

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC - SP

Rosa Maria Neves Abade

TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS: RELEVÂNCIA PENAL

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO
2009

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC - SP

Rosa Maria Neves Abade

TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS: RELEVÂNCIA PENAL

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação Apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Prof^a. Doutora Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos.

SÃO PAULO
2009

BANCA EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS

À Deus, agradeço por cingir de forças e aperfeiçoar meu caminho. À minha família, meus pais, irmãos, sobrinhos e noivo, cujo apoio e incentivo torna possível minha caminhada.

À caríssima mestra Maria Celeste Cordeiro Leite Santos, que com seu brilhantismo e entusiasmo desenvolveu-me o fascínio pela matéria. Certamente, sem o seu apoio e compreensão eu não teria conseguido. À ela minha eterna gratidão.

EPÍGRAFE

“Minha tomada de consciência – o momento em que a enormidade daquilo tudo me deixou desnortado – foi precisamente depois que extirpei o coração de Washkanski. Abaixei a vista e vi aquela cavidade [...] A comprovação de que diante de mim se achava um homem estendido, um homem sem coração, porém vivo, me parece que foi o momento que me infundiu mais pavor.”

Christian Barnard

EPÍGRAFE

“O acto de amor que é expresso com a doação dos próprios órgãos vitais permanece como um testemunho genuíno de caridade que sabe olhar além da morte para que vença sempre a vida. Do valor deste gesto deveria estar bem consciente quem o recebe; ele é destinatário de um dom que vai além do benefício terapêutico. O que recebe, de facto, ainda antes de ser um órgão é um testemunho de amor que deve suscitar uma resposta de igual modo generosa, a fim de incrementar a cultura da doação e da gratuidade.”

Papa Bento XVI (Discurso aos participantes no Congresso Internacional promovido pela Pontifícia Academia para a vida sobre o tema da doação de órgãos)

RESUMO

As permanentes transformações da humanidade, em busca de melhor qualidade de vida desencadearam, ao longo dos anos, vários estudos científicos. Os avanços da ciência moderna, mormente vinculadas ao corpo humano, foram se tornando realidade e, por esta razão, houve crescente preocupação no resguardo dos direitos fundamentais. O transplante de órgãos é um dos frutos da evolução da ciência moderna, cuja realização envolve uma dicotomia entre o interesse individual e coletivo, exigindo, assim, a intervenção do Estado. O momento da morte é assunto resguardado nesta lei, sendo este polêmico e complexo, com necessidade de determinantes legais. O tema deste estudo focaliza a compreensão destes aspectos na lei de transplante de órgãos. Analisou-se para tanto, a lei propriamente dita, o básico conceito de transplante e sua evolução histórica e também legislativa. O princípio da dignidade humana, como formador do novo conceito de cidadania, bem como os demais direitos fundamentais, assegurados pela Constituição Federal, foram também analisados. Enfocou-se o aspecto do consentimento, a opção inicial do legislador pelo modelo de consentimento chamado "presumido", a alteração introduzida pela MP nº 1.718/98, posteriormente pacificada pela Lei 10.211/01, bem como a natureza jurídica, os requisitos para a validade do consentimento, sua gratuidade e revogabilidade. Finalmente, culmina o estudo com a descrição dos artigos da Lei vigente nº 9.434/97, bem como as alterações da lei nº 10.211/01, enfatizando os aspectos penais, bem como o objetivo do legislador em punir as condutas criminosas ali previstas. Conclui-se que referida lei necessita de alterações, com a exclusão de tipos abertos, sugerindo tipos que façam a previsão do resultado morte a título de dolo, a criação de tipos intermediários, bem como aplicação de efeitos extrapenais da condenação.

Palavras Chave: Transplante de órgãos. Morte encefálica. Consentimento. Tipos penais

ABSTRACT

The ongoing transformation of humanity in search of better quality of life caused over the years, several scientific studies. The advances of modern science, especially related to the human body were becoming reality, and for this reason, there was growing concern in the band of fundamental rights. The transplantation of organs, is a fruit of the development of modern science, whose task involves a dichotomy between individual and collective interests, requiring therefore the involvement of the state. The moment of death is subject guarded in law, which is controversial and complex and in need of legal determinants. The theme of this study focuses on the understanding of these aspects in the law of organ transplantation. It was analyzed for both the law itself, the basic concept of transplantation and its historical development and legislation. The principle of human dignity, how to format the new concept of citizenship as well as other fundamental rights guaranteed by the Constitution, were also analyzed. Focusing on the issue of consent, the initial choice of the legislature called by the model of consent "assumed", the amendment introduced by MP No 1718/98, later pacified by Law 10211/01, and the legal requirements for validity of consent, its free and revocability. Finally, the study concludes with a description of the existing articles of Law No. 9. 434/97 and the amendments of the Law 10211/01, emphasizing the criminal aspects, and the legislature's purpose in punishing criminal conduct planned there. It is concluded that this law needs to change, with the exception of open type, suggesting that types are anticipating the outcome of death for fraud, the creation of intermediate types, and application of extrapenais purposes of sentencing.

Keywords: transplantation of organs. Criminal aspects. Brain death

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA	18
1.1 Evolução Histórica do Transplante de Órgãos e Tecidos no Mundo	18
1.2 Histórico do Transplante de Órgãos no Brasil	23
1.3 Evolução Histórica da legislação de Transplante no Brasil	24
CAPÍTULO 2 – TRANSPLANTE	32
2.1 Conceito	32
CAPÍTULO 3 – DIREITOS FUNDAMENTAIS E A LEI DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS	36
3.1 Considerações	36
3.2 Princípio da Dignidade da pessoa humana	36
3.3 Considerações relativas ao direito fundamental à vida	43
3.4 Princípio da Integridade física	45
3.5 Princípio da liberdade	47
3.6 Direito à saúde	48
3.7 O direito ao próprio corpo	52
CAPÍTULO 4 – A LEI DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS – LEI Nº 9.434/97 E ALTERAÇÕES PELA LEI Nº 10.211/01	55
4.1 Disposições Gerais	55
4.2 A morte encefálica e a Lei de Transplante de Órgãos	57
4.2.1 Conceito de Morte	58

CAPÍTULO 5 – A FIGURA DO “DOADOR” E “RECEPTOR”	77
5.1 A figura do “doador”	77
5.2 A figura do “receptor”	79
5.3 O afastamento do consentimento presumido pela nova lei nº 10.211/01	80
5.4 Transplante e o Direito Legislado	83
 CAPÍTULO 6 – ANENCEFALIA E DOAÇÃO DE ÓRGÃOS	88
CAPÍTULO 7 – RELEVÂNCIA PENAL DO TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS	92
7.1 Introdução	92
7.2 A finalidade da pena nas condutas penais da lei de Transplante de Órgãos	95
7.3 Bem jurídico Tutelado pela Lei de Transplante de Órgãos	97
 CAPÍTULO 8 – DOS TIPOS PENAIS	100
8.1 Remoção em desacordo com a lei	100
8.1.1 Formas qualificadas	103
8.2 Comercialização de Órgãos	106
8.3 Transplantação de Órgãos obtidos de Modo Ilegal	108
8.4 Transporte irregular de Órgãos	109
8.5 Realização de Transplantação sem permissão do receptor	110
8.6 Falta de Recomposição Estética do Cadáver do Doador ou Retardamento na entrega do Corpo aos familiares	111
8.7 Publicação de Anúncio ou Apelo Público em Desacordo com o Disposto no artigo 11 da Lei nº 9.434/97	113

CAPÍTULO 9 – O ART. 211 DO CÓDIGO PENAL E O <i>CAPUT</i> DO ART. 14 DA LEI Nº 9.434/97	115
CAPÍTULO 10 – PROJETO DE LEI Nº 251/04 PARA NOVO ENQUADRAMENTO LEGAL	118
CAPÍTULO 11 – SANÇÕES ADMINISTRATIVAS	119
CONSIDERAÇÕES GERAIS À GUIA DE CONCLUSÃO	121
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	128
ANEXOS	139
ANEXO A – Lei nº 4.280 de 6 de novembro de 1963	140
ANEXO B – Lei nº 5.479 de 10 de agosto de 1968	142
ANEXO C – Lei nº 8.501 de 30 de novembro de 1992	144
ANEXO D – Lei nº 9.434 de 4 de fevereiro de 1997	147
ANEXO E – Transplantes: alteração da lei nº 9.434 de 1997	154
ANEXO F – Resolução 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina.....	156
ANEXO G – Portaria nº 1.160 de 29 de maio de 2006	162
ANEXO H – Resolução CFM nº 1.805/06	169
ANEXO I – Resolução CFM nº 1.752/04	171

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, houve grande avanço científico, mormente no campo da tecnologia e do biodireito, ambos com o propósito de proteger e prolongar a vida humana. Entre tantos setores que tiveram desenvolvimento avançado objetivando prolongamento da vida humana, estão os transplantes de órgãos e tecidos.

Para Miguel Reale Junior, “O transplante de órgãos, árdua conquista da arte cirúrgica que abre os horizontes da medicina, de pronto recebeu o aplauso e a admiração social, criando esperanças, espantando incrédulos, suscitando discussões”.¹

É evidente que o assunto traz polêmica, mesmo porque adentramos no eterno conflito entre o interesse coletivo para o progresso da ciência e o interesse individual, na proteção e resguardo das garantias individuais.

Acentua-se ainda neste conflito o contra senso existente entre o morrer e o viver. Como diz Maria Celeste Cordeiro Leite Santos, “ É a morte que a vida requer. Morrer para viver! Os que se vão, beneficiam os que vem chegando..... Os transplantes beijam a vida e a morte”.²

Diante deste antagonismo, amplos são os aspectos de interesse no estudo dos transplantes de órgãos e tecidos, desde o científico, ético, moral, filosófico até o jurídico.

A intervenção do direito para regulamentação dos interesses da coletividade e do indivíduo e seus valores fundamentais tornou-se necessária e, desta forma, o aspecto jurídico será o norte do presente trabalho.

Atualmente, a pesquisa científica, no que concerne ao corpo humano, é amparada pela proteção do “bem comum”, “função social”, que sobrepõe os bens

¹ REALE JR. Miguel. *Aspectos Jurídicos do Ato médico no Transplante de Órgãos*. RT 424/462. *apud*. PIERANGELLI, José Henrique. *O consentimento do ofendido*. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais. 2001.

² SANTOS, Maria Celeste Leite. E acrescenta ainda a autora, ao mencionar De Hipócrates ao Transplante: “A vida procurando a morte, no que tem ainda de vida para substituir. E a morte, solícita, atende para suavizar o espantinho em que se constitui, como Rei dos Terrors, na palavra do livro de Job”. Que maravilha estes transplantes! *Transplantes de Órgãos e Eutanásia*. São Paulo: Saraiva. 1992. p. 150.

individuais. Mas existem valores da pessoa humana que o ordenamento jurídico considera imprescindíveis, tais como o princípio da indisponibilidade da vida, da saúde, da integridade física; da dignidade da pessoa humana; do consentimento do sujeito; da igualdade e da liberdade.

No que concerne ao princípio da liberdade, este é indispensável na procura na constatação de aspectos que possam distinguir ações socialmente adequadas e as socialmente inadequadas.

O conceito de liberdade está diretamente ligado à interação social. Por um lado, a legislação formalizada implica limites, especialmente no Direito Penal. Por outro lado, a liberdade de escolha significa quase ausência de coação normativa sobre as nossas ações.

Aliás, para Kelsen, na obra “Teoria Pura do Direito”, liberdade é agir conforme a própria vontade seja ela causalmente determinada ou não. A imputabilidade tornaria o homem livre, não seria o homem sujeito à imputação por ser livre. Seria o fato de ser a imputabilidade limitada a tal ato concreto o determinante da liberdade humana.³

A liberdade sempre envolve responsabilidade social. Este princípio está relacionado com os limites da liberdade. Assim, a liberdade de um ser humano é limitada, entre outros, pelo seu corpo, pela doença, pelo fato de que morre, pela sua inteligência, pelos controles sociais.

Questiona-se assim se a liberdade sobre o corpo teria imputação.

³ KELSEN, Hans. *apud*. FREIRE DE SÁ, Fátima. *Biodireito e Direito ao Próprio Corpo*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey. 2003.

Eis aí a exaustão do modelo Kelseniano de liberdade-sanção. Na esfera individual, o homem é livre para dispor de seu corpo, não porque se lhe impute a proibição ou sanção. É que o sujeito de direito seria livre, mas, como não se pune sequer a forma tentada de suicídio, a sanção não seria causa eficiente. Confundidos o sujeito e o objeto do direito, prejudicada a liberdade concertada no direito subjetivo, que, assim, deixa de ser a única expressão de faculdade ou poder de ação conforme a norma.⁴

Desta forma, no aspecto social, a humanidade possui liberdade para obter órgãos e tecidos, sem que por isto esteja sujeita à sanção.

Sabemos que o interesse coletivo para o progresso da ciência e pretensão na obtenção de órgãos e tecidos, esbarram-se em vários ramos do direito. Neste tocante, concentraremos o estudo no direito penal, sem, é claro, deixarmos de nos valer da interdisciplinariedade nacional e alienígena.

Várias são as teorias penais com o intuito de proteger o tratamento médico-cirúrgico, e ainda os fundamentos que os legitimam, quais sejam ilicitude, atipicidade, dirimentes de culpabilidade, adequação social etc.

O Direito Penal dá a proteção aos bens jurídicos, de caráter ético social, que se mostram indispensáveis para manter e proteger a continuidade da vida social. Para cumprir a sua missão de proteção desses bens, o Direito necessariamente, deve impor limites e controles à liberdade, que deve estar presente, também na ciência médica.

A norma penal tem, portanto, função protetora. Porém, esta só pode ser considerada sob a ótica de uma função motivadora de condutas humanas, o que possibilita um controle social de liberdade.

Para esta proteção social, o Direito Penal moderno tem adotado o princípio da adequação social. Referido princípio idealizado por Welzel, trata-se de um princípio geral da hermenêutica.

Não há que se confundir adequação social com causa de justificação.

⁴ *ibid.*, p.8

“A ação socialmente adequada está, desde o início, excluída do tipo, porque se realiza dentro do âmbito de normalidade social”, ao passo que a ação amparada por uma causa de justificação só não é crime (apesar de socialmente inadequada), em razão de uma autorização especial para realização de ação típica.⁵

O princípio da adequação social tem aplicação no Direito e na Ética, e faz um elo entre estas, com dimensões consideráveis, no que diz respeito às intervenções cirúrgicas e o resultado letal que delas podem advir.

Do ponto de vista jurídico o transplante é um ato médico que o direito exige seja praticado de maneira atenta e de acordo com as normas.

O transplante de um órgão vital é juridicamente inatacável, em princípio, todas as vezes que for efetuado num doente que não poderia ser salvo, senão pelo transplante.

Todavia, diante de valores tão importantes, coube à ciência jurídica produzir normas que acompanhassem o avanço social, com o fito de prevenir e coibir conflitos existentes.

A prática de transplante de órgãos e tecidos, trouxe à lume a Lei nº 9.434/97, tratando inicialmente da doação presumida de órgãos partes e tecidos.

Diante de tantas críticas, acabou sendo modificada pela Lei nº 10.211/01, que afastou o consentimento presumido, para qual deve haver autorização por parte do membro familiar para a elaboração do transplante.

Daí a necessidade de analisarmos a questão do consentimento, não mais presumido, mas devidamente autorizado.

Verifica-se que a Lei nº 9.434/97, no que tange ao consentimento, estabelece algumas condições para que possam ser retirados tecidos, órgãos e partes do cadáver, devendo haver consentimento também por parte do receptor, conforme preceitua o art. 10º da referida lei.

⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva. 1994. p. 131-2

Caso haja dissenso, terá previsão criminal prevista nos tipos penais da Lei de Transplantes, ou caracterizará, conforme o caso, o crime de violação do cadáver descrito no artigo 211 do Código Penal.

A lei de transplante de órgãos prevê a possibilidade da extração de tecidos, órgãos e partes do corpo, para fins de transplantes, sendo que esta pode ser também efetuada após a morte do doador.

Este assunto traz bastante polêmica, mesmo porque atualmente vem se constatando que a morte não ocorre em um único processo, sendo que os órgãos vão “morrendo” gradativamente.

Segundo Jean Rostand⁶, “a morte não se consuma de um só golpe: ela se propaga”

Assim, a Lei nº 9.434/97 traz, em seu artigo 3º de forma bastante cautelosa que a doação *post mortem* se dá quando é reconhecida a morte encefálica do doador .

Este critério, conforme a doutrina médica, é prova extremamente segura da ocorrência da morte.

A morte encefálica será objeto de debate no decorrer do presente trabalho.

Acentua-se ainda que, a prática do transplante de órgãos, realizada pelos cirurgiões médicos podem ser refutadas pelo Direito Penal e, para tanto, necessário se faz um estudo sobre o consentimento do doador, bem como, um estudo sobre o consentimento do receptor.

Outras questões também são sobremaneira importantes quando se trata de transplante de órgãos, destacando o princípio da dignidade humana, como princípio norteador do conceito de cidadão nos dias atuais.

Diante da relevância do tema, faremos ainda uma análise dos tipos penais existentes na Lei de transplante de órgãos, finalidade da pena, o bem jurídico

⁶ ROSTAND, JEAN. *apud*. PIERANGELLI, José Henrique. *O consentimento do Ofendido*. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais. 2001. p.231

atingido, a ação, omissão, tipo subjetivo, consumação, tentativa, pena, bem como a intenção do legislador em punir as condutas criminosas ali previstas.

Um estudo sobre a legislação alienígena vigente, também será discorrido.

CAPÍTULO 1 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA

1.1. Evolução Histórica do transplante de Órgãos e Tecidos no Mundo

No que concerne à evolução histórica dos transplantes, verifica-se que, desde os primórdios, a humanidade objetiva o prolongamento da vida.

Consta da bíblia que Deus disse:

Não é bom que o homem esteja só; vou dar-lhe uma ajuda que lhe seja adequada”. Então o Senhor Deus mandou ao homem um profundo sono; e enquanto ele dormia, tomou lhe uma costela e fechou com carne o seu lugar. E da costela que tinha tomado do homem, o senhor Deus fez a mulher, e levou-a para junto do homem. (Gênesis: 1.21)⁷

Não obstante o cunho religioso, poderíamos até imaginar que este trecho da bíblia vem a descrever um transplante, com um enfoque ainda que, o sono profundo em Adão, parece descrever uma anestesia. E acentua-se ainda, que houve retirada da costela e sutura da carne. Com a costela se fez Eva.

Maria Celeste Cordeiro Leite Santos, na obra *Transplante de Órgãos e a Eutanásia*⁸, descreve que, diz a lenda, que foi feito um transplante por dois santos da Igreja Católica Apostólica Romana, no século II: São Cosme e Damião que operaram um sacristão de uma igreja Sicília, que teve uma das pernas amputadas por causa de uma gangrena.

E continua a autora: “Os dois santos foram ao cemitério da localidade e o único cadáver disponível foi de um negro etíope. O transplante foi feito com sucesso e o sacristão passou o resto da vida com uma perna de cada cor”.⁹

⁷ Cf. *Bíblia sagrada*, apud. FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. *op. cit.*

⁸ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *op. cit.* p.127

⁹ *idem.*

Todavia consta que a história dos transplantes de órgãos e tecidos teve sua evolução com a medicina, iniciando com a assistência hospitalar no Ocidente, com o advento da Cristianismo em Roma.

Há comprovação arqueológica que no Egito e em Roma, houve a prática de transplantes de dentes.

Também há notícias sobre a existência de primeiras técnicas de reconstrução do nariz, por volta de 750-800 anos antes de Cristo, com pele oriunda da testa, lançando veredas na reconstrução facial.¹⁰

Nos séculos XV e XVI foram descritos os primeiros intentos de utilizar tecidos procedentes de pessoas e animais, sem qualquer êxito, pois, não havia qualquer cuidado relativo a evitar-se uma infecção.

No século XIX, os enxertos de pele foram os primeiros transplantes de tecidos humanos¹¹.

Neste período foi descoberto que o enxerto realizado entre gêmeos não eram passíveis de rejeição tendo, pois, realização satisfatória.

Foi somente com a cirurgia moderna, utilizando instrumentais adequados, anestesia, antibióticos, imunossuppressores que houve êxito nessas intervenções cirúrgicas.

A revolução biológica, fruto da descoberta do DNA, em 1953 e o movimento dos direitos humanos, nas décadas de 60 e 70, foram essenciais para o desenvolvimento dos transplantes de órgãos e tecidos.

Até o século XX, o conhecimento do sistema imunológico era limitado. Primeiro, constatou-se a produção de anticorpos em resposta à infecção e havia várias classes de anticorpos.

¹⁰ LEITE, Rita de Cássia Curvo. *Transplantes de órgãos e tecidos e direitos da personalidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 104

¹¹ *id.*, *ibid.*

Após descobriu-se que o sistema imunológico era a causa da doença provocada pelo fator Rh e o responsável pelo fracasso dos transplantes de órgãos.¹²

Com isto houve desenvolvimento de um anti-soro, bastante eficaz na eliminação da moléstia do Rh, que, de forma temporária, protegeu o sistema imunológico, permitindo o transplante de órgãos, especialmente dos rins.¹³

Desde os remotos tempos que o homem anseia a substituição de órgãos doentes por órgãos sadios. O mesmo ocorrendo quanto ao sangue e tecido. Todavia a realização deste apenas se deu em meados do século XX.

O primeiro transplante de rim bem sucedido, foi feito, em 1954 pelos Drs Murray e John Merril, que efetuaram o primeiro transplante de um doador vivo, entre dois irmãos gêmeos.¹⁴ Desde então o transplante de rins tem progredido grandemente desde o primeiro bem sucedido transplante.

O primeiro transplante de coração humano foi feito, no dia 3 de dezembro de 1967, pelo Dr. Christian Barnard, na Cidade do Cabo, África do Sul. Referido médico retirou o órgão de um homem e colocou no corpo de uma mulher que havia sofrido acidente de trânsito. A receptora faleceu 18 dias após a cirurgia.¹⁵

Alexis Carrel, que ganhou prêmio Nobel de medicina em 1912, estabeleceu um método para restabelecer a circulação sanguínea normal em um órgão transplantado, além de que desenvolveu técnicas de sutura.

Emile Holman, na década de 50 constatou os motivos da rejeição que eram devidos a anticorpos agindo contra o tecido implantado.

A partir de então, vários outros casos foram sendo operados, fazendo com que, até outubro de 1968, já se contassem mais 60 transplantes, em diferentes partes do mundo.

¹² Disponível em: <http://www.geocities.com/coloquio_bioetica/transprel.htm>. Acesso em 20.07.2008

¹³ *id.*, *ibid.*

¹⁴ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *Transplante de Órgãos e Eutanásia*. São Paulo: Saraiva. 1992, p. 128

¹⁵ *idem*

O primeiro transplante cardíaco na América Latina, foi realizado, no Brasil no Hospital das Clínicas em São Paulo, pelo Dr. Euríclides de Jesus Zerbini no dia 26 de maio de 1968. O paciente receptor tinha 32 anos, sexo masculino, vaqueiro e portador de miocardiopatia dilatada provavelmente de etiologia chagásica. O caso causou grande impacto na época.

O transplante cardíaco é hoje uma realidade, com milhares de casos registrados até os dias atuais.

A esse respeito, disse Peter B. Medawar, no Segundo Congresso Internacional da Sociedade de Transplantes em Nova Iorque:

O transplante de órgãos será assimilado na prática clínica, e não há necessidade de filosofar a esse respeito. Isto será realidade pela simples e suficiente razão de que as pessoas, são constituídas de tal forma que, preferem viver do que morrer.¹⁶

Creemos que não seria exagerado, considerar esta uma justificativa válida para o desenvolvimento da cirurgia cardíaca como um todo.

O primeiro bem sucedido transplante de córnea foi realizado por Edward Zirm, cirurgião austríaco, em 1905. Todavia, não era uma operação de rotina até os anos 40. O Dr. Townleey Paton estabeleceu o primeiro Banco de Olhos para restauração da visão no Hospital de Olhos, Ouvido e garganta de Manhattan, em 1944.¹⁷

Desta forma as pessoas, poderiam deixar seus olhos em um banco de olhos, após sua morte. A córnea era e é até hoje conservada e usada mais tarde, quando houver um paciente que dela necessite. Cerca de 95% de transplante de córneas são, hoje, bem sucedidos.

¹⁶ Washington Regional Transplant Consortium: Disponível em: <<http://www.wrtc.org>>, *apud* LIMA, Maria Madalena, na obra transplante de órgãos: Relevância Jurídico Penal, pág 28

¹⁷ VARGA, Andrew C. *Problemas de Bioética*. Trad. Pe. Guido Edgar Wenzel. Edição revisada. São Leopoldo: Gráfica Usininos. 1990

O transplante de fígado, o primeiro bem sucedido, foi feito, em 1963, pelos Drs William R. Waddell e Thomas E. Starzl na Clínica Geriátrica do Donver. Os transplantes de fígado, tornaram-se bem sucedidos após o uso de novas drogas para impedir a rejeição.¹⁸

Já o primeiro transplante de pâncreas foi realizado em 1966 pelo Dr. Richard C. Lillehei, na faculdade de Medicina da Universidade de Minnesota. É efetuado na tentativa de prevenir complicações emergentes do diabetes.

Quanto ao transplante de pulmão, o primeiro foi realizado pelo Dr. James D. Hardy, em 1963. A operação teve êxito, todavia houve morte do paciente.

O transplante da combinação pulmão e coração teve melhor resultado. Em 1981, os Drs Norman E. Schumway e Bruce Reitz transplantaram um coração e pulmão em Mary Gohlke, uma mulher de 45 anos, cujo resultado foi altamente satisfatório.¹⁹

Assim, desde os primórdios noticia-se a ocorrência dos transplantes, sendo certo que desde então os avanços na sua realização vem trazendo grande eficácia às cirurgias realizadas.

Também tem se tentado o transplante de intestino delgado, o qual encontra-se em fase experimental e pode ser tentado em indivíduos cujos intestinos foram destruídos por uma doença ou não funcionam suficientemente bem para manter a vida. A maioria das pessoas submetidas a esses transplantes não tem sobrevivido muito tempo, mas o seu índice de êxito é cada vez mais elevado.

Em fevereiro de 2003, médicos austríacos na Universidade de Innsbruck realizaram o primeiro transplante duplo de antebraços e mãos em um paciente.

