de disposição *intervivos* que possa vir a lesá-la:

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Como bem destaca *Maria Helena Diniz*, “a doação de órgãos, tecidos e partes do próprio corpo para transplante *inter vivos* é uma decisão exclusiva da pessoa. Nada há que possa impor a alguém doar, em vida, seus órgãos, favorecendo outrem”⁽¹⁵⁾.

E, a fim de evitar que haja comércio de órgãos e outras partes do corpo humano, o art. 9º, da Lei n. 9.434/97, com redação dada pela Lei n. 10.211, de 23.3.01, dispõe que é permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consangüíneos até o quarto grau, inclusive. Se a doação for para qualquer outra pessoa, somente mediante autorização judicial.

São exigidos ainda autonomia e consentimento livre e esclarecido do doador, sem o qual a disposição de órgãos em vida não poderá ocorrer.

Ilustrando a necessidade de informar e a de informação e a do amplo consentimento do doador, *Maria de Fátima Freire de Sá*⁽¹⁶⁾ traz o triste caso de uma criança de cinco anos de idade, com insuficiência renal progressiva, que não se adaptava à hemodiálise. A equipe médica, considerando a possibilidade do transplante renal, realizou testes de histocompatibilidade nos parentes próximos, verificando que o pai, por suas características anatômicas e circulatórias, era a pessoa indicada para a doação. Em consulta reali-

(13) SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 199.

(14) BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 79.

(15) DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 346.

(16) SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos*, incluindo o estudo da Lei n. 9.434/97, p. 79-80.

zada apenas na sua presença, o pai decide pela não doação de seu rim, alegando que sentia medo da cirurgia, o prognóstico era incerto, havia a possibilidade de obtenção de um rim de doador cadáver etc. Conforme solicitado pelo pai, que não queria que os reais motivos de sua escolha fossem revelados, o médico afirmou sua impossibilidade de doação de um rim “por razões médicas”.

Também deve ser trazido outro caso, ocorrido na Comarca de Assis (SP), onde pioneira sentença de 1981 atentou para os princípios básicos da ética e do direito aplicáveis. Trata-se do caso de um jovem com Síndrome de Down, então com 22 anos de idade, único parente de seu pai em condições de doar-lhe um rim que lhe salvaria a vida. Ficou demonstrado que o jovem teria expectativa de vida menor, estaria muito mais sujeito a complicações e a infecções, em razão do baixo índice de defesa imunológica, com risco cirúrgico aumentado em comparação às pessoas em geral. Deve ser frisado que o jovem não podia transmitir consentimento voluntário, livremente expresso, exatamente pelas condições mentais e físicas, não possuindo, jamais, o conhecimento dos riscos que teria que enfrentar. Ao verificar o quadro fático, a decisão do juiz foi no sentido de não acolher o pedido da mãe do jovem, ainda que esta argumentasse que “a negação seria o mesmo que se decretar a morte do pai do requerido, com o consentimento da justiça”⁽¹⁷⁾.

Na transferência de órgãos entre pessoas vivas, o ato é realizado *intuitu personae*, ou seja, entre doador e receptor individualizado, mas sempre de forma gratuita. Existe assim uma sutil diferença entre o ato de doação entre vivos e *post mortem*: neste, parte da doutrina sustenta ocorrer a transferência dos tecidos, órgãos e partes do corpo humano retirados do cadáver para a propriedade do Estado⁽¹⁸⁾, enquanto naquele, não há essa transmissão.

Passemos então à disposição de órgãos *post mortem*.

Apesar da personalidade civil acabar com a morte, conforme o art. 6º do nosso Código Civil, o direito de personalidade prolonga-se após o fim da vida. O corpo humano após a morte é uma coisa, mas uma coisa *extra commercium*. O direito da personalidade e a dignidade humana devem nortear a doação *post mortem* de órgãos e tecidos, que somente pode ocorrer com fins altruísticos. Nesse sentido é a lavra de *Adriano de Cupis*:

Se a personalidade não existe depois da morte, nem por isso o cadáver deixa de ser considerado por parte do ordenamento jurídico. Pelo contrário, o corpo humano, depois da morte, torna-se uma coisa submetida à disciplina jurídica, coisa, no entanto, que, não podendo ser

(17) SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos*, incluindo o estudo da Lei n. 9.434/97, p. 78-79.