Recentemente cirurgiões espanhóis realizaram, com sucesso, o primeiro transplante de traquéia, na colombiana Claudia Castillo, de 30 anos. O órgão transplantado, foi criado em laboratório a partir das células-tronco da própria

¹⁸ VARGA, Andrew C. *Problemas de Bioética. op. cit*

¹⁹ *id.*, *ibid.*

paciente. A tecnologia, ainda na fase experimental, permitiu que se fizesse um transplante sem a necessidade de se usar drogas contra rejeição.²⁰

1.2. Histórico do Transplante de órgãos no Brasil

No Brasil o transplante de órgãos e tecidos, iniciou-se no ano de 1964 na cidade do Rio de Janeiro e no ano de 1965, na cidade de São Paulo, com a realização dos dois primeiros transplantes renais do país.

O primeiro transplante cardíaco ocorreu também na cidade de São Paulo no ano de 1968, realizado pela equipe do Dr. Euríclides de Jesus Zerbini.

Desde o seu início até os dias atuais, o transplante de órgãos no Brasil teve grande evolução em técnicas, resultados, variedade de órgãos transplantados e número de procedimentos realizados.

Atualmente já foram efetuadas, somente em São Paulo 14.478 cirurgias de transplante de Órgãos. Entre janeiro de julho de 2008, 1769 cirurgias.

O Hospital do Rim e Hipertensão, da Unifesp, é segundo informações da Revista Veja São Paulo²¹, a instituição que realiza o maior número de transplantes de rim no mundo.

1.3. Evolução Histórica da Legislação de Transplante no Brasil

Em razão dos avanços e o crescente aumento de pessoas necessitadas da realização do transplante de órgãos, surgiu a necessidade de disciplinar juridicamente a matéria. O transplante de órgãos teve então amparo por leis que foram se modificando ao longo do tempo.

²⁰ PRIMEIRA TRAQUÉIA FEITA COM CÉLULAS-TRONCO DO PACIENTE É USADA EM TRANSPLANTE. Disponível em <<http://www.globo.com.br>>. Acesso em 17.11.2008

²¹ REVISTA VEJA. São Paulo: Editora Abril. Edição 03 de setembro de 2008. p.26

A primeira previsão legal, adveio com a existência da Lei nº 4.280/63 de 6 de Novembro de 1963²², a qual dispôs sobre a extirpação de órgãos e tecidos em pessoa falecida.

Referida lei era constituída por 9 (nove) artigos, que previam a extirpação de órgãos e tecido, em pessoa falecida, extraindo destes, córneas, artérias e ossos. Todo o procedimento era efetuado, através de manifestação escrita do doador, e sua disposição do corpo, ou o consentimento do cônjuge ou parente até o segundo grau, declarando que não havia objeções religiosas ou civis das quais o *de cujus* fazia parte e seriam responsáveis pelo destino dos despojos.

A Lei nº 4.280/63, previa apenas uma extirpação em cada cadáver e também não possuía nenhuma previsão de caráter penal.

É o que consta em seu artigo 8º:

Art. 8º - A extirpação deve ser efetuada de preferência pelo facultativo encarregado do transplante e quando possível na presença dos médicos que atestaram o óbito. Só é permitida uma extirpação em cada cadáver, devendo evitar-se mutilações ou dissecações não absolutamente necessárias.

Com o aumento evidente do número de transplantes de órgãos e o crescente avanço da tecnologia médico científica, a lei tornou-se incompatível, diante das limitações que possuía.

Surgiu então, a necessidade de efetuar o transplante de órgãos com doadores vivos, editando-se a Lei nº 5.479/68, em 10 de agosto de 1968, revogando assim a lei anterior.

A lei nº 5.479/68, era composta de 15 (quinze) artigos, e veio regular a retirada e transplante de órgãos e tecidos de cadáveres, bem como a possibilidade da retirada em pessoa em vida.

²² BRASIL. Lei nº 4.280/63. Primeiro diploma legal que disciplinou a matéria de transplante no Brasil. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 15.11.2008.

Não obstante o avanço legislativo que ocorreu, mencionada lei também apresentou falhas, pois havia imprecisão nos termos ali descritos, o que dava a possibilidade para a experimentação científica.

A lei também era silente quanto ao momento da morte, estabelecendo apenas que deveria haver prova inconteste de que esta havia ocorrido²³.

Por outro lado, a Lei nº 5.479/68, previa a gratuidade da doação, a manifestação escrita dos familiares do morto ou da vontade do doador; a proibição do transplante se houve suspeita que o doador era vítima de crime; a necessidade de equipes médicas e instituições capazes para realizar o procedimento; a necessidade de instrumento público, quando se tratasse de doador incapaz ou analfabeto.

Esta lei previu a primeira norma penal sobre transplante de órgãos.

Segundo Chaves²⁴, em 1982, o Presidente da República, encaminhou um novo Projeto de Lei, visando superar as falhas existentes na então atual Lei nº 5.479/68, versando sobre a retirada de órgãos ou partes do corpo humano para transplante ou qualquer outra finalidade terapêutica. Todavia, referido projeto foi retirado, pois continuava a conter falhas e imprecisões.

Por volta da década de 80, diante da necessidade de inibir possível comercialização dos órgãos, diante da grande procura pelos transplantes, bem como a gravidade que a conduta revestia, ao ser promulgada a Constituição Federal de 1988, fez-se expressa previsão legal em seu artigo 199, § 4º, in verbis:

A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitam a remoção de órgãos, tecidos, substâncias humanas, para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como, a coleta e processamento de transfusão de sangue e seus derivados, sendo vetado qualquer tipo de comercialização.(Constituição Federal).

²³ CHAVES, Antonio. *Direito à Vida e ao próprio corpo*: intersexualidade, transexualidade, transplante. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.1994.p.87

²⁴ *Ibidem*, p.102

A Constituição Federal permitiu assim, que os tecidos e órgãos fossem utilizados para transplante, pesquisa e tratamento, mas proibiu expressamente a comercialização destes.

Em 1992, a Comissão de Seguridade Social, da Câmara dos Deputados, aprovou um projeto de lei, que dispunha sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes de cadáver para fins terapêuticos e científicos, prevendo que, se a pessoa se manifestasse em vida como doadora, não seria mais necessária a consulta à família para a retirada de órgãos depois de sua morte.

Referido, projeto fazia a previsão, com o intuito de evitar a comercialização de órgãos, que caso do doador que não tivesse grau de parentesco com o receptor, dependeria de uma autorização judicial.

Em seguida, foi publicada a Lei nº 8.501 de 30.11.1992, a qual fez previsão específica sobre a utilização dos cadáveres não reclamados, para fins de estudo e pesquisa científica.

Todavia, o desafio de encontrar-se o modelo legislativo que trouxesse aumento a liberdade de disposição do corpo, sem que ferisse os direitos assegurados pela Constituição traduzia-se em inúmeros projetos enviados ao Congresso Nacional.

Em 1997, foi criada a chamada Lei dos Transplantes, a Lei nº 9.434/97 de 4 de fevereiro de 1997, cujo objetivo era dispor sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante, e o decreto nº 2.268, de 30 de junho de 1997 que a regulamentou, na tentativa de minimizar as distorções e até mesmo injustiças na destinação dos órgãos.²⁵

Mencionada lei, em vigor desde o dia da sua publicação, adotou a doação presumida para diminuir os conflitos e as dificuldades surgidas na captação de órgãos a serem transplantados.

²⁵ BRASIL. Lei nº 9.434/97. Transplante de órgãos. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 15.11.2008

Como se observa no artigo 1º da referida lei: “A retirada gratuita de órgãos, tecidos e partes do corpo humano em vida ou *post mortem*, para fins de transplante e tratamento é permitida na forma desta lei.”

Assim, restou afastada a possibilidade da utilização de órgãos e tecidos humanos para fins científicos, surgindo novos conflitos, já que foi excluída a possibilidade do estudo de novas técnicas médico-científicas. A polêmica se fez presente, pois se sabe que a grande parte dos transplantes envolve conhecimentos e técnicas ainda em evolução.

A Lei nº 9.434/97, prevê expressamente à coleta de tecidos e órgãos de origem humana, exclui, portanto, realização do xenotransplante, ou seja, o transplante que se faz entre um indivíduo de uma espécie a um ser vivo de outra espécie, tal como, órgão de animal em homem.

A lei também silencia quanto ao aproveitamento do material retirado dos embriões e o uso da matéria orgânica dos anencéfalos (o que só veio a ser considerado na Resolução do CFM nº 1.752/04). A legislação mencionada faz somente a previsão das questões de doação efetuadas pelas gestantes do feto vivo para retirada de medula óssea, se o ato não oferecer risco à saúde de ambos.

Mesmo com todo o avanço que se incutiu, a criação da Lei nº 9.434/97, (hoje vigente, com as autorizações da Lei nº 10.211/01), foi tema de grande polêmica, inclusive quanto ao consentimento presumido que ali previsto, em face a doação de órgãos.

A lei fazia referência, em seu artigo 4º, que “presume-se autorizada a doação *post mortem* salvo manifestação de vontade”.

Este artigo trouxe imensas dificuldades e críticas, porque afastava qualquer possibilidade de oposição por parte de familiares quanto às disposições do cadáver.

Percebe-se, contudo, que a intenção dos legisladores foi facilitar a obtenção de órgão para transplante, pois havia maior procura do que disponibilidade de órgãos de cadáveres.

Diante desses impasses foi então editada a Medida Provisória nº 1.718 do Presidente da República em 06 de Outubro de 1998, modificando o Artigo 4º e acrescentando o Parágrafo 6º que dispõe:

Na ausência de manifestação de vontade do potencial doador, o pai, a mãe, o filho ou o cônjuge poderá manifestar-se contrariamente à doação, o que será obrigatoriamente acatado pelas equipes de transplante e remoção.

Alterou-se assim o sistema de consentimento presumido para consentimento informado, efetuado pelo cônjuge ou herdeiros, parentes consangüíneos mais próximos e titulares dos direitos de personalidade do falecido, sobre o corpo cadáver.

Paralelamente, com o anseio de harmonizar-se com a mudança legislativa, o Conselho Federal de Medicina, publicou em 08 de Agosto de 1997, a Resolução nº 1.480/97, a qual atualizava a Resolução anterior (Resolução CFM nº 1.346/96), estabelecendo os critérios para identificação da morte encefálica²⁶.

Dois anos após a vigência da Medida Provisória nº 1718 de 1998 para o consentimento *post mortem*, diante da falta de solução para o problema da falta de órgãos a partir dos cadáveres, o legislador alterou a lei, através de outra Medida Provisória nº 1.959 de 24 de Outubro de .2000 que fez correções a lacuna sobre quem deveria autorizar a doação *post mortem*, estabelecendo que o consentimento fosse de qualquer um dos parentes maiores, na linha reta ou colateral até o segundo grau inclusive, ou do cônjuge. Parentes na linha reta até segundo grau são os pais e avós, na linha ascendente; na linha descendente, são os filhos e netos do falecido; e na linha colateral, o irmão.

²⁶ De acordo com essa Resolução, A morte encefálica será caracterizada mediante a realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias, cujos dados (clínicos e complementares), observados quando da caracterização da morte encefálica, deverão ser registrados em um termo denominado "termo de declaração de morte encefálica". Preceitua a Resolução que a morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida. Os parâmetros clínicos a serem observados para a constatação da morte encefálica, diz a Resolução, são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia. *apud.* LEITE, Rita de Cássia Curvo. *Transplantes de órgãos e os direitos da personalidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

Referida medida silenciou, mais uma vez, qual a vontade prevaleceria no caso de divergência entre as partes, porém revogou o registro em Carteira de Identidade ou de Habilitação, de ser doador ou não, determinando que a partir de 01.03.2001 perderia validade a manifestação de vontade relativa à retirada após a morte. Com ela, somente a manifestação familiar é que prevaleceria e permitiria a transmissão de um direito personalíssimo em razão do sentimento de piedade que liga o morto à família²⁷.

Valoriza-se a solidariedade familiar e a coibição por lei da comercialização ilegal de órgãos e partes do corpo humano vivo, determinando que a doação em vida somente será permitida entre cônjuges ou consangüíneos, até o quarto grau inclusive, ou mesmo entre qualquer outra pessoa mediante autorização judicial.

O Decreto nº 2.268/97 regulamentou a Lei nº 9.434/94 e criou o Sistema Nacional de Transplantes (SNT), que abrange os seguintes órgãos: Ministério da Saúde, Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal, Secretarias de Saúde dos Municípios, hospitais autorizados e as redes de serviços auxiliares necessários à realização de transplantes.

A lei nº 9.434/97 e suas medidas provisórias fizeram previsão de cunho administrativo, mormente nos artigos 2º e 3º, com a manutenção do controle e a fiscalização pelo SUS²⁸, o qual solicita relatórios anuais das instituições devendo conter os nomes dos receptores devidamente expressos em lista, por parte dos órgãos gestores estaduais. Cumpre salientar que a lei não fez qualquer menção às autoridades que atuarem ilegalmente ou ao poder público de responder pelos danos causados pelos serviços ilegalmente autorizados.

No que tange às doações em vida, veio a Medida Provisória nº 2.083-30 datada de 27 de dezembro de 2000, posteriormente convertida na Lei nº 10.211 de 23 de Março de 2001, fazendo importantes modificações. “A doação em vida é

²⁷ BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá. *Consentimento no transplante de órgãos*. Curitiba: Juruá, 2001

²⁸ O Sistema Único de Saúde - SUS - foi criado pela Constituição Federal de 1988 e regulamentado pelas Leis nº 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde) e nº 8.142/90, com a finalidade de alterar a situação de desigualdade na assistência à Saúde da população, tornando obrigatório o atendimento público a qualquer cidadão, sendo proibidas cobranças de dinheiro sob qualquer pretexto.

permitida atendendo aos quesitos da capacidade, gratuidade, necessidade terapêutica, da duplicidade do órgão e que o beneficiário seja cônjuge ou parente consanguíneo até o quarto grau²⁹”.

Conforme professora Rita de Cássia Curvo Leite, a Lei nº 9.434/97,

ao adotar o modelo de informação ou indagação, acrescentado pela Medida Provisória nº 1.959 de 2000, legitimando aos familiares do morto a manifestação contrária à doação de órgãos após a morte, diminuiu o impacto provocado pelo artigo 4º da referida lei, mas, não solucionou os problemas por eles gerados, sobretudo, os relacionados à sua constitucionalidade³⁰.

Acentua-se ainda que, no dia 30 de junho de 1997, foi criado no âmbito do Ministério da Saúde, o Sistema Nacional de Transplantes – SNT³¹, tendo como atribuição desenvolver o processo de captação e distribuição de tecidos, órgãos e partes retiradas do corpo humano para finalidades terapêuticas e transplantes.

O Sistema Nacional de Transplantes foi devidamente ampliado, sendo assim, criadas as Centrais de Notificação Captação e Distribuição de Órgãos (CNCDO), também chamadas de Centrais Estaduais de Transplantes, por força das Portarias nº 1.752 de 2005 e nº 1.262 de 2006.

Com o intuito de ampliar a captação de órgãos e dar apoio as atividades da CNCDO, foi estabelecido que devesse haver obrigatoriedade da existência de Comissões Intra-Hospitalares de Transplantes, nos hospitais que tenham Unidade de Terapia Intensiva (UTI) do tipo II ou III, hospitais de referência para urgência e emergência e hospitais transplantadores.

²⁹ VIEIRA, Liliane dos Santos. *Disposições do corpo humano*. Vol 2. Brasília: Revista do Curso de Direito. p. 77

³⁰ LEITE, Rita de Cássia Curvo. *Transplantes de órgãos e os direitos da personalidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 190

³¹ A criação do Sistema Nacional de Transplantes fez o Brasil despontar como um dos maiores países em número de transplantes no mundo. Em 1996 (antes da criação da SNT) foram realizados 3.979 transplantes. No ano de 2002 este número chegou a 7.981 transplantes pagos pelo SUS, representando um crescimento de mais de 100%. Isto fez aumentar o valor gasto total em transplantes de 75,4 milhões de reais em 1996 para 280,5 milhões de reais em 2001.

Cumprem às mencionadas Comissões Intra-hospitalares de Doação de Órgãos e Tecidos para Transplantes (CIHDOTT) o papel de desenvolver, em seus hospitais, o processo de identificação de doadores em morte encefálica ou coração parado, bem como efetuar a abordagem familiar para autorização, além de efetuar a triagem clínica e sorológica, sendo estes ainda responsáveis pela documentação necessária e o processo de retirada e transporte de órgãos e equipes³².

No que tange as modificações trazidas Lei nº 10.211, de 2001, à Lei nº 9.434/97, trouxe, entre outras, modificações ao artigo 4º, quanto ao consentimento livre e esclarecido por parte dos familiares do doador, esclarecendo a ordem sucessória.

No entanto, percebe-se que só a legislação, por si, não garante o aumento da oferta de órgãos provenientes de pessoas falecidas para o transplante.

³² Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos. Disponível em <<http://www.abto.org.br>>. Acesso em 27.05.2008

CAPÍTULO 2 – TRANSPLANTE

2.1. Conceito

Segundo o dicionário Michaelis: “Transplante, vem do latim “transplantatione” que quer dizer transplantação. Cir. Enxerto de um órgãos ou parte um órgão ou tecido de um indivíduo em outro³³.”

Na tipificação legal não há definição para o vocábulo ‘transplante’, apenas estabelece sua previsão, autorização e prevê algumas condutas como caráter ilícito em sua prática.

Maria Celeste Cordeiro Leite Santos, nos aponta a dificuldade da diferenciação entre transplante, implante e enxerto, já que todas nos transmitem a idéia de “plantar em outro lugar”.³⁴

A autora menciona que poucas obras especializadas trazem a conceituação de transplante, mas consegue defini-lo ao esclarecer que

trata-se de uma técnica cirúrgica, denominada cirurgia substitutiva, que se caracteriza em essência por que se introduz no corpo do paciente um órgão ou tecido, pertencente a outro ser humano, vivo ou falecido, com o fim de substituir a outros da mesma entidade pertencente ao receptor, porém, que tenham perdido total ou sensivelmente sua função.

A natureza deste tipo de intervenção, do ponto de vista do receptor – posto que em relação com o doador a situação é diversa – é de estimulá-la, em consequência, como intervenção curativa, sempre que exista a indicação terapêutica e se aplique a técnica adequada ao caso.³⁵

³³ MICHAELLIS. *Dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo. 2008.

³⁴ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Transplante de Órgãos e Eutanásia*. São Paulo: Saraiva. 1992. p.139

³⁵ ROMEO, Carlos Maria. *El medico y El derecho penal*. apud. SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *op. cit.* p.140

Portanto, diante da escassez da definição jurídica para transplante, nos valem aqui de alguns conceitos médicos que auxiliam o jurista.

A medicina distingue processos mecânicos de transplante.

Próteses são processos mecânicos nos quais são usados materiais inertes (tais como, vasos, válvulas, etc) para substituir certas partes anatômicas.

Órgãos artificiais, que muitas vezes são confundidos com próteses, são órgãos que substituem inteiramente a função de um órgão natural, como coração, rim, pulmão.

Conforme alerta José Henrique Pierangelli , na obra Teoria do Consentimento do Ofendido, ultimamente, experimenta-se com algum sucesso, implantes de órgãos artificiais.

Dentro destes podem considerar-se:

- a) Órgãos Artificiais externos, extra-corpóreos, como rim artificial, máquina do coração-pulmão, etc.
- b) Órgãos artificiais internos, intra-corpóreos, completos e de larga duração, que ainda apresentam problemas tecnológicos complexos e que ainda estão na fase de experimentação, como, por exemplo, o coração artificial temporário, parcial ou total, - com o fim de substituir temporariamente a função parcial, como a do ventrículo esquerdo permitindo superar as fases críticas da emergência.

Os transplantes podem ser classificados, quanto à relação entre o doador e o receptor, como:

- a) Autotransplante- É a transferência, implantação de tecido ou órgão, de um lugar para outro, efetuado na mesma pessoa. É também chamado de transplante autoplástico (ou autologi) , ou seja, é aquele em que o doador é também o receptor, sendo, desta forma, transplantadas partes anatômicas dentro do mesmo organismo.

- b) Isotransplante, ou transplante isogênico – transplante de tecido ou órgão entre indivíduos do mesmo gênero e com caracteres hereditários (exemplo, gêmeo)
- c) Homotransplante, ou alotransplante (alo= outro), ou transplante alogênico transplante de tecido ou órgão entre indivíduos do mesmo gênero, com diferentes caracteres hereditários (exemplo, de um homem ao outro).
- d) Heterotransplante, ou xenotransplante (xeno=estranho) – transferência de um órgão ou tecido de um indivíduo de um gênero a um ser vivo de outro gênero (exemplo, do Chimpanzé ao homem)³⁶.

Com relação à natureza das partes anatômicas, distingue-se em:

- a) Transplante de Tecidos, ou isotransplante: procedimento utilizado em virtude de traumatismos ou processos morosos, irreversíveis e necessários, não só para suprir funções de importância secundária, mas também para devolver ao organismo o seu aspecto morfológico normal.
- b) Transplantes e órgãos ou organotransplante: destinado a suprir função global de um órgão, com total insuficiência, devido a lesões anatômicas difusas ou circunscritas, não remediáveis com o enxerto da parte alterada.

Estas nomenclaturas, na área médica, são fundamentais para a classificação dos transplantes, mormente quanto ao grau de afinidade biológica entre doador e receptor.

³⁶ Em 1984, uma paciente pediátrica, em estado terminal, por problemas cardíacos, recebeu um transplante de coração de babuíno no Loma Linda University Medical Center/EEUU. Os cientistas sabiam que o coração transplantado não poderia ajudá-la mais que alguns poucos dias. A paciente sobreviveu apenas 20 dias. Este caso, apesar de não ter sido o primeiro xenotransplante realizado em seres humanos, desencadeou a discussão de inúmeras questões éticas. A utilização de um bebê em um experimento não terapêutico, pois a paciente não teria real benefício com o transplante, foi a primeira delas. Vários autores discutiram a validade de sacrificar um babuíno, sem que o resultado, já previsto, justificasse o ato. Com relação ao consentimento informado, dado pelos pais do bebê, chegou a haver uma investigação por um comitê do National Institutes of Health (NIH) sobre a validade do mesmo. Outro ponto muito discutido foi o da ampla divulgação na imprensa leiga e a possível quebra de privacidade que ocorreu. Bailey LL, Nehlsen C, Sandra L, Concepcion W, Jolley WB. *Baboon-to-human cardiac xenotransplantation in a neonate*. JAMA. 1985; 254(23):3321-3329 , *apud*. GODIM, José Roberto. *Ética aos transplantes de Órgãos*.

Quanto maior o grau de afinidade biológica entre o doador e o receptor, maior é o êxito do transplante considerando o fenômeno imunológico da reação de rejeição³⁷.

A reação imunológica é satisfatória, quanto mais próxima é a relação biológica entre doador e receptor.

Quanto ao objeto dos transplantes, podemos verificar que objetiva:

- a) órgãos: grupos de células semelhantes, ou vários desses grupos que se especializaram para determinada função, ou funções, em benefício do organismo.

No sentido do conceito de tecidos fundamentais, órgão é a combinação de tecidos em unidade, encarregada de executar cada função, ou conjunto de funções correlacionadas³⁸.

- c) tecidos: Para o autor Almeida Junior:

São os cem quatrilhões de células, que se calcula existirem no corpo humano, formam certos grupos, que os elementos, além de semelhantes entre si, se congregam para o desempenho de determinadas funções. São os tecidos. Define-se qualquer tecido por dois caracteres fundamentais: a forma e a função. O tecido epitelial, por exemplo, tem como caráter morfológico, o fato de ser unicamente de células e, como caráter funcional, o de revestir o corpo³⁹.

³⁷ LIMA, Madalena. *Transplante de Órgãos: Relevância Jurídico Penal*. Coimbra, Portugal: Editora Almedina. 1996. p. 27

³⁸ Este conceito foi ilustrado por GARDNER & OSBUM, na descrição da constituição do estômago. *apud* . LIMA, Maria Madalena. *op. cit.* p 30

³⁹ ALMEIDA JUNIOR, Antonio Ferreira. *Elementos de Anatomia e Fisiologia Humanas*. *apud*. LIMA, Maria Madalena. *op. cit.*, *ibidem*

CAPÍTULO 3 – DIREITOS FUNDAMENTAIS E A LEI DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS

3.1. Considerações

Os direitos fundamentais relativos ao doador e ao receptor, estão devidamente assegurados, desde a doação de um órgão, até que este seja transplantado.

A Constituição Federal protege, em seu artigo 5º, o direito à vida, à dignidade da pessoa humana, à integridade física, a indisponibilidade, à saúde etc.

Além de referidos direitos, destacamos também, os direitos de personalidade, da utilidade, poder de disposição do próprio corpo, liberdade, entre outros.

Devido estes direitos, constituírem extrema importância do direito constitucional, sendo considerados como fundamentais, obtiveram *status* de cláusulas inatingíveis.

Trata-se de direitos essenciais para a vida de qualquer pessoa humana, pois atingem as dimensões personalíssimas da vida, da liberdade e da dignidade.

A lei de transplante de órgãos é então assegurada, pela Constituição Federal, estabelecendo direitos individuais e coletivos que resguardam, dentre eles, o direito à vida (artigo 5º, *caput*), a dignidade humana (art. 1º, inciso III) , bem como, o direito à saúde, como direito de todos e dever do Estado (artigo 196 também da Constituição Federal).

Portanto, verifica-se a obrigação do Estado em garantir à pessoa humana um patamar mínimo de recursos, capaz de prover-lhe a subsistência.

3.2. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O primeiro fundamento do Estado Democrático do Direito é o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III da Constituição Federal.

É considerado princípio maior, “trata-se de valor essencial para a existência da República e que deve repercutir em todas as vertentes do sistema positivo.”⁴⁰

Segundo César Fabríz⁴¹ "o mencionado princípio torna-se a coluna vertebral do Biodireito, sendo princípio que se estabelece como direito humano e fundamental".

Todavia, o princípio da dignidade humana não foi sempre assegurado. Verificamos pela história da humanidade que houve inúmeras atrocidades que atingiram sobremaneira a dignidade da pessoa humana.

O significado e o conteúdo da dignidade da pessoa humana foram então sendo delineados ao longo de muitos séculos.

Tornou-se motivo de relevância para o direito, a partir do Século XX, em resposta aos abusos e atrocidades cometidos durante a Segunda Guerra Mundial, cujo período foi determinado por atingir, ceifando milhões de vidas, ameaçando de extinção a própria raça humana. Foi assim, mencionado período um marco histórico que trouxe conscientização de que a dignidade da pessoa humana deve ser preservada a qualquer custo.

A dignidade é então um atributo inerente a todo ser humano e deve ter do Direito proteção, independentemente de crença, raça, cor, ideologia, cultura, filosofia, posição social.

Desde os tempos primórdios, objetivou-se intensa luta pela formação de consciência, demonstrando que os Direitos do Homem devem sempre cuidar pela proteção das liberdades fundamentais e pelo tratamento de modo justo e igualitário.

Necessário se faz, portanto, reconhecer a dignidade da pessoa humana como uma conquista da razão ético-jurídica.

⁴⁰ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2001. p. 439

⁴¹ FABRIZ, Daurý César. *Bioética e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Mandamentos. 2003. p. 355.

Aliás, após a Segunda Guerra Mundial, em 1948, surgiu, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, elaborada pela Organização das Nações Unidas, através de uma Comissão de Direitos do Homem, que, em seu preâmbulo, consigna que a dignidade deve ser inerente a todos os membros da família humana.⁴²

Nesta mesma época, outras convenções e pactos foram também constituídos, sendo que se busca até hoje a divulgação de idéias e educação em Direitos Humanos.

A Constituição Brasileira de 1988 teve influência das Constituições da Espanha e Portugal, após longo período de autoritarismo que estes passaram. Vale lembrar que, observa-se nestas a presença dos princípios fundamentais, havendo previsão expressa do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento reitor dos demais direitos e garantias individuais e coletivas.

Atualmente, a dignidade da pessoa humana vem de forma expressa ou implícita em grande parte das Constituições de países que seguem o regime democrático.

Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana, garantia fundamental e reitora, não pode deixar de ser considerada no momento de criação, interpretação, e aplicação de normas jurídicas, devendo sempre estar assegurados, ao lado desse princípio, os demais direitos fundamentais encontrados em nossa Carta Magna.

O princípio da dignidade da pessoa humana amparado expressamente na Constituição Federal, ampliou-se, tendo aplicação em todos os ramos do direito, dentre estes o Biodireito.

Com o respeito ao princípio da dignidade humana, foi pactuada uma nova forma de pensamento no âmbito jurídico, passando a afastar todas as formas de degradação humana, emergindo como imposição do Direito justo e igualitário.

⁴² MARQUES, Oswaldo Henrique Duek, *A pena Capital e o Direito à vida*. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2000

Assim, a dignidade da pessoa humana deve assim priorizada e preservada como direito fundamental do indivíduo.

Para Mario Antonio Sanches,

A dignidade, como igualdade é um princípio ético básico e não uma assertiva factual. Afirmar a dignidade humana é afirmar o valor que a vida humana ocupa no sentido da existência do próprio homem. Isso pode parecer óbvio demais, mas é exatamente assim: o ser humano na busca do sentido para a própria existência, atribui à vida humana uma dignidade fundamental.⁴³

Conforme professa Oswaldo Henrique Duek Marques,

O princípio da dignidade humana, reconhecido pela Constituição Brasileira, deve, portanto, servir de orientação para regulamentação das novas experiências na área da biotecnologia, o que assegurará o desenvolvimento científico em prol do próprio desenvolvimento humano, em todos aspectos.⁴⁴

Na questão do transplante de órgãos não é diferente. A dignidade da pessoa humana deve ser, pois, resguardada.

Apesar da previsão constitucional e da imensa preocupação em assegurar a dignidade humana, referido princípio, no que tange aos transplantes de órgãos e tecidos, é, muitas vezes atingido nas imensas filas de espera para doação, e ainda na comercialização dos órgãos.

⁴³ SANCHES, Mario Antonio. *Bioética, ciência e transcendência*. São Paulo: Loyola, 2004

⁴⁴ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *op. cit.* p.15

Em contraposição, constatamos o respeito ao princípio da dignidade humana, na aceitação da opção do receptor em não ser submetido ao transplante.⁴⁵

No que concerne às filas de espera, o Brasil apesar de ser um dos países que mais realizam transplantes, como já explicado no capítulo anterior, possui o número mais elevado de pacientes que esperam para que este seja efetuado. Exemplificando, vemos a situação no estado de São Paulo, onde nos corredores do INCOR (Instituto do Coração de São Paulo) médicos e pacientes sofrem com a falta de órgãos.

Segundo informações do ABTO, de cada 10 (dez) pacientes 6 (seis) morrem antes de conseguir, por exemplo, um coração.

O Estado de São Paulo lidera quase todas as listas de espera. Em janeiro de 2008, eram em torno de cem pacientes aguardando um coração, frente aos 32 transplantes realizados durante todo o ano de 2007. Na mesma época, a lista de transplantes de rim ultrapassava 9500, e a de fígado se aproximava de 3500.

Vemos assim, que, apesar do imenso crescimento verificado para doação de órgãos, a falta de informação ainda faz com a fila de espera seja longa.

A espera aumenta ainda mais a agonia e a esperança dos pacientes que aguardam na fila de transplante, não simplesmente por uma nova vida, mas sim por uma nova vida mais digna.

As doações de órgãos devem, portanto, ser feitas de maneira ética, por parte do governo, dos médicos e dos familiares, preservando-se a liberdade de opção e os direitos fundamentais do doador.

⁴⁵ É o caso recente e bastante divulgado da inglesa Hanna Jones, com 13 anos e sofre de leucemia desde sua infância. Com o apoio de seus pais, negou-se a submeter-se a um transplante de coração que poderia lhe trazer tanto sobrevida quanto novas complicações. O hospital que a atende retirou a demanda que tinha apresentado ante a Justiça para obrigá-la a se submeter à cirurgia. Tem só 13 anos, mas tomou uma decisão à que nem sequer alguns adultos se atreveriam. Uma adolescente britânica, que padece de uma doença terminal, pediu para "morrer com dignidade" e recusou se submeter a um transplante de coração que poderia trazer a sua saúde novas complicações. O hospital que a atende levou o caso à Justiça para obrigá-la, mas no último momento voltou atrás e retirou o processo.

Segundo o médico, dr. Abrahão Salomão Filho, coordenador geral do Sistema Nacional de Transplantes, do Ministério da Saúde⁴⁶:

Temos espera para transplantes no país de 66.361 pessoas. Embora o Brasil seja o segundo país em número de transplantes, o número de doações efetivadas de pacientes com morte encefálica é muito pequeno. São 6,3 doadores por milhão de pessoas, um dos índices mais baixos do mundo. Um exemplo a ser seguido é a Espanha, que tem um índice de 36 doações por milhão de habitantes.

A dignidade humana neste contexto não é de todo preservada como deveria.

A falta de órgãos aumenta a agonia e a esperança dos pacientes que estão na fila de espera, ansiando por uma vida digna.

A conclusão que se chega é que as doações têm que ser feitas acima de tudo de maneira ética, por parte do governo, dos médicos e dos familiares, preservando-se a liberdade de opção e os direitos fundamentais do doador e receptor.

Outro ponto importante, que vem a ferir sobremaneira a dignidade da pessoa humana é a comercialização dos órgãos.

Ora, o corpo humano, é não é considerado coisa, passível de comércio. Portanto, não pode ser objeto de negociação. Mas suas partes, em vida ou após a morte, podem ser objeto de doação em benefício da saúde de outrem.

Verificamos que no art. 13 do Código Civil que, salvo exigência médica, este coíbe a disposição do próprio corpo quando respectivos atos importem diminuição permanente da integridade física.

No parágrafo único deste dispositivo, prevê uma exceção à regra proibitiva, permitindo disposição de órgãos para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

⁴⁶ Disponível em <<http://www.atribunamt.com.br>>. Acesso em 27.09. 2008

O direito ao corpo, nele incluído os seus tecidos, órgãos e partes separáveis, e o direito ao cadáver, são projeções do princípio da dignidade humana e do direito à integridade física.

Considera o corpo humano como um bem jurídico, o qual tem proteção do direito penal, em vários dispositivos, por exemplo, homicídio (art. 121 do CP); das lesões corporais (art. 129 do CP) e dos crimes de perigo para a vida e a saúde (art. 130 e seguintes do CP), e ainda no poder de decisão pessoal sobre tratamento médico-cirúrgico, exame médico e perícia médica.

Já a tutela jurídica sobre o cadáver tanto se manifesta na proibição de destruir, subtrair, ocultar ou vilipendiar cadáver, conforme dispostos nos artigos. 211 e 212 do Código Penal, como na possibilidade de disposição gratuita de próprio corpo, ou parte dele, com objetivo científico ou mesmo altruístico para após a morte, como está disposto na lei especial.

Vemos ainda a dignidade da pessoa humana ser atingida, quando deparamos com o tráfico de órgãos de seres humanos, pois o que se passa é justamente a utilização do homem como um meio e não como o fim de aprimoramento da humanidade em geral

O filósofo Kant diferencia duas formas de valores: o preço e a dignidade, o primeiro como um valor de mercado e o segundo como um valor moral ligado à pessoa.⁴⁷

No tráfico de órgãos, uma parte do corpo de uma pessoa é negociada e vendida por determinado preço, como se fosse uma mercadoria e não algo intrínseco à própria humanidade daquele que é vitimado.

A dignidade deste indivíduo é amplamente violada quando é atribuído um preço em parte de seu corpo, pois este é indisponível e ligado organicamente à sua própria integridade psicofísica.

⁴⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 80-81.

A vítima, neste caso é considerada como coisa e não como pessoa. Os traficantes de órgãos se valem da precariedade econômica e educacional para violar sua dignidade e submetê-lo à situação semelhante a da coisa que tem seu preço fixado pelo mercado.

O tráfico de órgãos é uma indisfarçável e completa violação à dignidade, verdadeira derrogação da moralidade.

3.3. Considerações relativas ao direito fundamental à vida

O principal direito fundamental corolário ao princípio da dignidade da pessoa humana é o direito à vida, pois não basta assegurar a vida, deve-se garantir uma vida, mas uma vida digna.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, *caput*, faz previsão de proteção a inviolabilidade do direito à vida. Assim, portanto, a vida é um bem jurídico protegido como direito fundamental desde a concepção, momento, comprovado cientificamente, da formação da pessoa.

O direito à vida ocupa posição das mais relevantes no sistema dos direitos da personalidade. É o marco inicial, principalmente no que diz respeito aos limites a estabelecer para o poder das ciências biomédicas.

O direito à vida, é como já dito bem jurídico de caráter fundamental, uma vez que sua constituição tem como base os demais direitos. A condição de ser humano é finalizada com a extinção da vida e a todas as manifestações jurídicas que se apóiam nessa condição. Ponto fundamental para o direito é o respectivo início, desde a concepção, e o seu termo final, a morte.

Assim, é dever do Estado promover iniciativas objetivando a manutenção do direito à vida.

O item I do artigo 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos prescreve: “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”.

Conforme, prescreve José Fernández Santillan,

hoy en día el derecho a la vida adquiere una importancia mucho mayor, sobre todo si se empieza a tener en cuenta que se extiende cada vez más hacia la calidad de vida, como se pone de manifiesto en los más recientes documentos internacionales y de la Iglesia. Nos debemos olvidar, empero, que la conjunción entre el derecho a la vida y el libertad ya tuvo lugar en la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo 3 reza: Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona; asimismo, en la Convención europea de los derechos humanos (Artículo I) se reconoce el derecho a la vida, aunque aquí el objetivo principal es la defensa del individuo contra el homicidio intencional, es decir, la protección de la vida en su plenitud, sin hacer referencia a casos extremos, como la vida que está por comenzar o aquella que está por terminar.⁴⁸

O direito à vida consubstancia-se no direito à inviolabilidade do corpo, projeção do direito à dignidade, inerente ao ser humano.

A tutela do direito à vida, no direito penal, é prevista nos artigos 121 a 128 do Código Penal e reflete o interesse que o Estado tem na conservação do indivíduo para a continuação da sociedade e o benefício da coletividade. Assegurando direito à vida, a legislação penal pune qualquer forma de interrupção do processo vital e considera legítima a defesa contra qualquer agressão contra a vida.

Nesse espírito, a lei nº 9.434/97, Lei dos Transplantes, incorporou o sentido e garantiu a tutela penal dos direitos personalíssimos

Neste, o fito do Estado é aumentar a capacidade de captação e doação de órgãos, a fim de promover o atendimento e propiciando mais intervenções cirúrgicas, que garantirão aos cidadãos mais vidas salvas.

⁴⁸ BOBBIO, Norberto. *El filósofo y La política* – antologia (los derechos humanos hoy en día). México: Ed Fondo de Cultura Económica. p.199

O art. 193 da Constituição Federal prevê o princípio constitucional do bem-estar e justiça social como objeto de proteção do Estado para seus cidadãos. Assim, a aplicação da nova Lei, caso facilite a captação e doação, se identifica com esta nobre finalidade.

3.4. Princípio da Integridade Física

A integridade física é um direito individual de cada pessoa. Segundo o autor Cesar Fabriz: "o que está em jogo é o ser em sua individualidade, que não pode ser atingida, sob pena de atingir e macular a sua própria essência. A consciência deve ser preservada, em decorrência do direito à intimidade".⁴⁹

A lei nº 9.434/97, com as alterações efetuadas pela Lei nº 10.211/01, permite a doação *inter vivos* para fins de transplante quando se tratar de órgãos duplos, partes de órgãos tecidos e partes do corpo. Vê-se aqui que a extração do órgão deve respeitar a integridade física do doador.

Nesse sentido , José Afonso Silva assegura:

é de observar, contudo, que a lei só permite a disposição de tecidos, órgãos ou parte do corpo vivo para fins de transplante, quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental, e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa (art. 9º da 9.434, de 4.2.1997).⁵⁰

⁴⁹ FABRIZ, Daury César. *Bioética e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 355

⁵⁰ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros. 2002

A autora Maria de Fátima Freire de Sá, entende que há necessidade que tenhamos em vista a vontade individual tanto do doador, quanto do receptor, para que não ocorra agressão à integridade física de ambos.⁵¹

O consentimento é, assim, um pressuposto de licitude, toda vez que este seja relativo à atividade que atinja a integridade física da pessoa humana. Assim sendo, o consentimento deve ser livre e espontâneo, tanto do doador, quanto do receptor, não podendo haver qualquer forma ser obtido através de coação.

Acentua-se ainda que o princípio da integridade física relaciona-se com o direito sobre o próprio corpo, colocando aqui a questão dos transplantes, que envolve decisão individual de duas pessoas sobre intervenção cirúrgica quase sempre de alto risco.

O objetivo dos transplantes, é o de cura, sendo pacífica a licitude de intervenções cirúrgicas, desde que haja o consentimento válido de doador e receptor e sejam obedecidas as exigências da legislação específica.

Assim, os receptores devem consentir para que o transplante seja efetuado, podendo recusar se assim o desejar.

Salvo disposições proibitivas, o indivíduo dispõe sua própria vontade, tem liberdade para fazer o que bem entender.

O princípio torna ilícita a conduta do médico, ao efetuar um tratamento não desejado ou um transplante não autorizado pelo paciente, ainda que venha em seu benefício, pois o médico estaria praticando crime de “constrangimento ilegal”.

Nesses casos, a conduta do médico só será lícita, por iminente perigo de vida, como dispõe o artigo 146, § 3º, I, do Código Penal.

⁵¹ “Do ponto de vista da proteção da integridade física, a evolução do direito deixou preservada a vontade individual, que continua a ser imóvel das regras legisladas. Fez o acréscimo, entretanto, da vontade transindividual, seja do ponto de vista do doador saliente, ouvida a família, seja do ponto de vista do receptor, a quem não se insinua faculdade de dispor do corpo alheio, sem o concurso da vontade do doador”. FREIRE SÁ, Maria de Fátima. *Biodireito e direito ao próprio corpo*: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei nº 9.434/97, com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.211/01. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 96

No que tange ao direito à integridade física, a proteção se dá, em relação aos transplantes, no sentido que protege o doador vivo permitindo a doação dos órgãos regeneráveis ou duplos. Nos transplantes de órgãos realizados *post mortem* configurará crime se o procedimento da retirada de órgãos, tecidos ou partes do corpo ocorrer sem o consentimento dos familiares, sem os recursos e os especialistas determinados por lei.

3.5. Princípio da liberdade

Para Kelsen,

liberdade é agir conforme a própria vontade, seja ela causalmente determinada ou não. A imputabilidade tornaria o homem livre, não seria o homem sujeito à imputação por ser livre. Seria o fato de ser a imputabilidade limitada a tal ato concreto o determinante da liberdade humana.⁵²

Para Maria Celeste Cordeiro Leite Santos, “homem livre é aquele que não é escravo”.⁵³

A liberdade do homem tem como característica a idéia de que a sua conduta corresponde a uma consequência. Tendo em vista a individualidade do homem, ele é livre para dispor de seu corpo. “Na esfera social, a humanidade é livre de pretender os órgãos e tecidos, embora não se sujeite a sanção, por indeterminação de destinatário”.⁵⁴

Há o permanente conflito de interesses: de um lado, a liberdade individual, e do outro a liberdade social.

⁵² KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*. Apud LIMA, Madalena. *op cit.* p. 12

⁵³ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Transplantes de Órgãos e Eutanásia*. São Paulo: Saraiva. 1992

⁵⁴ FREIRE SÁ, Maria Fátima. *op cit.* p. 8

Para a autora, Maria de Fátima Freire de Sá, há assim, no direito, duas atitudes metodológicas: os órgãos ou tecidos, vistos como partes do homem, feita remissão ao todo, são o próprio sujeito de direito, prevalência do valor vontade; ou vistos como coisa destacável, feita exclusão da origem, são objeto de direito de outrem, prevalência do valor interesse.⁵⁵

Ao analisarmos a alteração introduzida pela Lei nº 10.211, de 23 de março de 2001, em seu art. 4º⁵⁶, verificamos que foi instituído que apenas os familiares elencados nesse artigo devem decidir acerca da doação, ou não, dos órgãos de seu familiar falecido.

Podemos, portanto, concluir que quando se tratar do consentimento para a doação de órgãos e/ou tecidos, a liberdade de consciência do doador e o poder de disposição do seu próprio corpo, devem ser prioritários sob qualquer decisão de seus familiares.

Objetiva-se, por fim, desenvolver um pensamento que assegure que a liberdade de consciência do doador, ou seja, o desenvolvimento expresso de todos os seus valores e princípios em vida devem estar acima de qualquer decisão de seus familiares, quando se tratar de um doador em potencial.

3.6. Direito à saúde

O Título VIII da Constituição Federal, ao tratar da ordem social, na Seção II abrange a saúde, mormente nos artigos 196 e 197:

No artigo 196 da C.F. dispõe:

⁵⁵ FREIRE SÁ, Maria Fátima. *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey. 2002, p. 339.

⁵⁶ Lei nº 10.211 de 23 de março de 2001, 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."

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Já no Art. 197 da CF prevê:

São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Assim, no capítulo reservado à saúde, verificamos que esta um dever do Estado e direito de todos, devendo o Estado incrementar políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças, o que por interpretação lógica tem a finalidade de evitar a morte de seus cidadãos, conforme preconiza o já citado artigo 196 da CF.

Em relação ao direito à saúde, esta é um direito social, o Estado provê institucionalizando os mínimos de assistência à saúde, sendo que a participação da sociedade, como dever de cidadania é fundamental.

Na questão de transplantes de órgãos, a necessidade de doações é enfocada a partir deste aspecto, enfatizando como um dever moral da sociedade para a convivência em uma sociedade.

Por outro lado, questiona-se de acordo com Teixeira & Baêta :

Os indivíduos que necessitam de órgãos poderiam exigir esta prestação do Estado? Ele poderia ser responsabilizado por não estar comprometido com políticas sociais e sanitárias que garantam maior informação e incentivem a doação de órgãos, como forma de efetivar o direito à saúde do cidadão e, por conseguinte, do mínimo existencial, sem o qual não é possível uma vida digna?⁵⁷

Estes aspectos têm por direção a Constituição Federal que garante ao cidadão exigir do Estado o cumprimento dos direitos fundamentais, mas elas devem ser percebidas nos escassos recursos da área da saúde que levam o Estado a tratar todos de forma igualitária.

Desta feita, deve-se exigir maior efetividade no atendimento e acompanhamento médico e o dever de informação para esta área da saúde pública, bem como uma competência ética ao lidar com todas as formas de garantir vida digna.

A OMS -Organização Mundial da Saúde, órgão da ONU definiu saúde como sendo “estado de bem-estar físico, psíquico e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade.”⁵⁸

Cumprir acentuar ainda que, os transplantes de órgãos, são uma segunda etapa da terapêutica, já que anteriormente existiu uma doença que poderia ter sido combatida em etapas iniciais.

É neste sentido Jorge Teixeira Cunha:

Em primeiro lugar, o desenvolvimento tem como ponto de mira um mundo asséptico. Quer dizer, a vitória sobre as bactérias e os vírus levará ao domínio das doenças infecciosas e à criação de um universo quimicamente puro. Em segundo lugar, o desenvolvimento dos psico-fármacos persegue a utopia da vida sem dor.

⁵⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; BAÊTA, Heloisa Maria Coelho. *Princípios da justiça e doação de órgãos e tecidos*. apud. FREIRE SÁ. Bioética e biodireito e o novo código civil de 2002. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 117

⁵⁸ Associação Brasileira de Transplantes. Disponível em <<http://www.abto.org.br>>. Acesso em 10.12.07

Em seguida, o domínio das técnicas de transplantes de órgãos gera a idéia da possível substituição das partes do corpo tal como peças de um mecanismo e conseqüentemente à miragem de uma vida sem fim temporal. Finalmente, a nova genética conhecendo o programa dos seres humanos, levará à eliminação das doenças hereditárias e, por conseguinte, a uma melhoria da espécie humana e a uma hipotética aceleração da evolução natural. Será que este programa corresponde mesmo a um completo bem-estar?⁵⁹

A saúde é, pois almejada pelo indivíduo. Em contraposição o indivíduo saudável é benefício para a sociedade, o que faz com que ao Estado recaia o dever de prestar assistência à saúde.

Assim, a Constituição Federal vigente, em seu artigo 6º delimita a saúde como um direito social fundamental.

Mas, se refletirmos o conceito de saúde no âmbito jurídico, as manifestações das doenças abrem possibilidades de conflitos como, a quem se deve prestar assistência, quem deve ter preferência de cura, entre os que sofrem danos e os responsáveis pelas ações danosas e entre alguns fatos relativos às doenças e a busca por saúde, tratamentos e curas.

A Constituição Federal de 1988, ao afirmar o direito à saúde de todos os cidadãos, fundamentou-se no princípio da justiça distributiva

Segundo o autor Fortes⁶⁰, a justiça distributiva, traz um dilema a ser resolvido, quais prioridades devem aplicadas e como devem ser efetuadas a distribuição de recursos.

O autor espanhol, Diego Gracia⁶¹, em documento da Organização Panamericana de Saúde de 1990 refere:

⁵⁹ CUNHA, Jorge Teixeira. *Bioética breve: apelação*. Portugal: Paulus. 2002. p. 09

⁶⁰ FORTES, Paulo Antonio de Carvalho. *Dilemas éticos na alocação de recursos em Saúde*. In: PALACIOS, Marisa; MARTINS, André; PEGORARO, Olinto. *Ética, ciência e saúde*. São Paulo: Vozes. 2002. p. 139-149.

⁶¹ GRACIA, Diego. *Historia del transplante de organos*. In: GAFO, Javier. *Transplante de órganos: problemas técnicos, éticos y legales*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas. 1996

Dentro do âmbito sanitário, os limitados recursos com que se conta devem destinar-se às atividades que, com menos custo, produzam um maior benefício em saúde. Por exemplo, se há de se escolher entre uma campanha de vacinação ou a realização de um transplante cardíaco, não há dúvida de que a relação custo-benefício exige conceder prioridade ao primeiro programa, por mais que este resulte como consequência no prejuízo e até na morte de algumas pessoas.

O direito à saúde, é então garantido pela Constituição Federal, sendo ainda dever do Estado. Direito à saúde tem característica de relação e perante o Estado.

No aspecto jurídico, por sua vez, verifica-se que a prestação que o Estado tem é o dever de atender é a saúde dos sujeitos cidadãos em relação à assistência, às instituições, à organização, aos tratamentos, à acessibilidade e universalidade.

O conceito da Organização Mundial da Saúde (OMS) atenta que saúde não é unicamente ausência de doenças ou enfermidades. É, na realidade, um bem-estar físico, mental e social, e devido a este, requer o aspecto comunitário.

Conclui-se assim que, a saúde exige além das políticas públicas, paz social, habitação, alimentação, educação, recursos sustentados, proteção ambiental justiça social e equidade.

O Estado deveria atender a estes requisitos provendo de bens e serviços de modo diferenciado para atender as diferentes necessidades dos vários grupos da população.

3.7. O Direito ao próprio Corpo

O direito fundamental ao próprio corpo está intimamente inerente aos direitos de personalidade. Referido direito impõe os limites admissíveis de interferência no corpo humano.

O direito ao próprio corpo evidencia-se cada vez mais na área do biodireito "especialmente diante dos avanços das técnicas de tratamentos empregados pela medicina que envolvem possibilidade de disposição de certas partes do corpo humano, ora em prol do mesmo sujeito, ora em favor de outra pessoa"⁶²

Desta forma, somente a vontade individual é insuficiente para o exercício do direito ao próprio corpo, tendo em vista que a faculdade dispositiva de partes do corpo humano está regulada pela ordem pública, nos valores da dignidade humana e do direito à vida.

A pessoa em caráter individual não possui direito real sobre partes de seu corpo, tendo assim, a necessidade de uma ordem pública que preveja sobre a disposição de partes do corpo humano.

Para a autora Rita Leite⁶³, dispor é a manifestação do titular em fazer da coisa o que quiser, usando-a livremente, sendo que a disponibilidade tem o caráter de alienabilidade e quando determina que uma coisa é indisponível, esta, adquire a característica de inalienável.

O titular dos direitos ao corpo tem um poder limitado de disposição deste, com as restrições impostas pela lei, usos, costumes e princípios morais vigentes para que não acarrete a diminuição ou a perda da integridade física do titular, como ensina.⁶⁴

Desta feita, o homem tem faculdade de disposição de si mesmo limitada pelo direito objetivo que coíbe, por exemplo, no Direito brasileiro, a venda de partes do próprio corpo, o suicídio, o aborto, enfim tudo que coloque em risco a vida humana.

Por outro lado, a lei permite a disposição do corpo quando se tem em vista um fim humanitário como ocorre nos casos dos transplantes de órgãos. Logo, o direito ao corpo tem a sua disposição limitada pela lei.

⁶² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 240.