(18) SILVA, Rodrigo Pessoa Pereira da. *Doação de órgãos: uma análise dos aspectos legais e sociais*. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 429.

objeto de direitos privados patrimoniais, deve classificar-se entre as coisas extra commercium. Não sendo a pessoa, enquanto viva, objeto de direitos patrimoniais, não pode sê-lo também o cadáver, o qual, apesar da mudança de substância e de função, conserva o cunho e o resíduo da pessoa viva. A comerciabilidade estaria, pois, em nítido contraste com tal essência do cadáver, e ofenderia a dignidade humana.⁽¹⁹⁾

Os diversos ordenamentos jurídicos do mundo têm dado tratamento diverso às normas que cuidam da disposição de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, sendo possível classificar este conjunto de normas em três modelos: um sistema de manifestação compulsória, um sistema de consentimento presumido e um sistema de consentimento.

Onde se adota a *manifestação compulsória*, todos os cidadãos, quando se tornarem capazes, devem formalmente optar pela doação ou não de seus órgãos. Este sistema exige uma declaração expressa por parte do indivíduo, baseado em uma estrutura binária de consentimento ou oposição, sem que haja uma presunção positiva ou negativa, cabendo ao legislador disciplinar os efeitos jurídicos decorrentes do silêncio.

Outros países adotam o sistema do *consentimento presumido* ou sistema da *oposição* ou sistema do *dissentimento (opting out system)*, que parte do princípio de que todo indivíduo é doador de órgãos. Divide-se em *sistema forte* e *sistema fraco*. O primeiro sistema possibilita ao médico a retirada de órgãos de todo e qualquer cadáver, tal como ocorre na Áustria, Dinamarca, Polônia, Suíça e França. Já o segundo sistema possibilita que médico retire órgãos apenas daquelas pessoas que não declararam oposição a tal procedimento. É o que ocorre na Finlândia, Grécia, Itália, Noruega, Espanha, Suécia. No Brasil, este sistema vigorou de 1997 a 2001, sob a égide da antiga redação do art. 4º da Lei n. 9.434/97, que estabelecia:

Art. 4º Salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta Lei, presume-se autorizada a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para finalidade de transplantes ou terapêutica post mortem.

Tal dispositivo, que promoveu a estatização do corpo humano, recebeu diversas críticas, por afrontar a intimidade, a dignidade da pessoa humana e a capacidade de autodeterminação, por uma intervenção exagerada do Estado na esfera privada, por discriminar os não-doadores e por desprezar completamente a realidade brasileira, onde a falta de informação da população é um fator impeditivo de uma manifestação consciente da vontade, não havendo aí nenhum altruísmo ou sentimento de solidariedade humana.

(19) DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Moraes, 1961, p. 93.

O Brasil então passou a adotar o sistema do *consentimento (opting in system)*, que exige a concordância expressa do doador ou da sua família. Nesse sentido, a nova redação do art. 4º da Lei n. 9.434/97, dada pela Lei n. 10.211/01, dispõe:

Art. 4º A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

Além do Brasil, este sistema também é adotado no México, Inglaterra, Países Baixos, Estados Unidos e na Turquia e parece ser o sistema mais acertado para a situação.

III. DISPOSIÇÃO DE ÓRGÃOS DE ANENCÉFALO

Como foi visto, no Brasil é possível a disposição de órgãos *post mortem* e a disposição de órgãos em vida. Nesse sentido, a discussão gira em torno da possibilidade de se aplicar ao anencéfalo as normas que regem a disposição de órgãos e tecidos *post mortem* ou aquelas que tratam da disposição em vida.

O anencéfalo pode ser um embrião, feto ou recém-nascido que, por malformação congênita, não possui os hemisférios cerebrais, mas tem uma parcela do tronco encefálico que mantém as suas funções vitais, o que permite que possa nascer com vida, vindo a falecer horas, dias ou semanas depois.

Daí que precisamos identificar a partir de que momento a vida humana começa e deve ser protegida pelo Direito.

O Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, estabelece em seu art. 4º que “1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”. Embora o entendimento do Supremo Tribunal Federal seja diferente, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que, de acordo com o art. 5º, § 3º, da Constituição Federal,

a Convenção continua em vigor, desta feita com força de emenda constitucional. A regra emanada pelo dispositivo em apreço é clara no sentido de que os tratados internacionais concernentes a direitos humanos nos quais o Brasil seja parte devem ser assimilados pela ordem jurídica do país como normas de hierarquia constitucional; (...)

o Pacto de São José da Costa Rica foi resgatado pela nova disposição constitucional (art. 5º, § 3º), a qual possui eficácia retroativa.⁽²⁰⁾

Assim sendo, o ordenamento jurídico brasileiro considera que a vida humana começa e deve ser protegida desde a concepção. Nesse sentido é o magistério de *Maria Garcia*, para quem “a vida se inicia com a concepção e o art. 5º, *caput* da CF assegurando a inviolabilidade do direito à vida, vai estendê-la a esse momento específico de formação da pessoa”⁽²¹⁾.

Este também é o entendimento de *Paulo Otero*, para quem a garantia de inviolabilidade da vida humana impõe ao Poder Público o dever de preservar o direito à vida antes e após o nascimento, o que deve ser reforçado quanto mais frágil for essa manifestação de vida humana ou mais insuficiente ou débil for o seu titular. Daí que devem ser afastados os argumentos daqueles que afirmam que os anencéfalos não poderão ter vida relacional e que mesmo a sua vida biológica será reduzida. Segundo *Paulo Otero*⁽²²⁾:

É que a Constituição não se limita a reconhecer um direito de vida, enquanto expressão de conservação de uma vida já nascida, envolvendo também a garantia de um direito à vida, traduzido no desenvolvimento de todas as manifestações de vida humana, incluindo o direito ao nascimento.

Maria Helena Diniz⁽²³⁾ noticia que em 1987 uma senhora engravidou, por meio de inseminação artificial, a fim de que o feto fosse utilizado como doador de tecido nervoso para tratamento de seu pai, acometido pela doença de Parkinson. Esta situação caracteriza uma afronta à dignidade do filho como ser humano, reduzindo-o à condição de meio e ignorando que o ser humano é um fim em si mesmo, o que torna ilícita a sua instrumentalização a simples meio de alguém ou de alguma coisa. Daí o imperativo prático posto por *Kant*: “Age de tal sorte que consideres a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”.⁽²⁴⁾ Não se pode esquecer que o Direito existe em função da pessoa e para propiciar o seu desenvolvimento.

Daí por que entendemos ser equivocada a autorização para utilizar um anencéfalo vivo como doador de órgãos, tanto por razões técnicas quanto por razões éticas. Ainda se questiona a viabilidade dos órgãos e tecidos

(20) STJ, Primeira Turma, unanimidade, Recurso em *Habeas Corpus* n. 18.799-RS, Rel. Min. José Delgado.

(21) GARCIA, Maria. A inviolabilidade constitucional do direito à vida. A questão do aborto. Necessidade de sua descriminalização. Medidas de consenso. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. a. 6. n. 24. jul./set. 1998, p. 73.

(22) OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 38.

(23) DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 359-360.

(24) KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 105.

doados por anencéfalos. Além disso, não se aplicam para os anencéfalos os critérios de morte encefálica; mas, isto não significa que não haja outro meio para verificar a cessação de sua vida humana. Oportuna é a citação aqui de *Paulo Otero*, que entende que “qualquer eventual dúvida deveria ser resolvida juridicamente através de um princípio *in dubio pro vitae*”⁽²⁵⁾.

Segundo *Maria Helena Diniz*, para que haja transplante de órgão vital de anencéfalo “será imprescindível aguardar sua morte ou a cessação completa de suas funções cerebrais”⁽²⁶⁾. Afirma ainda *Maria Helena Diniz*:

O anencéfalo é um ser humano tanto quanto um homem que venha a sofrer grave lesão nos hemisférios cerebrais ou a perder parte de seu cérebro num acidente automobilístico ou numa intervenção cirúrgica para extirpação de um tumor maligno, perdendo a capacidade de qualquer contato com o mundo exterior, mas suscetível de regular sua homeostasia, em virtude da persistência do funcionamento adequado do tronco cerebral. Se assim é, dever-se-á respeitá-lo como pessoa humana, não se ferindo sua dignidade. (...) O bebê anencéfalo somente poderá ser doador de órgãos e tecidos se preencher os critérios legais de morte cerebral, ou seja, cessação completa do tronco cerebral, que abrange mesencéfalo, ponte e bulbo. Para tanto, o processo de doação terá de ser da iniciativa dos pais e não por solicitação de algum profissional da saúde. Os seus órgãos ou tecidos, portanto, não poderão ser retirados de seu corpo enquanto não estiver legalmente morto. Se não se pode dispor de órgãos de paciente terminal enquanto não ocorrer sua morte encefálica, também não é possível remover órgão ou tecido de anencéfalo enquanto a morte cerebral não se configurar ou não ficar comprovada.⁽²⁷⁾

Dessa forma, embora o transplante traga benefícios ao receptor, não se pode admitir que isto venha a causar danos ao doador que esteja vivo, ainda que este doador seja um anencéfalo, que não pode ser tratado como se fosse um banco ou repositório de órgãos e tecidos para fins de transplante, o que afrontaria a sua dignidade. Segundo a lição de *Maria Garcia*, “a dignidade da pessoa humana pode ser entendida como a compreensão do ser humano na sua integralidade física e psíquica, como autodeterminação consciente, garantida moral e juridicamente”⁽²⁸⁾.

(25) OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 41.

(26) DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 58.

(27) DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 351-352.

(28) GARCIA, Maria. Biodireito constitucional: uma introdução. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. a. 11. n. 42. jan./mar. 2003, p. 112.

CONCLUSÕES

Ao mesmo tempo em que se deve registrar a importância dos transplantes para salvar vidas, ou para melhorar a sua qualidade, também se deve zelar pelos direitos do doador, inclusive se este for um anencéfalo. Dessa forma, é necessário ponderar os direitos do doador e do receptor. Isto porque não se pode ser extremamente solidarista, exigindo a disposição de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para aquele que deles precisar, mas também não se pode ser egoisticamente individualista.

As questões envolvendo transplantes de órgãos, tecidos e partes do corpo humano têm se tornado cada vez mais complexas, na medida em que a ciência evolui, e isto tem exigido o enfrentamento dos problemas ético-jurídicos daí decorrentes. Buscou-se analisar juridicamente a possibilidade de o anencéfalo ser doador de órgãos tendo como fundamento o biodireito constitucional, certos que todos os dilemas devem ser solucionados observando-se o princípio da dignidade da pessoa humana e os postulados da bioética.

Pode-se concluir então que é inadmissível juridicamente qualquer transplante de órgãos de anencéfalo vivo. Se para estes a morte é uma questão de tempo, como, aliás, é para todos os seres humanos, deve-se aguardar o momento de sua morte para a retirada dos órgãos e tecidos. E, neste caso, será necessária a autorização de seus pais, de conformidade com as normas jurídicas que se aplicam à disposição de órgãos *post mortem* anteriormente mencionadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Bioconstituição: bioética e biodireito; identidade genética do ser humano. *Jornal da Faculdade de Direito Milton Campos*. n. 27. fev./2000, p. 6-7.

_____. O direito de experimentação sobre o homem e a biomédica. *O sino do Samuel*. a. III. n. 21. Belo Horizonte: UFMG, março 1997, p. 5.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Moraes, 1961.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FABRIZ, Daury Cesar. *Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

GARCIA, Maria. A inviolabilidade constitucional do direito à vida. A questão do aborto. Necessidade de sua descriminalização. Medidas de consenso. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. a. 6. n. 24. jul./set. 1998, p. 73-83.

_____. Biodireito constitucional: uma introdução. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. a. 11. n. 42. jan./mar. 2003, p. 105-113.

_____. *Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade*. São Paulo: RT, 2004.

KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999.

SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. *Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei n. 9.434/97*.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: RT, 2001.

_____. *Morte encefálica e a lei de transplantes de órgãos*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 199.

SILVA, Rodrigo Pessoa Pereira da. *Doação de órgãos: uma análise dos aspectos legais e sociais*. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 399-437.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *O direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. 7.ed. rev. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.