⁶³ LEITE, Rita de Cássia Curvo. *Transplantes de órgãos e os direitos da personalidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2000. p. 76

⁶⁴ *Ibidem*, p. 82

Outrossim, está previsto no art. 225, §1º, inciso V da Constituição Federal: "controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente" (*grifo nosso*).⁶⁵

⁶⁵ CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 24.11.2008

CAPÍTULO 4 – A LEI DE TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS E TECIDOS - LEI Nº 9.437/97 E ALTERAÇÕES PELA LEI Nº 10.211/01

4.1. Disposições gerais

A Lei 9434/97, alterada pela lei 10.211/01, dispõe sobre a “remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento”.

Referida Lei, composta de 25 artigos, devidamente distribuída em 6 capítulos, concretiza o texto constitucional que proíbe a comercialização, estabelecendo gratuidade para fins de transplante e tratamento de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou *post mortem*.

Demonstrando, que a bioética tem preocupação com o material genético humano, prevê expressamente que, para os efeitos desta Lei, não estão compreendidos entre os tecidos a que se refere este artigo o sangue, o espermatozoide e o óvulo.

Os dois primeiros artigos compõem as Disposições Gerais da Lei. O primeiro artigo prevê a permissão quanto à disposição gratuita de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para fins de transplante ou tratamento.

O artigo 1º dispõe sobre a disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou *post mortem*, para fins de transplante e tratamento.⁶⁶

Já o art. 2º, prevê que a realização do transplante ou enxertos de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano só poderá ser realizada por estabelecimento de saúde, público ou privado e por equipes médico-cirúrgicas de remoção e transplante previamente autorizadas pelo órgão de gestão nacional do Sistema Único de Saúde.

Verificamos aqui o legislador quis inibir a prática do tráfico de órgãos.

O parágrafo único deste artigo foi alterado pela nova lei nº 10.211/01, prevendo que a realização de transplantes e enxertos de tecidos, órgãos e partes do corpo humano só poderá ser autorizada após a realização, no doador, de todos os testes de triagem para diagnóstico de infecção e infestação.

⁶⁶ BRASIL. Lei nº 9.434/97. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 24.11.2008

Anteriormente para a triagem de sangue para a doação, deveria seguir as disposições da lei nº 7.649/98 e regulamentos do poder executivo, e atualmente segundo as normas regulamentares expedidas pelo Ministério da saúde.

A Lei nº 10.211/01, trouxe alterações no artigo 4º, trazendo modificações na questão do consentimento do doador , afastando totalmente a doação presumida.

A lei nº 10.211/01, revogou ainda os parágrafos 1º a 5º do referido artigo 4º .

O artigo 5º prevê que a retirada de órgãos de pessoa juridicamente incapaz poderá ser feita, desde que permitida expressamente por ambos os pais, ou por responsáveis legais. Atualmente é uma repetição do artigo anterior.

O art. 7º desta lei foi vetado. Todavia, seu parágrafo único foi mantido prevendo que nos casos de morte sem assistência médica, de óbito decorrente de causa mal definida ou de outras situações nas quais houver indicação de verificação de causa médica da morte, a remoção ou transplante poderá ser realizada após a autorização do patologista do serviço de verificação de óbito responsável pela investigação e citada em relatório de necrópsia.

Anteriormente, o artigo 8º da lei nº 9.434/97 dispunha da expressão “partes do corpo”, o cadáver será condignamente recomposto e entregues aos parentes do morto ou seus responsáveis para sepultamento.

A lei nº 10.211/01 alterou este artigo, inserindo ao invés de partes do corpo para: “ a retirada de tecidos, órgãos e partes, o cadáver será imediatamente necropsiado, se verificada a hipótese do parágrafo único do art. 7º , e, em qualquer caso, condignamente recomposto para ser entregue, em seguida, aos parentes do morto ou seus responsáveis legais para sepultamento.”

O art. 9º também foi alterado pela lei nº 10.211/01, que antes previa apenas ser permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos ou partes do próprio corpo vivo para fim de transplante ou terapêuticos.

No atual artigo consta expressamente a destinação para cônjuges ou parentes consaguíneos até quatro grau. Deve ser feita autorização por escrito e

diante de testemunhas, especificamente o tecido, órgão ou parte do corpo objeto da retirada, afastando autorização para doação de medula óssea.

Houve alterações também no artigo 10º. Anteriormente havia o parágrafo único e atualmente foram inseridos os parágrafos 1º (que antes era parágrafo único) e 2º.

Este artigo prevê que o transplante ou enxerto far-se-á com o consentimento expresso do receptor, devidamente inscrito em lista única de espera, após aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento.

A alteração se deu em relação ao fato de que o receptor deve ter seu nome incluído na lista de espera.

O artigo 11º relaciona a proibição de veiculação, através de qualquer meio de comunicação social de anúncio que configure apelo público para arrecadação de fundos, ou mesmo para doação para pessoa determinada identificada ou não, ou qualquer meio de publicidade, autorizando apenas campanhas de esclarecimento público dos benefícios esperados a partir da vigência desta lei e de estímulo para doação de órgãos.

Prevê ainda, em seu artigo 13º, a obrigatoriedade dos estabelecimentos de saúde em notificar os órgãos da unidade federada, a ocorrência de diagnóstico de morte encefálica feito em pacientes por eles atendidos.

4.2. A Morte Encefálica e a Lei de Transplante de Órgãos.

O art. 3º prevê a retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou pares do corpo humano destinados a transplantes ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e 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.

Em relação aos transplantes de órgãos vitais, até o presente momento, é

imprescindível a doação de órgãos proveniente de cadáveres. Assim, o processo da morte tem grande significado para que o transplante se realize.

4.2.1. Conceito de Morte

“Tanatologia” é a ciência que estuda a morte. “Thánatos” vem do Grego, que era um Deus, cujo significado era morte.⁶⁷

O homem é o único ser vivo que pensa a sobre a sua existência e, em consequência, sobre a sua morte.

A forma de ver a morte foi se modificando ao longo da história.

Na Antigüidade havia um sentimento de familiaridade com a morte.

Para Santo Agostinho “o verdadeiro ser do homem nasce para a morte”. Para Sócrates, a filosofia nada mais era do que uma preparação para a morte.

Na Europa, na Idade Média, influenciada fortemente pela religião, a população via a morte como um destino certo e determinado.⁶⁸

Após a Revolução Industrial, na Idade Moderna, a morte começa a ser vista como proibida. Neste período os doentes passam a ter cuidados por hospitais, já que estão preparados para salvar vidas e não cultuar a morte.

Segundo descreve o autor Philippe Áries,

⁶⁷ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Morte Encefálica e a lei de transplante de Órgãos*. São Paulo: Oliveira Mendes. 1998. p. 5

⁶⁸ Dentro desse contexto, cada qual esperava passivamente a sua passagem deste para o outro mundo. Além disso, esse período caracterizava-se também pelo sentimento de respeito ao morto, inclusive com as cerimônias religiosas, a observância do tempo de luto e as visitas ao cemitério. Como as pessoas morriam em casa, as crianças podiam passar e brincar junto ao féretro, que geralmente ocupava o lugar mais destacado da casa. SGRECCIA, Elio. Manual de bioética. Tradução de Orlando Soares Moreira. São Paulo: Loyola. 2002. v. 1-2. *apud* LIONGO, Márcia Helena Caprara, na dissertação “*As Representações da Morte no Meio Ambiente Cultural e sua influência na efetivação dos Transplantes de Órgãos: por uma justiça social em Termos de Cidadania*”. 2008.

A partir do fim do século XVIII, tínhamos a impressão de que um deslize sentimental fazia passar a iniciativa do moribundo à sua família – uma família na qual tinha então toda confiança. Hoje, a iniciativa passou da família, tão alienada quanto o moribundo, ao médico e à equipe hospitalar. São eles os donos da morte, de seu momento e também de suas circunstâncias.⁶⁹

A morte, portanto, era encarada com familiaridade, já que a própria família, mesmo diante de cuidados médicos, é quem assistia seus doentes. Com a morte deste, o funeral, e a prática do velório era efetuado nas próprias residências, costume este mantido por muitos até a década de 70.

Todavia, hoje a morte é vista como um resultado de fracasso dos médicos. Os doentes são assistidos em hospitais e velados em velórios, trazendo aos familiares um maior afastamento desta. É evidente que também isto influenciou na conceituação da morte encefálica.

Assim, a morte é influenciada pela cultura, religião ou mesmo pelo enfoque científico que envolve⁷⁰. Um reflexo disto está na opção do critério que irá determinar o momento da morte, tema este que é bastante polêmico junto à comunidade médica, e jurídica no mundo.

É um assunto polêmico, advindo da influência da evolução cultural e científica da sociedade, marcado pelo problema da constatação segura da morte e da interrupção total do tratamento de sustentação de vida residual ou artificial.

Não há um consenso para o critério de morte encefálica tendo em vista as divergências científicas e legislativas sobre o assunto.

Para melhor análise do tema, devemos delimitá-lo. Senão vejamos:

Para o autor Alaércio Cardoso,

⁶⁹ 71. ARIÈS, Philippe. *História da morte no ocidente: da Idade Média aos nossos dias*. Tradução de Priscila V. de Siqueira. Rio Janeiro: Ediouro. 2003. p.23

⁷⁰ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Morte Encefálica e a lei de transplante de Órgãos*. São Paulo: Oliveira Mendes. 1998. p.5

ocorre biologicamente um fenômeno em cascata, ativado pela catepsina, substância química, que inicia pela diminuição do oxigênio, determinando a autólise ou desintegração, primeiro das células, depois do tecido e a seguir do órgão. Ao atingir órgãos vitais, ocorre a parada do coração, da respiração, da circulação e do cérebro. Nem sempre o diagnóstico de morte obedece a estes parâmetros. No passado, advertiu Hipócrates que a morte era a parada cardíaca, cujo centro indicador de vida e morte era o coração.⁷¹

Rita de Cássia Curvo Leite diz que para a medicina o critério de morte estabeleceu-se a partir de sinais negativos de vida como ausência de batimentos cardíacos, falta de respiração, perda da sensibilidade, da motricidade e de reflexos.⁷²

Todavia, alerta a autora que, este critério não é prova de morte, dado a notícias de casos de catalepsia, nos quais a pessoa pode se recuperar e continuar vivendo. Ressalte-se que isto deu causa a sepultamentos em vida.

Em seguida acrescenta a autora:

Esta circunstância traz uma nova dificuldade porque torna necessário esclarecer quais as funções vitais que precisam estar paralisadas para que se entenda que houve morte. Daqui provém uma modificação no próprio conceito de morte, o qual deixa de ser a cessação total da vida, para passar a ser aquele momento de detenção das funções vitais principais de forma irreversível. A isto se denominou morte clínica.⁷³

O questionamento sobre a morte cerebral começou a ser debatida desde o primeiro transplante cardíaco, efetuado pelo Dr. Christian Barnard. O médico realizador do primeiro transplante de órgãos delegou ao neurologista a ocorrência da morte e a cessação irreversível da atividade cerebral.

⁷¹ CARDOSO, Alaércio. *Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes*. Belo Horizonte: Del Rey. 2002. p.66

⁷² LEITE, Rita de Cássia Curvo. *Transplantes de órgãos e os direitos da personalidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2000. p.76

⁷³ *Ibidem*, p.77

A confirmação da morte é indispensável para as equipes médicas. Ademais, prevê o Código de Ética, que o médico deve tentar esgotar todos os meios de cura, mesmo na remota possibilidade de sobrevivência, respeitando a vida do paciente.

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

Aliás, é imprescindível para a realização dos transplantes de órgãos e tecidos do cadáver, a determinação do momento da morte, que se contrapõe ao maior bem da personalidade que é a vida.

A autora Maria Celeste Cordeiro Leite Santos professa que

“os conceitos de morte, definidos desde Hipócrates, englobavam a parada cardíaca, seguido da tradição judaico-cristã que explicava a morte pela parada respiratória, pelo último suspiro, servindo este, como critério determinativo da morte e do sepultamento”.⁷⁴

Como já dito, com o critério aplicado para detecção da morte, no transplante cardíaco efetuado pelo Dr Barnard, modificou-se sobremaneira o reconhecimento pela sociedade e ainda pelas equipes médicas da morte encefálica.

O mundo científico reconhecia a morte a partir da instalação dos processos de putrefação ou de rigidez cadavérica, enquanto que, para a sociedade esta se

⁷⁴ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *op. cit.* Aliás a autora, ensina que quando a prática médica e a teoria jurídica tentaram fixar o processo do falecimento, simbolizado pela morte, ficou claro que o desaparecimento da função circulatória e respiratória de forma definitiva, era o signo inconfundível da não possibilidade de um retorno à vida. Deste modo, acreditou-se encontrar um limite final juridicamente praticável de proteção da vida, que correspondia ao estado das possibilidades médicas de então. Com o desenvolvimento das modernas técnicas de reanimação e com a possibilidade de ressuscitação da atividade do coração e pulmão, surgiram objeções contra o conceito clássico de morte.

configurava com cessação da respiração.

“Os cientistas e os legisladores estabeleceram então que a vida técnica é aquela onde não há função cerebral, porém há funções circulatórias e respiratórias mantidas artificialmente”⁷⁵.

Para a realização dos transplantes de órgãos necessita-se de órgãos íntegros, hígidos, íntegros ou oxigenados.

Conforme esclarece Maria Celeste Cordeiro Leite Santos foi utilizado o termo, “*coma dépassé*” ou coma vegetativo, conforme descreveu em 1959, Mollaret e Gaulon, caracteriza-se pela perda mais ou menos completa da consciência, da motricidade voluntária e da sensibilidade, conservando-se as funções vegetativas.⁷⁶

Segundo a autora, novas técnicas de reanimação demonstram que há outro estágio, o coma irreversível que cessa toda a atividade do sistema nervoso central.

Verifica-se ainda que morte clínica não é o mesmo que morte biológica:

A morte biológica se verifica quando há a morte de todo organismo. Já a morte clínica ocorre envolve o conceito de pessoa e não leva em conta as manifestações biológicas da sobrevida. O indivíduo sobrevive em condições vegetativas. Existem grupos de cientistas que dividem ainda essa classificação em morte total, pela qual, nem mesmo com o uso de aparelhos e meios artificiais possa ser mantida a atividade cardio-respiratória.⁷⁷

⁷⁵ *id.*, *ibid.*

⁷⁶ *Ibidem*, p.22-23

⁷⁷ Critérios de Harvard: Coma arresponsivo, temperatura maior que 32°; Ausência de drogas depressoras; Ausência de movimentos espontâneos; Apnéia da V.M. por 03 minutos aa; Arreflexia incluindo ausência de decorticação ou descerebração, pupilas dilatadas e fixas, ausência de vocalização, ausência de reflexos faríngeos e corneanos, Ausência de reflexos tendinosos profundos e EEG isoeletrico. SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite, *op.cit.* p.143

Vários estudos para verificação do momento da morte foram sendo efetuados, sendo que, em 1968, foi formado um comitê pela Harvard Medical School, criando os Critérios de Harvard, que deveriam ser verificados pelo prazo de 24 horas.⁷⁸

O Comitê de Harvard partiu do princípio de que o coma é uma espécie de vida, ainda que mínima, e que ser pessoa, não termina pelo processo do morrer. A expressão coma irreversível usada para morte cerebral, segundo alguns autores, é imprecisa, pois, muitos pacientes evoluem para a recuperação com ou sem sinais de incapacidade.⁷⁹

A morte cerebral foi então por muitos anos adotada para determinar o momento da cessação da vida, sendo este o critério utilizado para permitir as doações de órgãos.

O Comitê de Harvard pacificou que uma vida que se encontra em morte encefálica não é mais necessária, permitindo que o médico possa então encerrar o tratamento. Estes critérios foram então adotados para a elaboração das resoluções elaboradas pelo Conselho Federal de Medicina.

Para Maria Celeste Cordeiro Leite Santos, a questão continua aberta, porque a cessação dos procedimentos de ressuscitação ocorre antes da morte encefálica e questiona se o coma irreversível pode ser uma definição de morte.⁸⁰

Alaércio Cardoso, ensina que

⁷⁸ *op. cit.*

⁷⁹ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Morte Encefálica e a lei de transplante de Órgãos*. São Paulo: Oliveira Mendes. 1998. p.26

⁸⁰ *id.. ibid.*

além das posições antropológicas para estudar-se os conceitos de morte, há também o contexto biológico, sobre o qual fundamenta-se a prática médica. De acordo com o Conselho Federal de Medicina, ficou estabelecido que a vida humana existe até cessar a atividade cerebral e no Brasil, no Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, em 26 de maio de 1968, estabeleceu-se o critério de morte encefálica para o primeiro transplante cardíaco brasileiro, feito pelo Dr. Zerbini.⁸¹

Acrescenta o autor, que

em 1968, em Sidney, Austrália, houve a 22^a Assembléia Médica Mundial, que resultou na Declaração de Sidney, ratificada em 1983, na Itália por ocasião da 35^a Assembléia. Essa declaração determinava que a morte é um processo gradual, em nível celular e que varia a capacidade dos tecidos em termos de resistência à falta de oxigênio.⁸²

A Declaração de Sidney esclareceu que nenhum critério tecnológico seria inteiramente eficaz e que a determinação do momento da morte deve ser da competência de dois ou mais médicos, que não fizessem parte das equipes de transplantes.

Este critério teve amparo pela legislação brasileira na Lei 9434/97, no artigo 3º e pelo Decreto nº 2.268/97, artigo 16, parágrafo 3º e 6º, o qual prevê a permissão da presença do médico de confiança da família para a constatação da morte encefálica. Na hipótese de famílias sem recursos financeiros, há a possibilidade de solicitar o acompanhamento de um médico indicado pela direção local do Sistema Único de Saúde.

Esclarece ainda Maria Celeste Cordeiro Leite Santos que surgiram vários critérios para constatar a morte, demonstrando o Critério do Royal College em 1976. Observando ser dispensáveis exames complementares se constatar: a ausência

⁸¹ CARDOSO, Alaércio. *Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes*. Belo Horizonte: Del Rey. 2002. p.210

⁸² *id, ibid.*

de reflexos medulares, pupilares, corneanos, oculovestibulares e de tosse, além da necessidade de coma profundo e da temperatura maior do que 35°, entre outros, demonstravam a evolução do critério.⁸³

A autora também descreve o critério utilizado por um Grupo Tarefa Especial, Task Force, nos Estados Unidos da América do Norte, em 1987, estabelecido de acordo com normas da Comissão Presidencial para o Estudo dos Problemas Éticos em Medicina e Pesquisa Biomédica e Comportamental, para adultos e crianças menores.⁸⁴

O estudo incluiu exames neurológicos mais completos, associados a outros, variando com a faixa etária. Hoje a maioria dos protocolos, sobre morte encefálica, é baseada nessas recomendações.

A autora explica ainda que até o momento não existe unicidade na doutrina a respeito dos critérios estrangeiros a serem utilizados para as crianças com menos de sete dias. Os critérios utilizados atualmente são muito semelhantes, diferenciando apenas quanto ao tempo de observação e na necessidade de exames comprobatórios. Existem dois pontos básicos e fundamentais em qualquer critério adotado; a lesão encefálica deve ser conhecida e o encéfalo deve estar irreversivelmente lesado.⁸⁵

Apesar do conceito de morte encefálica ser utilizado mundialmente, não é, como já esboçado, pacífica sua adoção.

No Brasil, com a Constituição Federal em 1988, o Congresso Nacional determinou ser da competência do Conselho Federal de Medicina todo o ato médico, devendo esse órgão estabelecer o critério de morte.

Segundo a autora Maria Celeste Cordeiro Leite Santos, em 08 de Agosto de 1991 foi editada a Resolução n. 1346 pelo Conselho Federal de Medicina que previa o diagnóstico de morte encefálica como clínico, através do exame neurológico completo com o teste da apnéia. O período de observação clínica para a confirmação

⁸³ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite, *op. cit.* p.27

⁸⁴ *ibidem.* p.28

⁸⁵ *ibidem.* p.32

do diagnóstico foi fixado em seis horas, não havendo consenso para a aplicabilidade em crianças menores de dois anos. Após a confirmação do diagnóstico de morte encefálica, o fato deveria ser comunicado aos responsáveis legais.⁸⁶

É importante frisar, de acordo com referida autora o conceito de morte varia segundo a cultura e o momento histórico, e que existe sempre uma valoração crítica das idéias, atitudes e mitos em torno do simbolismo da morte.⁸⁷

A Resolução nº 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina equiparou a morte encefálica ao conceito médico forense de morte, definindo-a como a parada total e irreversível das funções encefálicas, de acordo com os critérios da comunidade científica mundial.⁸⁸

As resoluções diferenciam-se no fato que a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.346/91 menciona sobre a faixa etária mínima entre dois e cinco anos para a aplicação dos critérios de constatação da morte, enquanto que a Resolução nº 1.480/97 prevê a faixa etária entre sete dias de vida e os prematuros, divergindo do consenso internacional.

É grande a preocupação com o estabelecimento de critérios imprecisos e com o descompasso com as legislações médicas mundiais mais avançadas, como a alemã, inglesa e americana. Ao estabelecer-se seis horas de intervalo entre os testes clínicos nas avaliações, adotou-se um tempo menor, visto que as referidas legislações adotam um intervalo de 12 a 24 horas.⁸⁹

A Lei nº 9.434/97 adotou o critério de morte encefálica para autorizar a retirada *post mortem* de tecidos, órgãos e partes do corpo humano e atribuiu ao Conselho Federal de Medicina a sua definição através da Resolução nº

⁸⁶ *ibidem*. p.34

⁸⁷ *ibidem*. p.36

⁸⁸ *id.*, *ibid*.

⁸⁹ Tempo de espera para irreversibilidade dos exames na Itália é de 12 horas, na Espanha, na Argentina e no Brasil é de 06 horas. CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplante*. 2. ed. São Paulo: RT. 1994. p. 34-56

1.480/97. Referida resolução prevê que a Sociedade Americana de Neurologia define morte encefálica como o estado irreversível de todo o encéfalo e funções neurais, resultante de edema e de maciça destruição dos tecidos encefálicos, apesar da atividade cardiopulmonar poder ser mantida por avançados sistemas de suporte vital e de mecanismos de ventilação.⁹⁰

O acolhimento do critério de morte encefálica é imprescindível para a realização de transplantes de órgãos do falecido para pessoas vivas, uma vez que essa técnica determina uma remoção rápida do órgão doado, antes da destruição ou da morte celular.

A Resolução nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina, no artigo 1º, dispõe sobre a cessação da vida:

É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

§ 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

Verifica-se que esta Resolução busca a dignidade da pessoa humana, apresentando limites para a vida em frente aos avanços da tecnologia médica para prolongá-la.

Outro fator importante é no tocante a aceitação da morte encefálica pelos familiares e a decisão para doar os órgãos. Constata-se que a não aceitação para doação de órgãos advém de fatores de cultura e conceitos morais, fatores culturais e morais.

Este fato vemos na civilização ocidental industrial, a qual tem a visão do

⁹⁰ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *op. cit.* p.56.

corpo como objeto de posse, visto como propriedade particular. Insta acentuar que na sociedade tradicional o corpo é considerado como parte de um grupo, sendo que a pessoa se individualiza por pertencer ao grupo.

Isto posto, verificamos que a doação de órgãos depara com duas dificuldades. A primeira refere-se ao egoísmo e preservação do corpo, mesmo após a morte. A segunda refere-se à disposição de colaborar altruisticamente com o outro.

No que tange às doações em vida a Medida Provisória nº 2.083-30 de 27.12.2000, convertida na Lei nº 10.211 de 23.03.2001, houve importantes modificações. A doação em vida é permitida atendendo aos quesitos da capacidade, gratuidade, necessidade terapêutica, da duplicidade do órgão e que o beneficiário seja cônjuge ou parente consanguíneo até o quarto grau.

Rita de Cassia Curvo Leite, entende que a Lei nº 9.43/97, modificada pela Lei nº 10.211/01, ao adotar o modelo de informação ou indagação, acrescentado pela Medida Provisória nº 1.959 de 2000, legitimando aos familiares do defunto a manifestação contrária à doação de órgãos após a morte, “diminuiu impacto provocado pelo artigo 4º da referida lei, mas, não deu cabo aos problemas por eles gerados, sobretudo, os relacionados à sua constitucionalidade”.⁹¹

O Estado tem buscado programas de conscientização, junto ao público leigo e dos profissionais da saúde, o que são os recursos significativos para o aumento no número de órgãos disponíveis para transplantes.⁹²

Os avanços tecnológicos e a evolução da medicina apresentam, no momento atual, novos problemas, novos temores e dúvidas como os que ocorrem com o diagnóstico de morte encefálica.⁹³

A morte e seus critérios para constatação advém de processo complexo,

⁹¹ LEITE, Rita de Cassia Curvo. *op. cit.* p.190.

⁹² Note-se que até mesmo uma tragédia pode trazer a conscientização do público, como recentemente vimos no caso da jovem Eloá, morta por Lindenberg. A autorização do transplante feito pela família, sensibilizou o público. A revista Veja informa em sua edição (novembro/2008) que tal fato trouxe um aumento considerável na doação de órgãos.

⁹³ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *O equilíbrio do pêndulo: a bioética e a lei*. São Paulo: Ícone. 1998

que podem ser aplicáveis a um determinado campo das ciências médicas, jurídicas e sociais.

Com a edição da Lei nº 9.434/97, o Conselho Federal de Medicina publicou em 08 de agosto de 1997 a Resolução nº 1.480, atualizando nº 1.346/91. De acordo com referida Resolução:

A morte encefálica será caracterizada mediante a realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias, cujos dados (clínicos e complementares), observados quando da caracterização da morte encefálica, deverão ser registrados em um termo denominado “termo de declaração de morte encefálica”. Preceitua a Resolução que a morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida. Os parâmetros clínicos a serem observados para a constatação da morte encefálica, diz a Resolução, são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia.

Verifica-se assim, nesta resolução o termo de declaração de morte encefálica e o registro obrigatório para a caracterização da morte conforme os artigos 2º e 8º.

Ademais, os artigos 5º e 7º da Resolução nº 1.480/97, prevêm os intervalos mínimos entre as duas avaliações clínicas necessárias para a caracterização de morte encefálica determinada de acordo com a idade, como mostra o artigo 5º:

Os intervalos mínimos, entre as duas avaliações clínicas, para a caracterização da morte encefálica, serão definidos por faixa etária, conforme o 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.

A Resolução diz ser necessário serem efetuados exames complementares utilizados por faixa etária, apresentando a ausência de atividade cerebral elétrica, metabólica e de perfusão sangüínea cerebral.

Toda a documentação resultante dos exames e testes clínicos, bem como o termo de declaração de morte encefálica, deverá ser arquivada no prontuário do paciente.

Somente após este protocolo ter sido elaborado, dispõe o artigo 9º da referida resolução que o diretor clínico da instituição hospitalar ou seu delegado poderá comunicar o fato aos familiares ou responsáveis legais e à Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos (CNCDO).

A Resolução atual, nº 1.480/97, do Conselho Federal de Medicina de 1997, modificou a faixa etária anteriormente estabelecida pela Resolução nº 1.346/91, também pelo Conselho Federal de Medicina de 1991, a qual estipulava a idade mínima entre 2 e 5 anos para a possibilidade de adotar-se os critérios de morte encefálica.

Atualmente, predomina a disposição para constatação dos sete dias de idade para a adoção dos critérios de morte encefálica e a possível utilização em doação de órgãos para transplantes.

A antiga Resolução nº 1.346/91, que previa a idade mínima entre 2 a 5 anos, levava em conta que a reação das crianças costuma ser satisfatória.

Maria Celeste Cordeiro Leite Santos aponta outro inconveniente da atual resolução.

De acordo com o artigo 4º, reduziu-se drasticamente os parâmetros e exames referidos como critérios de constatação da morte encefálica, determinando o coma aperceptivo com a ausência de atividade motora supra espinal e apnéia.

Observe-se o artigo 4º do Conselho Federal de Medicina: “Os parâmetros clínicos a serem observados para a constatação de morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra espinal e apnéia”.⁹⁴

A autora Maria Celeste demonstra preocupação com os aspectos relativos e com o descompasso com as legislações médicas mais avançadas tais como dos Estados Unidos, da Inglaterra e da Alemanha. Relata que, estabelecem apenas 6 horas como intervalo entre as duas avaliações clínicas que irão constatar a morte, sendo que a lei brasileira difere das citadas legislações, uma vez que, estas, adotam um intervalo mínimo de 12 a 24 horas.

Sugere ainda a autora, que seria mais ético e legal pedir-se mais horas entre os dois testes, para definir a morte da pessoa, sabendo-se das condições hospitalares brasileiras, da premência dos leitos em centros de terapia intensiva, do possível uso de drogas ou de hipotermia, fatores que adulteram a certeza da irreversibilidade do processo morte e que o conceito de morte encefálica não é certeza absoluta, não obstante, ser aceito mundialmente.⁹⁵

A questão importante que resta é a de referir quando o médico pode e precisa encerrar o tratamento; questão em aberto, porque a cessação da ressuscitação normalmente ocorre antes da morte encefálica.⁹⁶

A conclusão, segundo a Resolução nº 1.480/97, para a questão levantada é de quando o encéfalo está morto, é possível retirar-se os órgãos e tecidos do paciente para fins de transplantes.

O processo legislativo estendeu a área administrativa do Sistema Nacional de Transplantes e através das Portarias nº 1.752 de 2005 e nº 1.262 de 2006, criou-se as Centrais de Notificação Captação e Distribuição de Órgãos (CNCDO), também chamadas de Centrais Estaduais de Transplantes.

Com o intuito de aumentar a captação de órgãos, estabeleceu-se a obrigatoriedade da existência de Comissões Intra-Hospitalares de

⁹⁴ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *op.cit.* p.36.

⁹⁵ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *op.cit.*

⁹⁶ *id.*, *ibid.*

Transplantes, nos hospitais com UTI do tipo II ou III, hospitais de referência para urgência e emergência e hospitais transplantadores.

Referidas Comissões Intra-hospitalares de Doação de Órgãos e Tecidos para Transplantes realizam processo de identificação de potenciais doadores em morte encefálica ou coração parado, a abordagem familiar para autorização, além da triagem clínica e sorológica. Elas auxiliam na formalização da documentação necessária e o processo de retirada e transporte de órgãos e equipes.

Segundo a Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos (ABTO), o artigo 1º e seguintes da Portaria nº 1.262, prevê que a comissão deve ser formada por três membros, sendo um médico ou enfermeiro, tendo como responsabilidades e deveres, a entrevista com as famílias dos prováveis doadores em morte encefálica.

De acordo com o Art. 2º e 4º da Portaria nº 1.262/2006 do Ministério da Saúde:

Art. 2º Cabe à Comissão Intra-Hospitalar de Doação de Órgãos e Tecidos para Transplante: [...] III - articular-se com os profissionais de saúde encarregados do diagnóstico de morte encefálica e manutenção de potenciais doadores, objetivando a otimização do processo de doação e captação de órgãos e tecidos; IV - organizar, no âmbito da instituição, rotinas e protocolos que possibilitem o processo de doação de órgãos e tecidos; V - garantir uma adequada entrevista familiar para solicitação da doação; [...]

Art. 4º A Comissão Intra-Hospitalar de Doação de Órgãos e Tecidos para Transplante tem os seguintes deveres: [...] V - supervisionar todo o processo iniciado, desde a identificação do doador, incluindo a retirada de órgãos e/ou tecidos, a entrega do corpo do doador à família e responsabilizar-se pela guarda e conservação e encaminhamento dos órgãos e tecidos, conforme orientação da respectiva CNCDO; VI - promover e organizar o acolhimento às famílias doadoras durante todo o processo de doação no âmbito da instituição; [...]

Em 1996 houve o surgimento da Resolução CNS nº 196/96, a qual estabeleceu as Diretrizes e Normas Regulamentadoras de Pesquisas envolvendo seres humanos e criando um sistema nacional para revisão e acompanhamento das pesquisas também envolvendo seres humanos.

Os Comitês de Ética e Pesquisa têm a participação multidisciplinar de juristas, teólogos, bioeticistas, médicos, sociólogos, filósofos e representantes da sociedade, são coordenados pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa-CONEP - vinculados ao Conselho Nacional de Saúde.

Alguns casos de morte encefálica e de possibilidade de doador *post mortem* para órgãos transplantáveis, ou mesmo para prolongar ou realizar término de medidas para a manutenção dos órgãos vitais, solicitam a intervenção do Comitê de Ética e Pesquisa visando assegurar lisura das decisões, de doação para o transplante de órgãos.

A Lei nº 10.211, de 2001, modificou o artigo 4º, quanto ao consentimento livre, introduzindo o direito à informação para os receptores de órgãos e a necessidade do seu consentimento expresso.

A morte do doador e o consentimento da família, bem como o consentimento do receptor estão na dependência do fato natural, biológico e cultural da morte, fator preponderante para a ocorrência dos transplantes de órgãos para recuperação da saúde do receptor.

Tais fatores, de constatação da morte é, pois, bastante debatido, junto à área médica, ética e jurídica.

O momento da morte determina o fim da personalidade e a impossibilidade de relações com o mundo exterior.

O Decreto nº 2.268/97 que regulamentou a Lei nº 9.434/97 salienta então que a condição para a retirada de órgãos e tecidos do cadáver é a morte encefálica,

conforme expõe o artigo 16: “A retirada de tecidos, órgãos e partes poderá ser efetuada no corpo de pessoas com morte encefálica.”

O Código de Processo Penal, em seu artigo 162, estabelece que a autópsia deverá ser feita pelo menos seis horas após o óbito.

Em contraposição, prevê a lei a exigência de três horas, no máximo, para a remoção dos órgãos e tecidos para fins de transplantes ou terapêuticos.

Discute-se, pois, este critério.

Conforme Rita de Cássia Curvo Leite⁹⁷, essa condição legal do artigo 162 do Código de Processo Penal é apenas aparente, de modo a permitir a sua melhor aplicação de acordo com os progressos científicos e os novos conceitos.

Nos casos em que o cadáver puder ser utilizado para transplantes, a necropsia deverá ser realizada, o quanto antes, em conformidade com o artigo 3º, parágrafo 1º da Lei nº 9.434/97, que especifica a sua obrigatoriedade.

A referida lei determina, igualmente, que o exato momento da morte deverá ser determinado por dois médicos, no mínimo, um dos quais, com título de neurologista, que atestarão o óbito, elaborando relatório descritivo, expressando que a morte não teve nenhuma relação com o possível uso dos tecidos, órgãos ou partes do corpo humano para o transplante.

Antonio Chaves⁹⁸ alerta que “por prudência e segurança, os médicos que assistem o paciente devem aguardar o momento exato e inevitável da morte encefálica, sob pena de responsabilização civil e criminal”.

Deste momento crucial, podem surgir problemas éticos, decorrentes da pressa das equipes transplantadoras, na intenção de identificar logo as circunstâncias que autorizem a remoção dos órgãos, em detrimento aos cuidados médicos de sobrevivência do potencial doador.

Assim, é vital que todos os esforços sejam destinados à manutenção da vida

⁹⁷ LEITE, Rita de Cassia Curvo. *op.cit.*

⁹⁸ CHAVES, Antonio. *op. cit.*

do paciente e que este não seja encarado como um potencial doador antes das manobras de recuperação se esgotarem.

Segundo refere Rita de Cássia Curvo Leite, na obra Transplante de órgãos e tecidos e direito da personalidade. p. 143.

até mesmo inconscientemente, o médico poderia ser traído pelo desejo de conseguir órgãos e tecidos para os receptores doentes que aguardam a oportunidade de continuar a viver. Para prevenir a possível precipitação dos médicos na retirada de órgãos e tecidos do cadáver, a Lei 9434/97, artigo 16, parágrafo 3º, determinou ser defeso aos médicos, que atestaram a morte, realizar o transplante. Pode suceder, no entanto, que a morte real seja confundida com a morte aparente, ou seja, aquele estado em que as manifestações vitais chegam à sua mínima expressão.

De acordo com este ponto, refere a autora que, nos casos em que as mortes também podem ser acidentais ou provocadas pelo uso abusivo de substâncias depressoras do sistema nervoso central, a temperatura pode cair sensivelmente e ocorre um rebaixamento das funções cardiorespiratórias de maneira que, com um simples exame clínico, dá a aparência de morte real.

Nos casos de transplantes cardíacos, é determinante que o doador não tenha nenhuma possibilidade de cura ou de sobrevivência.

Ressalta-se que o resultado satisfatório dos transplantes de órgãos, tecidos e partes do corpo humano e o aperfeiçoamento da técnica empregada influenciou na adoção dos critérios de morte encefálica, pois referida técnica depende da rápida remoção do órgão ou tecido do doador.

Há de se ater também, que a eficiência da medicina moderna em prolongar indefinidamente a vida através de meios artificiais, torna imprescindível que se defina a morte encefálica. Esta definição se ampara nos motivos éticos, sociais e humanos, de acordo com os esforços das equipes médicas e o número reduzido de leitos das unidades de terapia intensiva.

Como já disposto anteriormente, o legislador atribuiu ao Conselho Federal de Medicina o encargo de definir, constatar e fixar os critérios para a determinação de morte encefálica (Resolução 1480/97), mas, deixou a responsabilização civil e criminal a cargo do Código Civil de 2002, nos artigos 186, 927, 932 III e 951, e da Lei Penal , artigo 121, §1º e do Código de Ética Médica, artigo 66.

Cabe ainda ressaltar o artigo 15 do Código Civil de 2002 que determina que “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se com risco de vida a tratamento médico ou intervenção cirúrgica.”

A Lei dos Transplantes de Órgãos destacou assim a remoção dos tecidos, órgãos e partes do corpo humano, mediante prova incontestada da morte encefálica, e ainda a notificação do diagnóstico da morte para a central de notificação, captação e distribuição de órgãos por parte do profissional médico.

Todavia, o maior e mais sério problema que se verifica na morte encefálica é falta de habilidade dos profissionais da medicina na sua constatação, o que acarreta muitas vezes no desperdício de órgãos, não tornando possível a realização do transplante.

CAPÍTULO 5 – A FIGURA DO “DOADOR” E “RECEPTOR”

Na relação dos transplantes de órgãos há um liame entre dois sujeitos, doadores e receptores de órgãos em relação à discussão bioética e ciência jurídica.

A relação entre o doador *post mortem* e o receptor adquire a importância de um ato, em sua execução, entre o ser humano que tenha sua existência finda, mas sujeito de direito, que por si ou representado, efetuou a execução de um ato de disposição do seu próprio corpo.

Para ocorrer a cirurgia de transplantes de órgãos e tecidos para fins terapêuticos e de tratamento é necessário um ato de disposição que envolve um doador e um receptor.

Ao utilizar os termos, doador e receptor, a doutrina questiona a natureza jurídica deste ato de disposição, ou seja, se ocorre a verdadeira doação por parte do sujeito ativo na cirurgia dos transplantes. As questões discutidas na doutrina giram em torno da natureza contratual da doação na disposição dos órgãos e tecidos do corpo humano.⁹⁹

5.1. A figura do “Doador”

Como já esboçado em capítulos anteriores, a doação de órgãos no Brasil é regulamentada pela lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, com as alterações efetuadas pela Lei nº 10.211, de 23 de março de 2001.

Segundo referidas leis, qualquer pessoa pode doar seus órgãos, desde que não tenha passado por doenças que possam prejudicar o funcionamento do órgão ou tenha tido alguma doença que possa provocar contaminação como, por exemplo, a hepatite, já que é prejudicial ao fígado.

O doador também não pode ser portador do vírus da Aids ou mesmo câncer.

⁹⁹ LEITE, Rita de Cássia Curvo. *op. cit.*

Assim, a Lei nº 9.434/97¹⁰⁰ em seu capítulo 3º, prevê a disposição de material orgânico do corpo vivo para fins de transplantes ou tratamento.

Segundo o artigo 9º, § 3º da mencionada lei, toda pessoa juridicamente capaz, sendo cônjuge, parente consanguíneo até o quarto grau ou qualquer outra pessoa mediante autorização judicial, pode dispor, desde que gratuitamente, de órgãos duplos, de partes de órgãos, de tecidos ou partes do corpo se a retirada não impedir ao organismo do doador viver sem risco.

A utilização de doadores vivos, obviamente, está limitada a órgãos duplos, tais como rins e partes do organismo humano que se regeneram.

No caso de doação de córneas, esta é possível até seis dias após a morte.

No caso de transplantes de rins, o índice de êxito é maior quando o doador é uma pessoa viva e principalmente membro da família.

Na doação *inter vivos*, discutem-se duas questões éticas: A primeira é relativa à permissão a uma pessoa sadia mutilar-se por causa de outra. A segunda concerne ao fato se há obrigatoriedade deste doador salvar a vida de outrem.

É evidente que juridicamente não há previsão sobre obrigatoriedade da pessoa em doar um de seus órgãos, restringindo esta apenas a questão da solidariedade e consciência do doador.

Há de se ater ainda que a Lei de Transplante, não impõe limites de idade para a doação dos órgãos, mas pode ser realizado, desde que o quadro clínico da pessoa seja saudável e que seja compatível com o receptor, quais sejam: mesmo tipo sanguíneo, peso e tamanho dos órgãos semelhantes e compatibilidade genéticas, com o intuito de evitar a rejeição.

A doação pode ser efetuada nas seguintes situações:

¹⁰⁰ BRASIL. Lei nº 9.434/97. Disponível em <<http://www.senadofederal.gov.br>>. Acesso em 20.012009

- Doação *inter vivos*, ou seja de órgãos de doador vivo. Este deve ser um familiar até 4º grau de parentesco, e o órgão a ser doado deve ser duplo, por exemplo o rim.
- Doação de órgãos ou tecidos de doador falecido, que é determinada pela vontade dos familiares até 2º grau de parentesco, mediante um termo de autorização da doação.

Para os outros casos, é necessário que o doador tenha sido diagnosticado por morte encefálica, conforme já esboçado no capítulo anterior.

5.2. A figura do “Receptor”

O receptor é o beneficiário do transplante ou enxerto.

Considera-se receptor o enfermo que se encontra inscrito regularmente na lista única de espera de transplante do Sistema Único de Saúde.

O intuito da lista única de espera, é o afastamento de qualquer fraude à fila de espera.

Assim, o sistema adotado é o da ordem cronológica de inscrição, sendo esta a única garantia da possibilidade do transplante ser realizado.

Segundo o artigo 10, § 2º da referida lei, a inscrição não confere ao receptor ou à sua família o direito subjetivo a indenização, se o transporte não se concretizar em razão de alteração do material orgânico provocado por acidente ou incidente em seu deslocamento.

Ademais, o receptor deve consentir expressamente a realização do transplante, sendo alertado sobre os riscos e resultados desse procedimento.

O receptor de órgãos efetua a aceitação do órgão a ser transplantado, caracterizando assim um ato jurídico especial, cuja chave jurídica é a dignidade da pessoa humana protegida desde seu início até o seu fim, com extensão sobre a

recomposição do cadáver, após doação de órgãos, como se ali houvesse resquícios de personalidade

Já o artigo 10 § 1º da Lei nº 9.434/97, prevê que, na impossibilidade dessa manifestação válida do receptor, por ser juridicamente incapaz ou por estar em condições de saúde precária que impeça a consciência, o consentimento será então efetuado pelos pais ou responsáveis;

Mesmo diante da debilidade de saúde do receptor, a Lei objetivou tratá-lo como sujeito de direito, que tem plena consciência sobre suas decisões, afastando assim a responsabilidade médica sobre o assunto.

Sendo assim, a manifestação válida do receptor afigura-se como requisito imprescindível para se dar seqüência ao tratamento.

Aliás, a realização de transplantes em desacordo com a vontade do receptor pode resultar em pena de detenção de seis meses a dois anos, segundo a previsão do artigo 18 da Lei nº 9.434/97.

5.3. O Afastamento do consentimento presumido pela nova Lei nº 10.211/01

A Lei de Transplante de Órgãos e Tecidos apresentava, em seu artigo 4º, ponto extremamente polêmico ao tratar da manifestação de vontade do doador.

O texto inicial da Lei nº 9.434/97, continha uma ficção jurídica denominada de doação presumida, isto é, doador era toda pessoa capaz que não manifestasse contrariamente em vida, como segue, *in verbis*:

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*.

Com isso, o legislador ordinário manifestava-se sobre a “autodeterminação” do ser humano o que, na época, fez levantar grande polêmica.

A oposição deveria ser formalizada por escrito na carteira de identidade civil ou na carteira nacional de habilitação, revista a qualquer tempo por decisão do doador.

Constava ainda, na lei que, na existência de dois documentos válidos com opções diversas, prevaleceria aquele de emissão mais recente. (§§ 1º, 2º, 3º, 4º. e 5º., do art. 4º.)

Prevalecia assim, o sistema de doação presumida, sendo que a falta de oposição de alguém em vida, equivaleria à permissão para que se retirem seus órgãos após a morte.

Dessa ficta disposição, ou seja, o silêncio do falecido em vida presumia-se que sua vontade era realizar a doação dos órgãos, não podendo ser modificada por vontade superveniente dos familiares ou responsáveis.

A redação original da Lei nº 9.434/97 desencadeou muitas críticas nesse sobre esta presunção, abrindo discussão a respeito do princípio da autonomia da vontade nos aspectos civis, constitucionais e bioéticos.

A antiga determinação confrontava com os princípios constitucionais que protegem a autonomia da vontade, inclusive naquilo que concerne à individualidade *post mortem*.

Sob estes aspectos é perfeitamente possível afirmar que a lei era inconstitucional, o que maculava a aplicabilidade dos dispositivos penais que decorrem de sua existência.

Ademais, despertou forte reação da sociedade, pois a Lei retirou a legitimidade da família para decidir sobre o destino dos despojos do falecido, o que era permitido no diploma anterior, Lei nº 8.489/92.

Posteriormente, foi editada a Medida Provisória - MP nº 1.718-1, de 06 de outubro de 1998, seguidamente reeditada, a qual acrescentou o § 6º no art. 4º da Lei nº 9.434/97, *in verbis*:

§ 6º. Na ausência de manifestação de vontade do potencial doador, o pai, a mãe, o filho ou o cônjuge poderá manifestar-se contrariamente à doação, o que será obrigatoriamente acatado pelas equipes de transplante e remoção.

Nesse sentido, a mencionada Medida Provisória veio a trazer certa tranquilidade para os familiares do indivíduo falecido, tendo em vista que restabelecia a legitimidade anterior pelo cadáver, como trouxe ainda tranquilidade para a equipe médica que ficava em situação constrangedora entre os ditames legais e a situação fática de clamor familiar.

Por fim, adveio a Lei nº 10.211, de 23 de março de 2001, que além de revogar todos os incisos do art. 4º. da Lei nº 9.343/97, inclusive o §6º inserido pela MP nº 1.718, gerou nova redação ao *caput* do dispositivo, como segue:

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 por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

Portanto, o atual sistema brasileiro adota o seguinte critério: se a pessoa não manifestar negativa em doar órgãos em vida, a família desta poderá fazê-lo após a morte.

Desta forma, para que a doação ocorra são necessárias duas manifestações de vontade: uma que é presumida pelo silêncio do falecido e outra é dada pela família que não se opõe à retirada de órgãos, devendo ser necessariamente expressa.

Caso não haja parentes do falecido, entende-se que não poderá ocorrer a retirada dos órgãos em razão de que o silêncio exclusivo do morto não é suficiente para autorizar a doação.

Esta proteção, amparada no artigo 5º da Constituição Federal, imprime um caráter de prestígio à autonomia do homem.

Por força de seu § 2º encontramos a existência de verdadeiros direitos implícitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais a que aderimos.

Em respeito ao espírito garantista das normas contidas no art. 5º da Constituição Federal, em consonância com as normas de porte internacional, das quais o Brasil é signatário, tais como a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, concluimos que o respeito à autodeterminação humana é a pauta básica do Estado Democrático do Direito.

Destarte, uma norma que neste âmbito suplante a vontade humana seria inconstitucional.

As alterações efetuadas pela lei 10.211/01, por um lado, garantiu o direito a liberdade da vontade livre de fazer o que se deseja, mas por outro lado dificultou com a nova lei o número de doares, que, através da desinformação não manifestam em vida o desejo de doar órgãos.

5.4. Transplante e o Direito Legislado

A questão dos transplantes é abordada em vários países, especificamente no que tange ao consentimento.

Na Argentina a previsão legal vem através da Lei nº 24.193 de 24 de Março de 1993, sendo esta dividida em treze seções e dispõe de 64 artigos.¹⁰¹

¹⁰¹ Art. 1º “ La ablacion de órganos y material anatómico para la implantación de los mismos de cadáveres humanos a seres humanos, y entre seres humanos, se rige por las disposiciones de esta

O sistema do consentimento exige a manifestação da vontade proferindo autorização para o transplante.

O transplante está em princípio permitido, mas será proibido no caso de recusa do doador. O estado de necessidade, o qual suprime a vontade, está reservado para os casos limítrofes de calamidades ou guerra.

Referida lei, trata do aspecto material e territorial, e dispõe sobre profissionais, contendo normas que os médicos para obter autorização devida exercer a especialidade de transplante.

Prevê, ainda, a lei argentina, sanções e procedimentos administrativos para os médicos e estabelecimentos privados.

No que tange ao consentimento, referida lei argentina exige que os médicos dêem informações completas, claras e satisfatórias, no nível cultural de cada paciente, a fim que estes compreendam os riscos e seqüelas advindas do transplante, bem como suas limitações, bem como as possibilidades de melhorias do receptor. Em todos os casos, o tempo entre a informação e a realização da operação não pode ser inferior a quarenta e oito horas, considerado prazo mínimo de meditação.

Consta ainda disposição no artigo 21 da lei mencionada, que essa informação, tratando-se de doadores maiores e capazes, deve ser comunicada a seus familiares.¹⁰²

Dispõe que, diante da ausência de manifestação expressa da vontade do falecido, esta poderá ser suprida pela autorização da família. Dispõe ainda no artigo 21 quem tem preferência para dar ou não o consentimento.

Mencionada lei, em resumo dispõe sobre a necessidade, gratuidade do ato dispositivo; o dever de informação do médico ao doador e receptor ou aos familiares

ley em todo território de la República. Exceptuarse los tejidos y materiales anatómicos naturalmente renovables e separables del cuerpo humano.” Disponível em <<http://www.ramosmejia.org.ar/downloads/leyes/trasplantes.doc>>. Acesso em 27.01.2009

¹⁰² BANDEIRA, Ana Claudia P. Consentimento no Transplante de Órgãos. Editora Juruá. Curitiba. 2001. p 72

em alguns casos; a liberdade de decisão do doador e receptor; a revogabilidade de dita decisão do doador e receptor; a capacitação, especialização e habilitação necessárias dos médicos e equipe de médicos que vão efetuar o transplante; o registro dos estabelecimentos médicos com a adequada infra-estrutura física e instrumental. Regulamenta ainda o transplante *inter vivos* e *post mortem*.¹⁰³

A legislação espanhola está direcionada à finalidade terapêutica e de cura na técnica do transplante. “Que el destino del transplante sea el propósito de mejorar sustancialmente la esperanza o condiciones de vida de la persona receptora”.¹⁰⁴

São requisitos essenciais para doação *inter vivos*, quais sejam: maioridade, plenas faculdades mentais, haja prévio esclarecimento, dos benefícios ao receptor e dos riscos inerentes ao transplante realizado.

Esclarece que o consentimento deve ser expresso e por escrito.

O transplante de Órgãos poderá ser feito mediante prévia comprovação da morte, sendo que o atestado de óbito deve ser subscrito por três médicos: um neurologista, um neurocirurgião e o Chefe do Serviço da Unidade Médica correspondente ou seu substituto.¹⁰⁵

Prevê a lei espanhola, interesses do receptor, existindo uma presunção *iuris tantum* que permite a extração de órgãos no caso do doador não deixar expressa oposição.

Em Portugal, a lei de Transplante de Órgãos está disposta na Lei nº 12/93 de 22 de Abril de 1993, alterada em parte pela Lei nº 22/07.

Referida lei, prevê em seu artigo 1º que a doação de órgãos e tecidos deve ser de origem humana, estando assim excluídos os xenotransplantes.

¹⁰³ Ibidem, p.73

¹⁰⁴ ESPANHA. Decreto Real nº 41.196. Disponível em <<http://www.san.gva.es>>. Acesso em 27.01.2009

¹⁰⁵ BANDEIRA, Ana Claudia Pirajá. *op. cit.* p.75.

A lei portuguesa dispõe sobre a proibição de que seja revelada a identidade do doador e receptor de órgãos.

Adota ainda a gratuidade para que os transplantes sejam realizados.

Consagra ainda que a doação só poderá ser efetuada por maiores capazes, sendo pois proibida a doação por incapazes.

No que tange aos cadáveres, a lei nº 12/93, em seu artigo 10º esclarece quem são os doadores, post mortem, ou seja todos os cidadãos nacionais, bem como os apátridas e os estrangeiros residentes em Portugal. Somente não serão doadores se, tiverem, em vida, manifestado, junto ao Ministério da Saúde, a sua oposição a que lhe sejam colhidos tecidos e órgãos em seu corpo, após a morte.

Assim sendo, a colheita não depende de manifestação expressa da vontade em vida do “*de cujus*”. Se os médicos não tiverem conhecimento da oposição, manifestada em vida, do falecido, podem efetuar a colheita, não sendo necessário informar a família, nem procurar obter seu consentimento.¹⁰⁶

A Lei nº 12/93, alterada pela Lei nº 22/07, prevê que o consentimento do doador e do receptor deve ser livre, esclarecido, informado e inequívoco e o doador pode identificar o beneficiário.¹⁰⁷

A Itália segue, conforme prevê a lei nº 91/99 o sistema da informação, no qual, não havendo manifestações do doador, com o seu óbito, faz-se uma comunicação a seus familiares sobre a intenção de se lhe retirarem os órgãos e tecidos para salvar vidas humanas.

¹⁰⁶ *ibidem*, p.74

¹⁰⁷ art. 8º Lei nº 12/93 (alterada pela Lei nº 22/07) prevê: 1 - O consentimento do dador e do receptor deve ser livre, esclarecido, informado e inequívoco e o dador pode identificar o beneficiário. 2 - O consentimento do dador e do receptor é prestado perante: a) Um médico designado pelo director clínico do estabelecimento onde a colheita se realize, quando se trate de transplante de órgãos, tecidos ou células regeneráveis; b) Um médico designado pelo director clínico do estabelecimento onde a colheita se realize e que não pertença à equipa de transplante, quando se trate de transplante de órgãos, tecidos ou células não regeneráveis. 3 - Tratando-se de dadores menores, o consentimento deve ser prestado pelos pais, desde que não inibidos do exercício do poder paternal, ou, em caso de inibição ou falta de ambos, pelo tribunal. 4 - A dádiva e colheita de órgãos, tecidos ou células de menores com capacidade de entendimento e de manifestação de vontade carecem também da concordância destes. 5 - A colheita em maiores incapazes por razões de anomalia psíquica só pode ser feita mediante autorização judicial. 6 - O consentimento do dador ou de quem legalmente o represente é sempre prestado por escrito, sendo livremente revogável.

Na Áustria, adotou-se a solução da oposição (*Widerspruchslösung*). Em mencionado país ampara-se na Lei de Instituições Hospitalares, conforma consta o 62º, e seus parágrafos, na qual prevê a permissão do transplante, o qual somente deixará de ocorrer quando constar oposição expressa do falecido.

Naquele país, entende-se que a possibilidade de efetuar declaração de oposição não vulnera princípios penais nem o Direito Constitucional.

Há que salientar que, em geral, a maioria dos países não adota ser necessário a declaração de oposição, o que por si só, aumenta as possibilidades de ter acesso à órgãos disponíveis, valorizando a vida dos doentes.

A doutrina entende que, a possibilidade de efetuar declaração de oposição não afronta os princípios penais nem o Direito Constitucional. É a autodeterminação positiva.

Segundo o doutrinador daquele país, Heinz Zipf (*apud* Lima, 1996),

o modelo do consentimento tem o inconveniente de diminuir o número doadores ao solicitar continuamente voluntários. Ponderando a situação: o modelo da oposição não ofereceria obstáculos constitucionais ou político-criminais.¹⁰⁸

Consta ainda que, a Alemanha não adota formalmente a solução da oposição. A ausência, neste país, legislação pertinente sobre o tema obriga recorrer ao Princípios Gerais de Direito que implica na adoção do sistema do consentimento para justificar a extração de órgãos.¹⁰⁹

Para todos países vigora o binômio voluntariedade e gratuidade da doação.

Nos países que já trataram do assunto ficou demonstrado que é fundamental a existência de uma rede que coordene a localização do doador, o transporte de órgãos, que organize as listas de espera, que crie meios instrumentais e tecnológicos (equipamentos, treinamento, e instrução) possibilitando a realização dos transplantes.

¹⁰⁸ LIMA, Maria Madalena. *op. cit.*

¹⁰⁹ *id.*, *ibid.*

CAPÍTULO 6 – ANENCEFALIA E DOAÇÃO DE ÓRGÃOS

O Código Penal brasileiro tipifica o crime de aborto, no capítulo de proteção à vida da pessoa humana. O referido dispositivo legal prevê causa excludente, não punindo o aborto praticado por médico, conforme dispõe o artigo 128, quando não há outro meio de salvar a vida da gestante ou se a gravidez resulta de estupro, nesse caso havendo o consentimento prévio da gestante ou se ela for incapaz, de seu representante legal.

São hipóteses de aborto legal, sendo o primeiro classificado como necessário e o segundo, o aborto humanitário ou sentimental.

Outras formas de aborto são as classificadas pela doutrina como eugênico e o social, os quais não são admitidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo que o primeiro refere-se, ao abortamento fetos que possuam anomalias graves e irreversíveis, físicas ou mentais.

O aborto social é aborto realizado em pessoas de baixa renda, como meio de controle de natalidade, em razão de condições sociais bastante precárias, impossibilitando de se ter uma maternidade responsável. Referida prática, como já dito, não é admitida.

O aborto do feto anencéfalo enquadra-se, pois como exemplo de aborto eugênico.

Não obstante a aceitação do aborto em tal caso, parte da doutrina vem entendendo que no caso do feto anencéfalo, sem viabilidade de vida extra-uterina, não há vida a ser tutelada, não sendo uma forma de seleção legalizada da raça humana.

Inclusive, existe anteprojeto visando inserir o inciso III no art. 128 do CP, o que possibilitaria a antecipação do parto em caso de anencefalia, já que considera-se que havendo perigo para a vida da gestante, mesmo que este perigo seja futuro, estaria autorizado o aborto terapêutico em caso de anencefalia do feto.

O Conselho Nacional de Saúde, em março de 2005, apresenta posição favorável à antecipação dos partos em caso de anencefalia, tendo em vista que há uma má formação de cérebro impossibilitando a sobrevivência do feto fora do útero.

Há atipicidade do aborto em caso de antecipação do parto, ocorrendo a anencefalia, visto que se o feto não tem condições de sobrevivência, tampouco atividade encefálica, nos termos da Lei nº 9.434/97, não há, pois vida a ser tutelada. Isto porque se a considerar a morte encefálica como a finalização da vida, possibilitando transplante dos órgãos, não poderia admitir que há vida em caso de anencefalia do feto, já que o conceito de vida deve ser único ordenamento jurídico brasileiro.

O art. 3º da Lei nº 9.434/97 prevê que a retirada *post mortem* de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano, destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina, conforme dispõe na Resolução nº 1.480/97.

A morte encefálica ali prevista deverá advir de processo irreversível, sendo o anencéfalo o resultado de um processo irreversível, impossibilitado de sobrevivência.

O diagnóstico da anencefalia, durante a gestação, é realizado pelos exames de ultra-sonografia. Contudo, defende-se aqui é a liberdade de escolha da gestante entre antecipar o seu parto, sem necessidade de autorização judicial, visto que não há vida em seu ventre, nos termos acima expostos, ou levar a gestação até o seu termo e dispor, por exemplo, dos órgãos do anencéfalo, para um futuro transplante.

Demonstra aqui grande solidariedade, já que inúmeras crianças que necessitam de transplante de órgãos em tamanho proporcional às suas respectivas idades.

Acentua-se ainda que no caso dos anencéfalos, há a ausência do neocórtex, anormalidades da rede vascular cerebral e ausência da calota craniana e para os parâmetros clínicos, seria necessário que o mesmo completasse sete dias de idade, para uma verificação completa. Assim, é bastante difícil a realização de transplante de órgãos de anencéfalo.

Diante disso o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 1.752/04, de 13 de setembro de 2004, específica para os casos de anencefalia.

Referida resolução considera que para os anencéfalos, por sua inviabilidade vital decorrente da ausência de cérebro, são inaplicáveis e também desnecessários os critérios de morte encefálica. Entende ainda que os mesmos podem dispor de órgãos e tecidos viáveis para transplantes, principalmente em crianças, sendo ainda necessária a autorização formal dos pais.

Resta claro que permissão para a “interrupção da gravidez” de “anencéfalo”, tem como verdadeira intenção poder dispor de seus órgãos depois de nascido.

Mas o entendimento para esta aceitação não é pacífico, o que torna bastante controvertido o papel que a eventual disponibilidade de órgãos de fetos anencéfalos assume para satisfazer as exigências de pequenos pacientes que necessitem de transplantes.

Para os contrários a esta corrente, o aborto não é aceito e somente poderá haver o transplante com a constatação da morte.

Para estes, apenas uma lei federal pode alterar o parâmetro de morte no caso do anencéfalo. Não cabe a qualquer instrumento normativo efetuar-lo, nem mesmo qualquer ato regulador emitido pelo Conselho Federal de Medicina, como foi feito através da Resolução CFM nº 1.752/04.

A Lei nº 9.434/97, prevê que o critério de morte para qualquer pessoa é a constatação da morte encefálica e, sua alteração através de uma resolução, uma afronta os parâmetros de legalidade.

Para esta corrente, o anencéfalo é considerado pessoa, pois nasce com vida e possui todas consequências jurídicas provenientes desta consideração. 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.

Ao considerar o neonato anencéfalo uma pessoa, tem-se como consequência o respeito inerente a essa condição. A dicotomia está no fato que há um ser que

fatalmente irá morrer e bebês que necessitam de órgãos para sobreviver, a resposta seria considerar o neonato anencéfalo como um meio de permitir a sobrevivência de outros seres humanos.

O anencéfalo é uma pessoa com dignidade a ser respeitada. O perigo de se alterar esse paradigma para uma pessoa com uma determinada malformação não é apenas a possibilidade de se ampliar futuramente para outras que se encontrarem na mesma situação, mas sim, principalmente, de se permitir alterar um paradigma válido para todos.

A importância do assunto se dá pela necessidade de esclarecer que o bebê portador de anencefalia não é um ser totalmente desprovido de cérebro. O bebê anencéfalo não é uma coisa, mas um ser humano que não teve o completo desenvolvimento cerebral. Portanto, essa anormalidade não retira dele os mesmos direitos assegurados aos bebês que nascem sadios, sendo o de maior prevalência a inviolabilidade do direito à vida.

Efetuar a autorização da remoção de órgãos do anencéfalo que nasce e respira espontaneamente, para que seja realizado transplante, mesmo que seja para salvar a vida de outra criança, seria violar o direito à vida, à dignidade da pessoa humana, assegurados constitucionalmente.

Por outro lado, nada mais triste do que gerar alguém que se sabe que irá morrer, a gestante, neste caso, não possui expectativa de vida, mas sim expectativa de morte, mesmo que por poucos meses de sobrevida.

Os pais devem ter direito de escolha, devem decidir se querem ou não interromper a gravidez, sem que tenham ônus por tal decisão.

CAPÍTULO 7 – RELEVÂNCIA PENAL DO TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS

7.1. Introdução

A Lei nº 9.434 de 04 de fevereiro de 1997, dispõe, como já estudado no capítulo anterior sobre a remoção de órgãos e tecidos para fins de transplantes.

Mencionada lei, trouxe modificações em relação às leis anteriores, apresentação inovação à ordem jurídica em muitos sentidos, inclusive no âmbito penal, dispondo em seu Capítulo V, Seção I, condutas ilícitas relativas aos transplantes.

Elenca nos artigos 14 a 20, sete tipos penais, referentes a condutas relacionadas com compra, venda, remoção, transporte, guarda ou distribuição de órgãos humanos, bem como, realização de transplante ou enxerto, ciente que as partes do corpo humano foram obtidas em desacordo com o dispositivo da lei.

Os crimes previstos na Lei nº 9.434/97, alterada pela Lei nº 10.211/01, contêm penas que vão desde a simples multa de 100 dias- multa, conforme conta no artigo 20, até pena de reclusão de 8 a 20 anos e multa de 200 a 360 dias – multa, conforme dispõe o artigo 14, parágrafo 4º.

No aspecto criminal, verificamos que a Lei é bastante severa ao repudiar o comércio de órgãos.

Tal iniciativa se verifica pela tipificação de crimes em que são cominadas penas rigorosas, deixando bem claro o repúdio e a antijuridicidade desta ilícita atividade.

Justifica a previsão de sanção e pena para as condutas descritas na lei nº 9.434/97, diante do fato que o direito penal adota o princípio da intervenção mínima, no qual apenas os bens jurídicos tidos como relevantes são protegidos.

É o que professa Luis Regis Prado: "O Direito Penal só deve atuar na defesa de bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa"¹¹⁰

Não há como se admitir um Estado Democrático de Direito, com o respeito ao valor da dignidade da pessoa humana, sem que se reconheça a força vinculante do princípio da intervenção penal mínima.

Concluimos desta forma, que o princípio da intervenção mínima reflete uma orientação político-criminal de restrição da intervenção estatal, na esfera da liberdade humana, em matéria penal.

E neste diapasão, nos valemos ainda do princípio da fragmentariedade, o qual tem como significado a não absolutização da proteção atribuída à lei penal, ou seja, "apenas as ações ou omissões mais graves endereçadas contra bens valiosos podem ser objeto de criminalização"¹¹¹

A lei nº 9.434/97, com as alterações da Lei nº 10.211/01, no que pertine a responsabilidade penal, demonstra que o interesse lesado é o da sociedade, atingindo, assim, norma de direito público.

Neste contexto, em obediência ao princípio da intervenção mínima, bem como seus corolários, a lei nº 9.434/97, prevê então várias sanções criminais, objetivando entre estas, a proteção de bens jurídicos diversos, quais sejam: a incolumidade física, a integridade física, respeito aos mortos, saúde e etc.

Porém, sendo os bens jurídicos foco de proteção, de intenso valor, e observando-se os princípios da ciência criminal moderna, conclui-se que as penas instituídas são absolutamente proporcionais à gravidade das lesões praticadas, que têm como objeto mediato a vida e saúde humanas.

Embora as sanções contidas na Lei nº 9.434/97, tenham caráter de especialidade, a aplicabilidade do Código Penal Brasileiro não fica afastada conforme disposto no artigo 12 do aludido código que segue o princípio *lex specialis*

¹¹⁰ PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. vol. I. 2ª Ed. São Paulo: RT. 2001. p.84

¹¹¹ *id.*, *ibid.*

derrogat lege generalis (a lei especial derroga a lei geral): “as regras gerais desse Código, aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”.¹¹²

Sendo assim, em primeiro lugar será observada a Lei de Transplante de Órgãos e se não dispuser proibições acerca da norma geral, esta poderá ser aplicada. Caso contrário, prevalecerá os dispostos na lei especial.

Ressalta-se também que os artigos 14, 16, 17, 18 e 20 da mencionada lei tratam-se de normas penais em branco, necessitando de uma complementação.

Norma penal em branco, segundo definição de Damásio Evangelista de Jesus “são disposições cuja sanção é determinada, permanecendo indeterminado o seu conteúdo”.¹¹³

Acentua-se ainda que algumas infrações ali inseridas são reproduções de normas punitivas, contidas no Código Penal, como é o caso, por exemplo, da lesão corporal e suas hipóteses qualificadas, estabelecidas no artigo 129 e seus parágrafos deste códex, em consonância com o artigo 14 da Lei nº 9.434/97.

Por fim, verifica-se que a maioria dos delitos, dispostos na Lei nº 9.434/97, é ou podem ser cometidos por profissionais médicos.

Nota-se também as várias omissões constantes nos artigos e, principalmente, a grande confusão que o legislador ocasionou por tentar tipificar condutas que, na realidade, já estavam, como já dito, tipificadas no Código Penal.

¹¹² CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. São Paulo: Ed Saraiva. 2009

¹¹³ JESUS, Damásio. *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Ed Saraiva. 2008. p.17

7.2. A Finalidade da pena nas condutas penais da lei de Transplante de Órgãos

Sabemos que o direito penal, não admite a imposição de sanção sem que haja justificativa cabal para tanto, não podendo, pois, haver pena desprovida de finalidade.

Toda norma jurídica se compõe de preceito e sanção, sendo um relacionado ao outro.

No que concerne ao Direito Penal, o preceito dispõe um comando geral e abstrato, enquanto a sanção penal, igualmente imposta a todos os indivíduos (*erga omnes*), traz como base a supremacia estatal sobre todos, a fim de garantir a harmonia e a convivência social.¹¹⁴

O Direito Penal deve, pois, servir à sociedade, buscando a proteção e regulamento dos bens jurídicos ali contidos.

É inegável que o fim do Direito Penal é o equilíbrio e proteção da sociedade e, especificamente, a defesa dos bens jurídicos básicos, individuais ou coletivos, trazendo assim, maior *eficácia* no sancionamento penal.

Assim, o Direito penal busca uma resposta satisfatória a cada conduta para a sociedade e para o próprio infrator. Naquele o sentido de retribuição e prevenção e, neste, especialmente a ressocialização.

O Prof Oswaldo Henrique Duek Marques, ensina que a pena

necessita passar pelo crivo da racionalidade contemporânea, impedindo que o delinqüente se torne instrumento de sentimentos ancestrais de represália e castigo. Só assim o Direito Penal poderá cumprir sua função preventiva e socializadora, com resultados mais produtivos para a ordem social e para o próprio transgressor.¹¹⁵

¹¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves. *Por uma função social da pena*. Bahia: Artigo disponível em <<http://www.facs.br/revistajuridica>>. Acesso em 28.01.2009

¹¹⁵ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *op. cit.* p.110

Assim, impõe-se a escolha de resposta penal eficaz a cada conduta ilícita, que se dê à luz do impacto social e pessoal conseqüente e buscando solução real, concreta e satisfatória.

De toda forma, há o reconhecimento expresso de que as penas não são aplicadas por simples subsunção de um ato humano ao tipo penal correspondente; há de existir um sentido e uma necessidade na punição.

Sabemos que o direito penal adota algumas teorias no que tange a finalidade da pena.

A teoria retributiva da pena, entende que as penas servem para retribuir o mal a quem praticou o mal, tendo assim uma finalidade retributiva.

Há ainda a Teoria da Prevenção Geral, ou seja, as penas servem para fazer com que as pessoas em geral não cometam crimes, possuem pois uma finalidade de *prevenção geral*.

Existem também os defensores da teoria da prevenção especial, os quais entendem que as penas têm finalidade de prevenção e, servem para que a pessoa que seja condenada a uma pena e que a tenha de cumprir, não volte a delinqüir.

O direito penal Brasileiro, no que concerne a aplicação da pena, adota a soma destas teorias, para atingir a finalidade da pena, ou melhor, as diversas finalidades da pena. Para o direito penal brasileiro, estas teorias são apenas somadas e reconhecidas como presentes dentro de um sistema, sem critérios firmes que permitam reconhecer regras para o equilíbrio dos fins ou traçar limites para a compreensão/aplicação da pena.

A pena tem uma função total. A pena que serve para retribuir é a que também servirá para prevenir.

É esta, assim, a concepção adotada na doutrina brasileira e portanto, na lei de Transplante de Órgãos.

Concluimos assim que as penas contidas na Lei nº 9.434/97, tem o caráter de retribuição ao crime praticado, bem como de prevenção a fim de inibir a prática de futuros delitos.

7.3. Bem jurídico Tutelado pela Lei de Transplante de Órgãos

Luís Regis Prado¹¹⁶ define bem jurídico como *sendo* “a realização de um juízo positivo de valor acerca de um determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento humano”.

Na definição de Pietro Nuvolone, “é o bem ou interesse que o legislador tutela em linha abstrata de tipicidade (fato típico), mediante incriminação penal”.

Para Juarez Tavares, bem jurídico

é o elemento da própria condição do sujeito e de sua projeção social, e nesse sentido pode ser entendido como um valor que se incorpora à norma como seu objeto de preferência real e constitui, portanto, o elemento primário da estrutura do tipo, ao qual se devem referir a ação típica e todos os seus demais componentes.

Em uma análise dogmática estes conceitos, verificamos que para os autores ora mencionados a noção de bem jurídico busca atribuir a finalidade maior de proteção da pessoa humana, sendo esta a finalidade maior da ordem jurídica.

Em contraposição, verificamos que conceito de bem jurídico-penal deve estar amparado na Constituição, objetivando a legitimação do poder protetivo do Estado.

¹¹⁶ PRADO, Luís Regis. *Bem jurídico-Penal e Constituição*. São Paulo: RT. 2003. p.63

¹¹⁷ NUVOLONE, Pietro. JTACRSP 32/11 e Justitita 66/70

¹¹⁸ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003

A justificativa para essa exigência encontra-se no fato de que a intervenção do Estado na esfera penal culmina, muitas vezes na privação da liberdade individual, também pautada na Carta Magna.

Assim, o legislador penal fica adstrito a tutelar somente os bens jurídicos de maior relevância constitucional, pois somente estes valores, quando afrontados, poderão prevalecer sobre a liberdade individual, que é elevada pela própria Constituição a garantia de direito fundamental.

A propósito, sobre a necessidade do bem jurídico ter enfoque constitucional, Jorge Figueiredo Dias, dispara “bens jurídicos são uma combinação de valores fundamentais, por referência à axiologia constitucional”.¹¹⁹

Neste sentido, professora Alice Bianchini:

o bem jurídico protegido pelo direito penal deve ter, ao menos indiretamente, respaldo constitucional, sob pena de não possuir dignidade. É inconcebível que o direito penal outorgue proteção a bens que não são amparados constitucionalmente, ou que colidam com os valores albergados pela Carta, já que é nela que são inscritos os valores que a sociedade produz.¹²⁰

Neste contexto, entendemos que a análise do bem jurídico tutelado pela lei de transplante de Órgãos deve assim incorrer em um enfoque constitucional.

A ótica constitucional defendida hoje pela maioria da doutrina em todo o mundo nada mais é do que o desenvolvimento da visão garantista, reconhecendo a criação do conceito do bem jurídico penal a partir das normas jurídicas hierarquicamente superiores às demais, quais sejam aquelas decorrentes da Constituição Federal.

¹¹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português: Parte Geral*. vol 2. Lisboa: Aequitas. 1993

¹²⁰ BIANCHINI, Alice. *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*. vol 7. São Paulo: RT. 2002

A Constituição Federal garante a proteção da incolumidade do corpo da pessoa humana e ainda à incolumidade psíquica contra atos de terceiros que possam lhe acarretar lesão.

No caput do artigo 5º da Carta Magna percebe-se uma preocupação do texto constitucional em garantir a segurança das pessoas, visando garantir a estas, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Nossa Lei Maior busca ainda proteger o direito ao próprio corpo ou ao direito à integridade física.

Baseado neste contexto, questionamos o bem jurídico que se buscou tutelar por meio das normas penais contidas na Lei de Transplante de Órgãos, disposta na Lei nº 9.434/97.

É evidente que a norma precisa ser analisada e interpretada especialmente sob uma perspectiva constitucional e humanística.

Salientamos que temos que considerá-la enquanto importante expressão do princípio da dignidade da pessoa humana, que protege o ser humano, afastando, por exemplo, qualquer possibilidade da pessoa humana ser colocada à condição de mercadoria.

Verificamos que os dispositivos criminais insertos na lei referida tutelam também a integridade física e mesmo a vida do indivíduo. Mas podemos também assimilar referida norma penal sob outra ótica, qual seja a da proteção do sistema nacional de transplantes, na forma como foi estruturado no Brasil.

Indiretamente, parece ser um bem jurídico valorado pelo legislador, justificando a criminalização da conduta, por exemplo, do tráfico de órgãos, com imposição de severa sanção criminal.

Por outro lado, estabelecemos assim que os bens jurídicos que se considerou expressamente tutelados pelas normas penais, contidas na Lei de Transplante de Órgãos, são a vida, dignidade humana, saúde e a integridade física, respeito aos mortos ou mesmo a liberdade individual.

CAPÍTULO 8 – DOS TIPOS PENAIS

8.1. Remoção em desacordo com a lei

Art. 14. Remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições desta Lei:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa, de 100 a 360 dias-multa.

§ 1º Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa ou por outro motivo torpe:

Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 100 a 150 dias-multa.

§ 2º Se o crime é praticado em pessoa viva, e resulta para o ofendido:

I - incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;

II - perigo de vida;

III - debilidade permanente de membro, sentido ou função;

IV - aceleração de parto:

Pena - reclusão, de três a dez anos, e multa, de 100 a 200 dias-multa.

§ 3º Se o crime é praticado em pessoa viva, e resulta para o ofendido:

I - incapacidade permanente para o trabalho;

II - enfermidade incurável;

III - perda ou inutilização de membro, sentido ou função;

IV - deformidade permanente;

V - aborto:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos, e multa, de 150 a 300 dias-multa.

§ 4º Se o crime é praticado em pessoa viva e resulta morte:

Pena - reclusão, de oito a vinte anos, e multa de 200 a 360 dias-multa.

O Objeto jurídico deste crime é em relação ao morto o sentimento de respeito aos mortos. Em relação à pessoa viva, visa a proteção da integridade física da pessoa humana.

Normalmente é o médico o sujeito ativo deste crime. Mas diante do silêncio da lei neste tocante, entendemos possa ser cometido por qualquer pessoa, já que referido artigo não faz menção ao profissional da saúde.

Já o sujeito passivo é qualquer pessoa viva ou cadáver.

Este artigo prevê sanções penais àqueles que removem tecidos ou órgãos para fins de transplante sem obedecer os critérios auferidos na lei.

A conduta punível neste artigo é “remover”, ou seja retirar.

Verifica-se que é punido aquele que remove o órgão, sendo certo que para aquele que efetivamente efetua o transplante responderá pelas penas do artigo 16º da mesma lei.

O objeto material são os tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver

É um tipo de natureza aberta que pune os transplantes “em desacordo com as disposições desta lei”.

É então um tipo impreciso, que nivela a conduta típica, sem descrevê-la, ao dispor: “aos termos desta lei”.

O art. 14 só pode ser aplicado quando o ato for praticado com fins de transplante, pois o próprio *caput* do artigo preceitua que ele deve ser aplicado somente quando o ato ocorrer “em desacordo com as disposições desta Lei” (*grifo nosso*).

A lei nº 9.434/97 apresenta algumas determinações, as quais se não forem atendidas poderão configurar o delito em tela, dentre elas:

a) Remover órgãos, tecidos ou partes do corpo de doador vivo em desacordo com o seu consentimento.

b) Efetuar a remoção de tecidos, órgãos ou parte do corpo após a revogação do consentimento do indivíduo que antes havia consentido.

c) Não obter prévio consentimento do doador ou de sua família, nos termos do artigo 9º da Lei nº 9.434/97 e da Medida Provisória nº 1.896.

d) Efetuar a realização de autotransplante sem o prévio consentimento do paciente ou de seus pais e responsáveis legais se for juridicamente capaz. Este tipo de transplante embora doador e receptor sejam a mesma pessoa, também necessita de prévio consentimento e sem este, o delito em tela está tipificado.

e) Realizar diagnóstico de morte encefálica sem as precauções estabelecidas pelo Conselho Federal de Medicina.

f) Proceder à remoção *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa juridicamente incapaz, sem a prévia e expressa autorização de ambos os pais ou de seus representantes legais, conforme o disposto no artigo 5º da Lei.

g) Proceder à remoção de tecidos, órgãos ou partes do corpo de cadáver sem a prévia autorização do patologista do serviço de verificação de óbito, nos termos previstos do artigo 7º parágrafo único da Lei nº 9.434/97:

h) Efetivar a remoção de tecidos, órgãos e partes do corpo humano de indivíduo juridicamente incapaz. Nota-se que a única hipótese que a lei autoriza a doação de órgãos de incapaz, de acordo com o artigo 9º, parágrafo 6º da Lei, ocorre no caso de transplante de medula óssea, desde que haja consentimento de ambos os pais ou de seus representantes legais, autorização judicial e o ato não oferecer riscos para sua saúde.

i) Efetivar a remoção de tecidos, órgãos ou partes do corpo de gestante.

O tipo subjetivo do presente artigo é o dolo, com a intenção livre e consciente de remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver.

Consuma com a remoção, ou seja, com a efetiva retirada dos tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver.

A tentativa é pois admitida, no caso da remoção não ocorrer por circunstâncias alheias à vontade do agente.

O delito em tela admite a co-autoria e a participação, ou seja, responde pela imputação, tanto quem ajuda o autor do delito, como quem apenas instiga para que outra pessoa o faça (*partícipe*).

A ação penal é publica incondicionada.

A pena prevista para este delito é de reclusão de 2 a 6 anos e multa, de 100 a 360 dias-multa.

8.1.1 Formas qualificadas.

O artigo 14 da Lei de Transplante de Órgãos prevê 4 (quatro) formas qualificadas, modificando assim o tipo penal, conforme o motivo ou os resultados agravadores produzidos na vítima.

Tem-se, assim, qualificadoras para o crime previsto no *caput* do Art. 14, que leva em conta um maior desvalor da ação, atuando na medida da culpabilidade.

O art. 14 § 1º da Lei nº 9.434/97, prevê punição mais severa aquele que remove os órgãos ou tecidos mediante paga ou promessa de recompensa ou por motivo torpe, aplicando-se a este a pena de reclusão de 3 a 8 anos e multa.

Pune-se aqui aquele que pagou e aquele que efetuou a remoção mediante paga ou promessa de pagamento.

Na modalidade pagamento da recompensa, haverá primeiramente a paga e posteriormente a remoção. Na promessa de recompensa, há primeiro a remoção e posteriormente a paga. Entende-se que a recompensa deva ser a econômica.

Na modalidade “motivo torpe”, é o motivo moralmente reprovável, demonstrativo de depravação espiritual do sujeito. “Torpe é o motivo abjeto, desprezível”. É, pois, o motivo repugnante, moral e socialmente repudiado.¹²¹

Já o parágrafo 2º do artigo 14 da Lei nº 9.434/97, prevê um tipo clássico de lesões corporais classificado pelo resultado, ou seja, se da remoção efetuada em desacordo com a lei, resultar em:

a) I - em incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias: Trata-se de qualquer ocupação rotineira, do dia-a-dia da vítima, como trabalhar, andar, correr, praticar esportes etc.

O Código de Processo Penal exige exame de corpo de delito complementar, a ser realizado após o trigésimo dia (art. 168, parág. 2º do CPP).

b) II - perigo de vida: É a possibilidade grave e imediata de ocorrer a morte. Deve ser um perigo efetivo e concreto, comprovado por perícia. O laudo deve dizer em que ele consistiu, como por exemplo, que houve perigo de vida decorrente de grande perda de sangue, ferimento em órgão vital, de necessidade de cirurgia de emergência etc.

c) III - debilidade permanente de membro, sentido ou função: **Debilidade** é a redução da capacidade funcional. **Permanente**, pois a recuperação deve ser incerta e a eventual cessação incalculável. Não precisa ser perpétua. **Membros:** são as partes, os apêndices do corpo, tais como braços e pernas. **Sentidos:** são os mecanismos sensoriais pelos quais percebemos o mundo exterior, tais como o tato, olfato, paladar, visão e audição. **Função:** é a atividade de um órgão ou aparelho do corpo humano, tais como função respiratória, circulatória, ou reprodutora etc.

d) IV - aceleração de parto: É a antecipação do nascimento, a saída do feto vivo, antes do prazo normal. Só é aplicável se o feto nasce com vida, pois, quando ocorre aborto, o agente responde por lesão gravíssima. O agente tem que saber que a mulher está grávida, pois se não sabe será lesão simples.

¹²¹ JESUS, Damásio. *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Ed. Saraiva. 2008

Para todas estas hipóteses, atribui, se ocorrer um destes resultados agravadores, a pena de reclusão de três a dez anos, e multa, de 100 a 200 dias-multa.

No parágrafo 3º do mencionado artigo, também constam hipóteses semelhantes às contidas no § 2º do artigo 129 do Código Penal, ou seja, se da conduta praticada, a vítima resulta em lesões gravíssimas, quais sejam:

a) I - incapacidade permanente para o trabalho: A expressão “trabalho” é admitida no sentido genérico, ou seja, qualquer tipo de labor, uma vez que se refere à palavra “trabalho” sem fazer ressalvas, do mesmo modo que ocorre no artigo 129 § 2º do Código Penal.

b) II - enfermidade incurável: É a transmissão permanente de saúde por processo patológico, a transmissão intencional de uma doença para a qual não existe cura no estágio atual da medicina. A enfermidade também é considerada incurável se a cura somente é possível através de cirurgia, posto que ninguém é obrigado a se submeter a processo cirúrgico.

c) III - perda ou inutilização de membro, sentido ou função: A perda pode ocorrer por mutilação ou por amputação. Na inutilização, o membro ainda, que parcialmente, continua ligado ao corpo da vítima, mas incapacitado de realizar suas atividades.

d) IV - deformidade permanente: É o dano estético, permanente, visível e capaz de provocar impressão vexatória.

e) V – aborto: O evento do aborto deve ser resultado, ao menos, de culpa do agente (conforme Código Penal art. 19). A ignorância do agente quanto à gravidez é erro de tipo que, ao nosso entender, afasta a qualificadora.

Aplica-se assim, se ocorrer um dos resultados gravosos do § 3º do artigo 14, a pena de reclusão de 4 a 12 anos.

Por fim, se da remoção de órgãos, tecidos, efetuado em pessoa viva, resultar a morte desta, o Art. 14, § 4º prevê a aplicação da pena de reclusão de 8 a 20 anos.

Os delitos estão reservados para intervenções em pessoas vivas.

O legislador cria um crime qualificado pelo resultado. É um crime preterdoloso, no qual o resultado agravador ocorre culposamente.

8.2. Comercialização de órgãos

Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano:

Pena- reclusão de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou aufera qualquer vantagem com a transação.

O art. 15 pune o comércio de órgãos, porque que a lei refere-se à doação.

Em análise ao dispositivo, conclui-se que o legislador ordinário pretendeu tornar criminosa a conduta de dispor, para fim de transplante, de parte do corpo humano, sempre que haja envolvido intuito comercial, de lucro.

A Lei nº 9.434/97, facultou-se, apenas, a disposição gratuita, com fins altruísticos e humanitários, livremente consentida e entre pessoas que guardam ligação emocional ou afetiva com o receptor.

Deu-se, assim, cumprimento à disposição inserta no artigo 199, § 4º da CF, que reza: “A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, (...) sendo vedado todo tipo de comercialização”.¹²²

O Sujeito ativo é qualquer pessoa. Nestes termos entende Alaércio Cardoso: “mesmo um órgão de imprensa que promova a venda de órgãos, por exemplo, ou

¹²² CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL. São Paulo: Saraiva. 2009

que anuncia a venda em classificados, mediante obtenção de vantagem, comete o crime”.¹²³

O Sujeito passivo é a sociedade, pois, há um sentimento de solidariedade humana que esta deposita neste ato de transplantação.

O tipo penal transcrito contém dois núcleos, consubstanciados, precisamente, nos verbos “comprar” e “vender”.

Evidentemente, o dispositivo constitucional, ao coibir a comercialização dos órgãos humanos, tornou criminosa a conduta.

Essa norma constitucional é atendida impedindo-se a comercialização de órgãos, através da coibição à venda e ou mesmo à intermediação ou mesmo, considerando-se a transação inválida no contexto extrapenal.

O crime é plurissubjetivo, cometido tanto pelo disponente quanto por quem adquire o órgão, tecido ou parte do corpo a ser transplantado.

O objeto material é o órgão, tecido ou parte a ser transplantado.

O tipo subjetivo é o dolo, consubstanciado na intenção livre e consciente de vender ou comprar órgãos, tecidos ou parte do corpo.

O crime estará consumado com a retirada do órgão, tecido ou parte do corpo do disponente vivo, para a realização de transplante, mediante remuneração em dinheiro.

A pena é de 3 a 8 anos de reclusão.

Quanto à compra efetuada por parentes de pessoas em estado terminal e que só poderão salvar-se com o devido transplante, apesar de continuar a ser uma conduta reprovável, não se pode deixar de levar em conta os motivos que determinaram tal ação, podendo o juiz quando da fixação da pena base pelos critérios do Art. 59, CP.

¹²³ CARDOSO, Alaércio. *op. cit.*

Esta previsão legal é aplicada em relação ao presente diploma não codificado por expressa disposição do Art. 12, CP: “As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”.

8.3. Transplantação de órgãos obtidos de modo ilegal

Art. 16 Realizar transplante ou enxerto utilizando tecidos, órgãos ou partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos desta Lei:

Pena- reclusão, de um a seis anos, e multa, de 150 a 300 dias-multa.

Em análise ao artigo 16, verifica-se que a conduta punível aqui é realizar efetivamente o transplante ou o enxerto.

No que tange ao sujeito ativo, a princípio, parece que esta conduta é normalmente praticada pelo médico, ciente que o órgão a ser transplantado não foi obtido de acordo com a lei.

O médico deve efetivamente saber que o órgão a ser transplantado não foi obtido nos moldes da lei.

Nota-se que este crime é direcionado especialmente a médicos, por serem os únicos profissionais presumidamente capazes de realizar a implantação de órgão ou tecido em um corpo de maneira eficaz.

Desta maneira, o art. 14 visa punir a remoção, enquanto o art. 16 a efetiva implantação, como delito autônomo. Portanto, em conjunto, visam punir o transplante ilegal de órgãos ou tecidos de um cadáver a outra pessoa

O sujeito passivo é a sociedade.

O tipo subjetivo é o dolo direito, não basta pois o dolo eventual, já que a lei diz expressamente que o agente deve ter ciência que órgão a ser transplantado está em desacordo com a lei.

Poderá, todavia, admitir-se a participação de menor importância, na conduta de quem, sem concorrer diretamente para a realização de tal cirurgia de transplante, tendo condições para impedi-la, se omite em evitar sua realização.

Consuma-se o delito no momento em que o transplante é realizado.

Admite-se a tentativa.

A ação penal é pública incondicionada.

8.4. Transporte irregular de órgãos

Art. 17. Recolher, transportar, guardar ou distribuir partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos desta Lei:

Pena- reclusão, de seis meses a dois anos, e multa de 100 a 250 dias-multa.

Trata-se de um desdobramento da modalidade de tráfico ou forma especial de receptação — pune-se o contato com o órgão em termos de transporte, guarda ou distribuição. Pena: reclusão de 6 meses a 2 anos. Não há forma culposa.

É crime de ação múltipla, dispostas através das condutas puníveis: “recolher” (ou seja guardar, arrecadar, dar abrigo), transportar (conduzir, levar de um lugar para o outro); guardar (que significa vigiar, manter) ou distribuir (que significa espalhar, entregar), partes do corpo humano que tem ciência foram obtidos em desacordo pela lei. Na modalidade guardar é crime permanente.

O sujeito ativo é qualquer pessoa que cometa qualquer das condutas supramencionadas e, desde que tenha ciência que os órgãos ou tecidos foram obtidos ilicitamente.

Assim como no artigo anterior, ter ciência da obtenção ilícita de órgãos e ou tecidos é o núcleo do tipo penal. Portanto, todos os caminhos percorridos pelos órgãos, tecidos ou partes do corpo humano desde o doador até o receptor, feitos de maneira irregular, são punidos pela legislação em vigor.

O sujeito passivo deste delito é a sociedade que, como no delito do artigo 14, deposita um sentimento de solidariedade e caridade nesta técnica cirúrgica que, com sua finalidade humanitária, salva vidas.

O tipo subjetivo é o dolo, com a intenção de praticar uma das condutas descritas no artigo. Não se admite forma culposa.

Admite a participação, a co-autoria e a tentativa.

A ação é pública incondicionada.

A pena prevista para este crime é de reclusão de 6 meses a 2 anos e multa de 100 a 250 dias-multa.

8.5. Realização da transplantação sem permissão do receptor

Art. 18. Realizar transplante ou enxerto em desacordo com o disposto no art. 10, desta Lei e seu parágrafo único:

Pena- detenção, de seis meses a dois anos.

Pela primeira vez no Brasil pune-se o atentado ao consentimento como delito autônomo.

Referido artigo incrimina o médico que realiza transplante sem o consentimento do receptor, que deixa de lhe dar as informações devidas, ou ainda que realiza transplante em pessoa juridicamente incapaz, cuja manifestação de vontade esteja comprometida por condições de saúde, sem o consentimento de seus pais. É o que preceitua o artigo 10º e seu parágrafo único desta Lei.

Como já vimos, não basta apenas o consentimento do doador, sendo da mesma forma imprescindível, o consentimento do receptor.

Além disso, o profissional médico deve prestar, de maneira clara, todas as informações adequadas sobre o ato do transplante.

Quanto ao receptor incapaz que, por motivos de saúde não puder expressar sua vontade, seus pais deverão fazê-lo.

Portanto, não verificadas tais exigências, o médico, responderá por este artigo.

O sujeito ativo assim é o médico.

O sujeito passivo deste delito será o receptor, cuja vontade fora desrespeitada, como do receptor incapaz que por razões de saúde, não pôde manifestá-la.

O elemento subjetivo é igualmente o dolo.

Admite-se a tentativa, a co-autoria e a participação, assim como nos outros delitos a ação é publica incondicionada.

A realização do transplante sem consentimento implica em pena de detenção de 6 meses a dois anos.

8.6. Falta de recomposição estética do cadáver do doador ou retardamento na entrega do corpo aos familiares

Art. 19 Deixar de recompor cadáver, devolvendo-lhe aspecto condigno, para sepultamento ou deixar de entregar ou retardar sua entrega aos familiares ou interessados:

Pena- detenção, de seis meses a dois anos.

O bem jurídico protegido é a dignidade do morto e sentimentos da família, sendo então o objeto jurídico do delito em tela é o sentimento de respeito aos mortos.

O presente artigo revela a proximidade entre a tipicidade objetiva aqui enfocada e a dos crimes previstos no Capítulo II, do Título V, da Parte Especial do Código Penal.

O delito tem como elemento normativo a exigência de que o corpo do disponente falecido seja condignamente recomposto.

O sujeito ativo é o médico, sendo pois crime próprio, exige especial condição ou qualificação de exercer a profissão que o torne responsável pela prática das condutas cuja falta é incriminada.

É crime de ação múltipla, sendo que as condutas que se punem são: a) Deixar de recompor condignamente o cadáver; b) Deixar de entregar o cadáver à família ou interessado; c) Retardar a entrega do cadáver à família ou aos interessados.

Em toas as hipóteses, são crimes omissivos próprios.

O artigo 8º da Lei, demonstra total respeito ao direito à dignidade humana do respeito ao sentimento dos familiares e da sociedade em relação aos seus parentes mortos.

Uma vez efetuada a remoção *post mortem* de órgãos, tecidos ou partes do corpo e também efetuada a respectiva recomposição do cadáver, este deve ser imediatamente entregue aos familiares ou interessados, sob pena de incorrer neste delito.

A Lei de Transplante de Órgãos prevê a prática das exéquias, e também opta por uma noção de personalidade humana que se estende após a morte e de que o cadáver como parte dessa, merece proteção e respeito.

Há exceção quando há risco de vida, conforme dispõe o Código Penal, há excludente de antijuridicidade, ou seja, não será considerado crime de constrangimento ilegal, quando o médico e sua equipe intervirem cirurgicamente no paciente, sem o consentimento deste ou seu representante se, no momento, havia um iminente perigo de vida (art. 146, §3º, CP).

O elemento subjetivo é o dolo e a ação é pública incondicionada.

A pena prevista para este artigo é de 6 meses a 2 anos.

8.7. Publicação de anúncio ou apelo público em desacordo com o disposto no artigo 11 da Lei nº 9.434/97

Art. 20. Publicar anúncio ou apelo público em desacordo com o disposto no art. 11:

Pena- multa, de 100 a 200 dias-multa.

Quanto ao art. 20 este artigo pune aquele que publica o apelo ou anúncio. Pune o que faz publicar e prevê sanção administrativa a empresa que publicou.

A Lei nº 9.434/97, em seu artigo 11º coíbe qualquer veiculação, nos meios de comunicação, de publicidade sobre hospitais que realizem transplantes. Coíbe ainda quem faça apelo público para que se doem órgãos, à pessoa determinada ou não, ou apelo público para arrecadação de fundos para viabilizar transplantes de particular, prática corriqueira na sociedade que quer ajudar.

Portanto, tais estabelecimentos não podem divulgar, através de rádios, jornais, televisão etc, ou seja, não podem fazer propagandas de suas atividades objetivando angariar clientela.

A Lei de Transplantes coíbe qualquer prática comercial em torno dos transplantes, visando resguardar o direito a igualdade de tratamento no campo da saúde.

Mencionada Lei propugna ainda resguardar o cidadão de prática de arrecadação sedimentada em estelionato, ou seja, o cidadão comovido com apelo público contribui para uma campanha fictícia.

A única publicidade que é admitida em relação aos transplantes é a efetuada por iniciativa dos órgãos estatais, como o Ministério da Saúde e Sistema Único de

Saúde. Essa publicidade, tem como escopo deflagrar campanhas de esclarecimento público e de estímulo à doação de órgãos (art. 11, par. único).

O sujeito ativo é o responsável pelo meio de comunicação que realiza a propaganda, também a pessoa que solicitar o apelo através dos meios de comunicação.

Em todas as modalidades de condutas descritas neste artigo, o sujeito passivo será a sociedade.

A tentativa é admissível, uma vez que a consumação do delito ocorre com a divulgação e para que esta se realize são necessários vários atos preparatórios.

O elemento subjetivo é o dolo e a ação é publica incondicionada.

A pena prevista para este delito é apenas pecuniária, qual seja multa, de 100 a 200 dias-multa.

CAPÍTULO 9 – O ARTIGO 211 DO CÓDIGO PENAL E O *CAPUT* DO ARTIGO 14 DA LEI Nº 9.434/97

O objetivo neste tópico é fazer um comparativo entre as condutas previstas no artigo 211 do Código Penal, com o artigo 14 da Lei nº 9.434/97.

Vemos que no artigo 211 do Código Penal, há a incriminação pela prática de destruição, subtração ou ocultação de cadáver ou parte dele, cominando a referida conduta ilícita a pena privativa de liberdade na modalidade de reclusão, de 1 (um) a 3 (anos), cumulada com a multa.

O bem jurídico tutelado no artigo 211 do CP é o sentimento de respeito aos mortos, sendo o sujeito ativo qualquer pessoa.

Já o sujeito passivo são os parentes e amigos do morto.

Neste sentido entende Cezar Roberto Bitencourt:

Na verdade, a definição de quem pode ser sujeito passivo desse crime deve estar intimamente vinculada ao bem jurídico tutelado, e, na medida em que se admite que esse bem jurídico é o sentimento dos parentes e amigos do morto e não o próprio de *cujus*, sujeitos passivos diretos só podem ser os parentes e amigos.¹²⁴

O tipo objetivo do referido artigo vem disposto através das condutas *destruir* (fazer desaparecer); *subtrair* (retirar do local em que se encontra sob vigilância de alguém) ou *ocultar* (esconder temporariamente, somente podendo ocorrer antes do sepultamento) cadáver ou parte dele.

O cadáver, é o corpo do ser humano sem vida, conquanto preserve tal aparência. Até mesmo o natimorto e o feto após seis meses de gestação são assim considerados.

O esqueleto, a múmia, nem as cinzas do *de cujus* são considerados cadáver.

¹²⁴ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado do Direito Penal*. vol 3. São Paulo: Ed Saraiva. 2008

A lei menciona ainda "parte dele", ou seja, à parte destacada do corpo humano sem vida.

Não estará configurado o delito a prática de qualquer das figuras típicas em relação a partes do corpo, se este estiver com vida, ou seja amputadas.

Já o artigo 14, *caput*, prevê: "Remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições desta lei: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa, de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa".

Sob o ponto de vista objetivo, pode-se facilmente verificar que são bastante assemelhadas as condutas previstas nos dois dispositivos.

Há certa relação entre o artigo 14 da Lei nº 9.434/97 e o artigo 211 do Código Penal. O que diferencia é a intenção do agente.

Se o criminoso visa comercializar os órgãos ou dar qualquer outra destinação correlacionada com o tema regulado por esta lei especial, como, por exemplo, transplante para favorecer um parente próximo, sua atitude exteriorizada estará subsumida à norma do Art. 14 da lei nº 9.434/97.

Quando referida lei menciona "em desacordo com as disposições desta Lei", refere-se ao fim comercial, à falta de autorização dos familiares do *de cujus*, e ainda ao consentimento do receptor ou à não identificação do cadáver.

A configuração do crime se dá com o desrespeito a estas exigências, podendo-se considerar a finalidade comercial, ou seja o intuito de lucro como elemento subjetivo do tipo.

O artigo 211 do Código Penal, por sua vez, prevê que a intenção do agente não é esta, mas sim, o fim especial de destruir o cadáver, seja por vingança ou qualquer outro motivo.

O tipo penal ora mencionado tem o elemento subjetivo direcionado para o dolo genérico, consistente em praticar ação que constitui a materialidade do delito, sendo irrelevante o fim pretendido pelo agente.

Por outro lado, mesmo descrevendo verbos típicos diversos, entende-se que a remoção do órgão previsto na lei especial, tem finalidade específica, de desatender as exigências contidas na Lei nº 9.434/97.

CAPÍTULO 10 – PROJETO LEI Nº 251/04, PARA NOVO ENQUADRAMENTO LEGAL

Atualmente a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) examina projeto do senador Rodolpho Tourinho (PFL-BA) que define como crime a conduta de quem alicia, induz, oferece ou promete vantagem ou recompensa para que alguém se submeta à retirada de um órgão do próprio corpo.

Referido projeto nº PLS 251/04 altera a Lei nº 9.434/1997, na qual se estabelecem regras sobre a remoção de órgãos para transplante.

O objetivo da alteração sugerida é de incriminar a conduta do persuasor, independentemente do resultado por ele pretendido, que é indispensável para a consumação do delito. A associação criminosa depende do sucesso da persuasão, o que justifica sua tipificação como crime justifica o senador.

Rodolpho Tourinho propõe em seu projeto que o responsável pela persuasão para retirada de órgãos seja incurso na mesma pena aplicada a quem compra ou vende tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, ou seja reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa.

Prevê ainda, referido projeto, causa de aumento de pena, quando o produto do crime de comércio de órgãos e tecidos for destinado ao tráfico internacional, sugerindo que a pena seja aumentada em um terço.

O autor do projeto considera a iniciativa importante para coibir a ação de quadrilhas internacionais como a que vinha atuando em Pernambuco, segundo reportagem divulgada pela imprensa.

CAPÍTULO 11 – SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

Art. 21. No caso 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.

§ 1º 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.

§ 2º 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.

Art. 22. As instituições que deixarem de manter em arquivo relatórios dos transplantes realizados, conforme o disposto no art. 3º, § 1º, ou que não enviarem os relatórios mencionados no art. 3º, § 2º, ao órgão de gestão estadual do Sistema Único de Saúde, estão sujeitas a multa, de 100 a 200 dias-multa.

*§ 1º Incorre na mesma pena o estabelecimento de saúde que deixar de fazer as notificações previstas no art. 13 desta Lei ou proibir, dificultar ou atrasar as hipóteses definidas em seu parágrafo único. **(Redação dada pela Lei nº 11.521, de 2007)***

§ 2º Em caso de reincidência, além de multa, o órgão de gestão estadual do Sistema Único de Saúde poderá determinar a desautorização temporária ou permanente da instituição.

Os artigos 21 e 22 estabelecem sanções administrativas ao estabelecimento de saúde e as equipes médicas e cirúrgicas envolvidas poderão ser desautorizadas temporária ou permanentemente ao funcionamento, incidindo ainda multa, que deve ser estabelecida de acordo com as circunstâncias do fato e o potencial econômico do ofensor.

O art. 23 estabelece que se sujeita às penas do art. 59 da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, a empresa de comunicação social que veicular anúncio em

desacordo com o disposto no art. 11. Este artigo aplica sanção administrativa à empresa de comunicação.

CONSIDERAÇÕES GERAIS À GUIA DE CONCLUSÃO

A necessidade de uma vida humana de melhor qualidade, voltada para os direitos fundamentais, vem impulsionando a medicina a um avanço para o desenvolvimento.

Tentou-se aqui demonstrar através destes conceitos e aspectos históricos que a evolução acerca do tema ocorreu, embora tardiamente, de maneira rápida e eficaz.

Atualmente muitas pesquisas científicas estão ocorrendo, deparando com a cura para as mais variadas doenças. Os avanços da tecnologia no campo da bioética, tem como um dos seus resultados mais notáveis a técnica de transplantes de órgãos.

No entanto, temos que a necessária observância dos ditames éticos e jurídicos é indispensável para a satisfação da técnica empregada.

A morte sempre foi e continua sendo um mistério para o ser humano, já que a ciência, neste tocante, não oferece ainda resposta segura, apontando os pressupostos do conhecimento, identificando-os em inúmeras possibilidades.

O respeito aos princípios fundamentais, especialmente o princípio da dignidade humana pontuou o presente trabalho, tendo como base concreta a morte como fator indispensável para que ocorram os transplantes de órgãos vitais.

O presente estudo tratou, como problema principal, fazer uma análise dos princípios constitucionais e tipos penais relativos à Lei de Transplante de Órgãos .

Efetou-se uma análise da vida humana para o possível consentimento ou eventual recusa na doação de órgãos dos familiares falecidos para a concretização do direito à saúde e à qualidade de vida digna dos receptores, na busca por uma justiça social em termos de cidadania.

Vimos que a consciência da morte foi tendo modificação no avançar do tempo, desde a Antigüidade, na qual o morto fazia parte da sociedade dos

mortos, passando para a Idade Média, e ainda sua evolução no período da Modernidade, na qual os avanços tecnológicos mudaram a concepção de morte, para uma morte afastada da família. Surgiu então a visão da morte como o fracasso da Medicina diante do enorme poder que a tecnologia lhe confere.

Verificou-se que, não há pensamento uníssono nos critérios de morte, em razão das divergências científicas e legais sobre o assunto e entendeu-se que a problemática relativa ao fim da vida é de extrema importância, devendo pois ser apreendida sob o ponto de vista do Direito e da Ética.

A problemática enfocada neste estudo, além da questão dos tipos penais, foi desenvolvida relacionando-se com a situação dos receptores de órgãos e a imensa lista de espera para transplantes de órgãos e a não concretização do tratamento pela falta de órgãos para serem transplantados, enfocando ainda no consentimento dos familiares para doar.

Algumas questões serviram de base para o estudo, tais como a evolução gradativa dos conceitos de morte, desde os primórdios até as definições de morte clínica para depois chegar-se à morte encefálica.

Vimos que referido caminho somente foi possível de ser percorrido devido aos avanços da tecnologia, mudando também os aspectos normativos que lhe forneciam suporte e as estruturas públicas de saúde que os concretizavam.

A Constituição Federal de 1988, esclarece que o Conselho Federal de Medicina - CFM, que materializou a Resolução nº 1.480/97 é o órgão competente para determinação do critério de morte a ser usado no país, equiparando a morte encefálica ao conceito forense de morte, definida como parada irreversível das funções encefálicas.

A Resolução nº 1.480/97 determina um período de seis horas entre os testes clínicos para possibilidade de remoção de órgãos para transplantes.

O presente estudo também enfocou os momentos finais da vida humana, entre a aceitação da morte encefálica do familiar e a decisão de doar seus órgãos, interpelados pelas equipes hospitalares de captação de órgãos e tecidos, que devem atuar de acordo com todas as normatizações previstas pela Lei nº

9434/97, Lei nº 10.21/2001 e a Resolução nº 1.480/97.

Constatamos que a perspectiva jurídica brasileira acompanhou os diferentes critérios definidores de morte, pois desde o primeiro diploma legal, a lei 4280/1963, que regulou a extirpação de órgãos e tecidos somente das pessoas falecidas, rapidamente tornou-se incompatível com o aperfeiçoamento vertiginoso das técnicas médicas.

O desafio de se formar um modelo legislativo que aumentasse a liberdade de disposição corporal sem ferir os direitos assegurados pela Carta Magna, resultou na lei nº 9.434/97, tornando todo cidadão brasileiro um doador presumido, salvo manifestação em contrário. Mencionada lei estabeleceu assim o consentimento presumido resolvendo o problema da escassez de órgãos para transplantes, já que o artigo 4º previa autorização presumida para doação *pós-mortem*.

Inúmeras oposições surgiram, já que referida lei introduziu um sinal nos documentos de identificação como não doadores, passível de segregação, atentando contra a intimidade da vida privada. Apesar da intenção do legislador em facilitar a obtenção de órgãos, este gerou discussões sobre constitucionalidade do ato, de modo que houve mudança na lei para admissão do consentimento informado e após muitas reedições das Medidas Provisórias, foi convertida na Lei nº 10.211/2001, alterando os requisitos da doação em vida e exigindo gratuidade, capacidade, necessidade terapêutica, duplicidade de órgãos e benefício da técnica para cônjuge ou parente até quarto grau.

Verificou-se que, hoje, a sociedade teme sobre a elaboração pelos médicos do diagnóstico da morte encefálica, já que, com as informações obtidas pela mídia, constatou-se que não há regras claras e unânimes no mundo científico.

A Resolução nº 1.480/97 apresenta critérios diferentes das normas constantes outros países, tais como o limite de idade para remoção de órgãos e o tempo de espera, tornando evidentes as incertezas da ciência.

Vislumbrou-se que o Brasil possui um sistema nacional de transplantes

vinculado ao Ministério da Saúde, órgão bastante eficaz na captação e realização de transplante de órgãos.

Demos destaque ao fato que o sucesso dos transplantes depende da rápida constatação da morte encefálica e na rápida remoção e distribuição dos órgãos doados e, portanto, o consentimento deve ser obtido tão logo se esgote o prazo de 6 horas para os testes comprobatórios, devendo o médico constatar antes a morte encefálica.

Neste momento, a pesquisa confrontou os princípios bioéticos e constitucionais os sujeitos envolvidos na questão do transplante: doadores, receptores, havendo entre estes um sistema normativo para garantir a eficácia da operação. Após a análise do panorama geral, relativo à morte como fator indispensável para a política de transplantes de órgãos e de seus fatores legais e culturais, chegou-se à relação entre os princípios bioéticos e os constitucionais para articular uma compreensão integradora de cidadania.

Foi possível constatar que os princípios constitucionais de dignidade, do direito à vida, da integridade física, da saúde etc, apresentam uma perspectiva bioética e são imprescindíveis para a implementação das políticas públicas da saúde, em especial a dos transplantes.

Estes princípios têm amparo essencial na dignidade humana como reitor do Estado Democrático de Direito, assumidos em duas vertentes, como valor e norma e que são perseguidos como trajeto da hermenêutica jurídica e como norma-princípio na materialidade do direito à saúde, sob o âmbito de justiça distributiva e da beneficência.

O Estado deve priorizar e estender para todas as tecnologias em saúde, a segurança da obtenção dos medicamentos mantenedores dos transplantes.

Deve ainda oferecer um apoio jurídico aos receptores em listas de espera nas suas comunidades através de informações seguras ou até mesmo por via da informática.

Necessitamos ainda repensar, através dos legisladores, doutrinadores e profissionais da saúde com a participação de representantes dos receptores em listas de espera e da consulta à sociedade, o anonimato e a gratuidade para configurar a doação como acontece em alguns países.

A qualificação dos serviços de imprensa para divulgação de notícias referentes à necessidade e à importância da doação *pós-mortem* para concretização do tratamento de transplantes também se faz primordial.

Foi abordado ainda a questão dos anencéfalos e do transplante de órgãos.

A nova Resolução, nº 1.752/04 do Conselho Federal de Medicina, autoriza o uso de órgãos e/ou tecidos de anencéfalos para transplante, mediante autorização prévia dos pais.

A decisão do Conselho considerando natimortos os bebês sem cérebro veio para facilitar a doação de órgãos.

Esta decisão tomada pelo Conselho Federal de Medicina tomou decisão considerada inédita no mundo, pois para que estes órgãos sejam aproveitados, é preciso assegurar a gestação completa da criança.

A decisão estimula as mães a preservarem a gestação dos filhos mesmo quando identificarem a anencefalia. Em vez de solicitar a antecipação do parto, a mãe poderá ter a segurança de gerar uma criança para salvar outras vidas e antes não era possível porque os médicos não podiam fazer o transplante.

Valoriza-se, nestes casos, a decisão dos pais.

Percebemos então que a vinda desta resolução a respeito dos bebês portadores de anencefalia, foi excelente, porém, não há como se concordar com o fato que esta inovação poderá impedir a vontade mais emergente sobre o assunto em questão, que é a possibilidade da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, desde que sendo autorizado pela mãe.

No que tange a esfera penal, é necessário haver reformulação do art. 16 da Lei dos Transplantes, pois verificamos que na atual legislação há o risco do

desperdício de órgãos, enquanto a fila de espera de transplantes não pára de crescer.

Todavia, apesar de todo “avanço” legislativo, ainda é preciso fiscalizar com maior precisão os centros hospitalares carentes de recursos onde a equipe que atesta a morte encefálica é muitas vezes a mesma que faz o transplante.

Facilmente é visto em jornais, órgãos ou tecidos sendo oferecidos à venda por meio de classificados como se fossem realmente “*res in commercium*”.

O crime e a punição, na prática, são secundários, haja vista que são resultados quase nunca alcançados, ou seja, raramente um sujeito é punido pelo comércio de órgãos, pois é de extrema dificuldade conhecer quem, na verdade, cometeu ou auxiliou o cometimento de tal conduta.

Quanto aos demais delitos estabelecidos pela Lei nº 9.434/97, em seus artigos 14, 17, 18, 19 e 20, sugerimos uma reforma ou uma alteração mesmo que parcial.

Ocorre que nesses delitos o médico ou a equipe médica pode sempre se valer de excludentes de ilicitude e também por não preceituarem condutas diversas das do Código Penal Brasileiro ou ainda, por suas condutas estarem contrárias apenas ao Decreto ou ao Código de Ética Médica e não à Lei.

O artigo 15 está bem disposto, pois não há no Código Penal norma parecida e também por tentar punir a comercialização de órgãos que é um tema atual que fere a moralidade e a opinião pública.

Ressalta-se, entretanto, que o preceito legal está bem situado e redigido o que não significa ser uma norma satisfativa e de eficaz aplicabilidade.

Por outro lado, há que se concordar que o artigo 15, merecia as alterações sugeridas no PLS 251/04, ainda em aprovação.

Como vimos durante o nosso estudo, o artigo 14 é uma norma penal em branco que exige complementação na própria legislação especial, além, de ser de

difícil elucidação pelo fato de englobar todas as condutas possíveis estabelecidas na Lei.

Insta salientar que o tema em pauta, Transplante de Órgãos e Tecidos, deve ser visto como algo inovador, capaz de salvar inúmeras vidas, mas que, como em qualquer ato humano e justamente por ser ato humano, deve-se ter uma legislação punitiva contra àqueles que agirem de maneira diversa.

Por fim, seria necessária uma legislação mais adequada e fiscalizatória que, além de punir, incentivasse e obrigasse a realização de campanhas pró doação, para, talvez, acabar ou pelo menos diminuir o medo da população.

Uma conduta seria cabível e mereceria resposta penal, qual seja configurar como crime a conduta do médico que, dolosamente não informar a tempo a constatação da morte encefálica aos órgãos competentes. Referida conduta também poderia ser punida na forma culposa, daquele que negligentemente não efetuasse a informação .

Conclui-se com o presente trabalho, que o tema abordado ainda é de difícil acesso e entendimento, haja vista que até mesmo os legisladores pecaram por punir demais em determinadas condutas, mas esqueceram a punição em outras condutas de tamanha relevância. É sabido que, nem sempre a força punitiva do Estado resolve conflitos, mas na maioria das vezes, seria de melhor adequação uma fiscalização do Estado e a previsão correta de normas penais, afastando condutas que, apesar de estarem atualmente tipificadas, na verdade, não punem ninguém.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALIANÇA BRASILEIRA PELA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS E TECIDOS. *Saúde cria brigadas para buscar doadores de sangue*. Pelotas: 2007. Disponível em <<http://www.adote.org.br/noticias/09-2007>>. Acesso em 27.05.2007

ALMEIDA JUNIOR, Antonio Ferreira. *Elementos de Anatomia e Fisiologia Humanas*. in. LIMA, Madalena. *Transplante de órgãos: relevância Jurídico Penal*. Coimbra, Portugal: Editora Almedina. 1996.

AMOS, Augusto Cesar. *Remoção de Órgãos: Um Ensaio Sobre a Lei nº 9.437/97*. Disponível em <<http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1846>>. Acesso em 22.02.2007

ARIÈS, Philippe. *História da morte no ocidente: da Idade Média aos nossos dias*. Tradução Priscila V. de Siqueira. Rio Janeiro: Ediouro. 2003

ARGENTINA. Lei nº 24.193/93. Disposição sobre o transplante de órgãos. Disponível em <<http://www.ramosmejia.org.ar/downloads/leyes/trasplantes.doc>>. Acesso em 27.01.2009

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Tradução Mário da Gama Kury. Brasília: Editora da Universidade de Brasília. 1992

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS. *Dados sobre número de transplantes de órgãos*. Disponível em <<http://www.abto.org.br>>. Acesso em 27.05.2007

BALDIJÃO, Carlos Eduardo. *A Lei dos Transplantes de Órgãos*. Disponível em <<http://www.pt.org.br/assessor/mp1718.htm>>. Acesso em 18.02.2005

BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá. *Consentimento no transplante de órgãos: à luz da lei nº 9.434/97 com alterações posteriores*. Curitiba: Juruá. 2001

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Vida humana e ciencia: Complexidade do estatuto epistemológico da bioética e do biodireito*. in: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004

BARROS, Marco Antonio de. “*Abalos à dignidade do Direito Penal*”. Revista dos Tribunais 747/489

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*. vol. 7. São Paulo: RT. 2002

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

BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de ética jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2004

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado do Direito Penal*. vol. 3. São Paulo: Ed Saraiva. 2008

BOBBIO, Norberto. *El filósofo y La política – antologia (los derechos humanos hoy em dia)*. México: Ed Fondo de Cultura Econômica. 1997

BRASÍLIA. Decreto nº 2.268 de 30 de junho de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano e sua aplicação em transplantes, enxertos ou outra finalidade terapêutica. Disponível em <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 30.10.2007

_____. Lei nº 8.489 de 18 de novembro de 1992. Dispõe sobre o transplante e órgãos entre não-parentes. Disponível em <<http://www.senado.gov>>. Acesso em 15.08.08

_____. Lei nº 10.211, de 23 de março de 2001. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Disponível em <<http://www.saúde.gov.br>>. Acesso em 15.08.08

_____. Lei nº 4.280/63. Dispõe sobre a retirada das córneas de corpos moribundos. Acesso ao site <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 15.08.08

_____. Lei nº 4.579. Brasília. Acesso ao site www.senado.gov.br. Acesso em 15.08.08

_____. Lei 9.434/97. Transplante de órgãos. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 15.11.2008

_____. Lei ordinária nº 8.501 de 30 de novembro de 1992. Dispõe sobre a utilização de cadáver não reclamado, para fins de estudos ou pesquisas científicas. <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 15.08.08

_____. Medida provisória nº 1.718, de 6 de outubro de 1998. Dispõe sobre o fato de pai, mãe, filho ou cônjuges se mostrarem a favor da doação na ausência de manifestação pelo doador. Disponível em <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 15.08.08

_____. Portaria nº 1.262 de 16 de junho de 2006, do Ministério de Estado da Saúde. Aprova o Regulamento Técnico para estabelecer as atribuições, deveres e indicadores de eficiência e do potencial de doação de órgãos e tecidos relativos às Comissões Intra-hospitalares de Doação de Órgãos e Tecidos para Transplante. Disponível em <<http://www.saude.gov.br>>. Acesso em 15.08.08

_____. Resolução CFM nº 1.346/91. Regulamentação do diagnóstico de morte encefálica. Disponível em <<http://www.portalmedico.org.br>>. Acesso em 16.08.08.

_____. Resolução CFM nº 1.480/1997. Dispõe sobre a constatação e documentação de morte encefálica e retirada de órgãos. Brasília. Disponível em <<http://www.portalmedico.org.br>>. Acesso em 16.08.08

_____. Resolução CFM nº 1.805/2006. Brasília. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br>. Acesso em 16.08.08

CAMPOS JÚNIOR, Waldir Sebastião de Nuevo. *Morte: realidade ou ficção jurídica?* São Paulo: Publicação Oficial do Instituto de Ensino e Pesquisa Albert Einstein. vol. 2, nº 1. jan./mar. 2004

CANOTILHO, J. J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4ª ed. Coimbra: Almedina. 2000

CARDOSO, Alaércio. *Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes*. Belo Horizonte: Del Rey. 2002

CASTRO, Leonardo de. *Transplantes: altruísmo e reciprocidade*. in: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Org). *Bioética, poder e injustiça*. São Paulo: Loyola. 2004

CHAVES, Antonio. *Direito à Vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplante*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Trbunais 1994

CLOTET, Joaquim; FRANCISCONI, Carlos Fernando; GOLDIM, José Roberto. *Consentimento informado e a sua prática na assistência e pesquisa no Brasil*. Porto Alegre: EDIPUCRS. 2000

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 16. ed. São Paulo: Saraiva. 2009

CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. São Paulo: Ed Saraiva. 2009

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Coleção Saraiva de legislação. São Paulo: Saraiva, 2009

CUNHA, Jorge Teixeira. *Bioética breve: apelação*. Portugal: Paulus. 2002

D'AVILA, Roberto. *Juiz obriga médicos a prolongar a vida de doentes terminais*. Belo Horizonte: CRMMG, 2007. Disponível em <<http://www.crmmg.org.br>>. Acesso em 17.10.2008

D'URSO, Luiz Flávio Borges. *"A Estatização e o Confisco do Corpo Humano Inanimado"*. Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel. nº 3. p.33-34. março de 1998

DAAR, A.S.; MARSCHALL. *Cultura y psicologia en el transplante de órganos*. México: Foro Mundial de la Salud. vol. 19, nº 2. 1998

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português: Parte Geral*. vol. 2. Lisboa: Aequitas. 1993

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal - Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense. 2001

ESPANHA. Decreto Real nº 41.196. Disponível em <<http://www.san.gva.es>>. Acesso em 28.01.2009

FABRIZ, Daury César. *Bioética e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Mandamentos. 2003

FARIA, Maria do Carmo Bettencourt de. *Direito e ética*. São Paulo: Paulus. 2007

FARIAS, Cristiano Chaves. *Por uma função social da pena*. Artigo disponível em <www.facs.br/revistajuridica>. Acesso em 27.11.08

FAUS, José I. Gonzalez. *Direitos humanos, deveres meus*. São Paulo: Paulus. 1998

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3ª ed. São Paulo: Atlas. 2001

FIÚZA, Ricardo. *Novo código civil comentado*. São Paulo: Saraiva. 2004

FORTES, Paulo Antonio de Carvalho. *Dilemas éticos na alocação de recursos em Saúde*. in: PALACIOS, Marisa; MARTINS, André; PEGORARO, Olinto. *Ética, ciência e saúde*. São Paulo: Vozes, 2002

FRANÇA, Genival Veloso. *Medicina Legal*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan. 1991

FRANÇA, R. Limongi. “O Conceito de Morte, Diante do direito ao transplante e do direito hereditário”. *Revista dos Tribunais* 717/67

FREIRE DE SÁ, Fátima. *Biodireito e Direito ao Próprio Corpo*. Belo Horizonte: Ed Del Rey. 2003

_____. *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey. 2002

_____. *Direito de morrer*. Belo Horizonte: Del Rey. 2005

GAFO, Javier (ed). *Transplantes de órganos: problemas técnicos, éticos y legales*. Madrid: Ediciones Gráficas Ortega, 1996

GEDIEL, José Antonio Peres. *Os transplantes e a invenção moderna do corpo*. Curitiba: Moinho do Verbo. 2000

_____. *Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano*. in: FACHIN (coord). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar. 1998

GOLDIM, José Roberto. *Ética aplicada aos transplantes de Órgãos*. Disponível em < <http://www.ufrgs.br/bioetica/transau.htm>>. Acesso em 17.11.08

GOMES, Helio. *Medicina Legal*. 33ª ed. [s.l] Ed. Freitas Bastos. 2003

GRACIA, Diego. *Historia del transplante de organos*. in: GAFO, Javier. *Transplante de órganos: problemas técnicos, éticos y legales*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 1996

HODELIN TABLADA, Ricardo. *Muerte encefálica y transplante de organos*. Santiago de Cuba: Oriente. 2004

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. *Dignidade humana, princípio constitucional*. Curitiba: Juruá. 2006

JESUS, Damásio. *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Ed Saraiva. 2008

JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Unisinos. 2005

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70. 1995

KOTOW, Miguel. *Participación informada em clínica e investigación biomédica: las múltiples facetas de la decisión y el consentimiento informados*. Bogotá: UNESCO. 2007

LAMB, David. *Transplantes de órgãos e ética*. Tradução Jorge Curbelo. São Paulo: Hucitec. 2000

LEITE, Rita de Cássia Curvo. *Transplantes de órgãos e Tecidos e os direitos da personalidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2000

LIMA, Maria Madalena. *Transplante de Órgãos: Relevância Jurídico Penal*. Coimbra, Portugal: Editora Almedina. 1996

LIONGO, Márcia Helena Caprara. *“As Representações da Morte no Meio Ambiente Cultural e sua influência na efetivação dos Transplantes de Órgãos: por uma justiça social em Termos de Cidadania”*. Leitura de dissertação. 2008

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Transplantes de órgãos*. ano 2. nº 23. Janeiro de 1998. Teresina: Site de informações jurídicas Jus Navigandi. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1847>>. Acesso em 22.12.2008

MARANHÃO, Odon Ramos. *Curso Básico de Medicina Legal*, 3ª ed. São Paulo: RT. 1988

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *A pena Capital e o Direito à vida*. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2000

MARREY NETO, José Adriano. *Transplantes – Considerações sobre a Lei nº 5.479/68 (Aspectos éticos, jurídicos e médico-legais)*. São Paulo: Revista dos Tribunais nº 578, dezembro de 1983

MARTIN, Leonard M. *Os direitos humanos nos códigos de medicina*. São Paulo: Loyola. 2002

MARTINS, Antônio Carvalho. *A colheita de órgãos e tecidos nos cadáveres: responsabilidade criminal nas intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos (o artigo 150º do Código Penal)*. Coimbra: Coimbra Editora. 1986

MENDES, Antônio Carlos; SILVA, José de Vasconcelos; DALLARI, Sueli Gandolfi. *Nos Parlamentos: Doação presumida de órgãos e tecidos*. São Paulo: Revista de Bioética. vol. 05. 1997

MICHAELLIS. *Dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo. 2008

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas. 2004

MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003

NUVOLONE, Pietro. JTACRSP 32/11 e Justitita 66/70.

OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino. *Tipificação da subtração de órgãos humanos*. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 14.11.2008

OLIVEIRA, Moacyr. *A questão médico-jurídica dos transplantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais nº 389, março de 1968

OLIVEIRA, William Terra. "*Lei nº 9.434/97: Os Transplantes e a Polêmica Sobre Seus Aspectos Constitucionais e Penais*", *in*: Boletim IBCCRIM nº 52, março de 1997

PEGORARO, Olinto. *Ética e bioética: da subsistência à existência*. Petrópolis: Vozes. 2002

PIERANGELLI, José Henrique. *O consentimento do ofendido*. São Paulo: RT. 2001

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva. 2007

PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. vol. I. 2ª ed. São Paulo: RT. 2001

PRIMEIRA TRAQUÉIA FEITA COM CÉLULAS-TRONCO DO PACIENTE É USADA EM TRANSPLANTE. Disponível em <<http://www.globo.com>>. Acesso em 17.11.2008

REALE JR, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva. 2003

REVISTA VEJA. São Paulo: Editora Abril. Edição 03 de setembro de 2008.

ROCHA, Maria Isabel de Matos. "*Transplantes de Órgãos Entre Vivos: As Mazelas da Nova Lei*". *in*: Revista dos Tribunais nº 742

ROURE, Denise. "*Doação Presumida de Órgãos Humanos - Prós e Contras de Uma Lei Polêmica*". Disponível em <http://campus.fortunecity.com/clemson/493/jus/m02-003.htm>>. Acesso em 18.02.2005

SANCHES, Mario Antonio. *Bioética, ciência e transcendência*. São Paulo: Loyola. 2004

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

_____. *O equilíbrio do pêndulo: a bioética e a lei*. São Paulo: Ícone. 1998

_____. *Transplante de órgãos e eutanásia: liberdade e responsabilidade*. São Paulo: Saraiva. 1992

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007

SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética I – Fundamentos e Ética Biomédica*. Tradução Orlando Soares Moreira. São Paulo: Edições Loyola. 1996

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros. 2002

SILVA, Rodrigo Pessoa Pereira. *Doação de órgãos: uma análise dos aspectos legais e sociais*. *in*: FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. Biodireito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte: Del Rey. 2002

SOUZA, Armando Tavares. *Curso de História da Medicina*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1996

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003

TODOLI, José. *Ética dos transplantes*. São Paulo: Herder. 1968

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva. 1994

VANRELL, Jorge Paulete. *Manual de Medicina Legal – Tanatologia*. Ed. de Direito. 2004

VARGA, Andrew C. *Problemas de bioética*. Tradução Pe. Guido E. Wenzel. São Leopoldo: Unisinos. 2001

VIEIRA, Liliane dos Santos. *Disposições do corpo humano*. vol 2. Brasília: Revista do Curso de Direito. 2001

ANEXOS

ANEXO A – Lei nº 4.280 de 6 de novembro de 1963***Dispõe sobre a extirpação de órgão ou tecido de pessoa falecida***

Faço saber que o Congresso Nacional decretou, o Presidente da República sancionou, nos termos do § 2º do art. 70 da Constituição Federal, e eu Auro Moura Andrade, Presidente do Senado Federal, promulgo, de acordo com o disposto no § 4º do mesmo artigo, da Constituição, a seguinte lei:

Art. 1º É permitida a extirpação de partes de cadáver, para fins de transplante, desde que o de cujus tenha deixado autorização escrita ou que não haja oposição por parte do cônjuge ou dos parentes até o segundo grau, ou de corporações religiosas ou civis responsáveis pelo destino dos despojos.

Parágrafo Único. Feito o levantamento do órgão ou tecido destinado à transplantação, o cadáver será devida, cuidadosa e condignamente recomposto.

Art. 2º A extirpação de outras partes do cadáver que não sejam a córnea deverá, ser especificada no regulamento da execução desta lei baixada pelo Chefe do Poder Executivo e referendo pelo Ministro da Saúde.

Art. 3º Para que se realize qualquer extirpação de órgão ou parte do cadáver, é mister que esteja provada de maneira cabal a morte atestada pelo diretor do hospital onde se deu o óbito ou por seus substitutos legais.

Art. 4º A extirpação para finalidade terapêutica autorizada nesta lei só poderá ser realizada em Instituto Universitário ou em Hospital reconhecido como idôneo pelo Ministro da Saúde ou pelos Secretários da Saúde, com aprovação dos Governadores dos Estados ou Territórios ou de Prefeito do Distrito Federal.

Art. 5º Os Diretores das instituições hospitalares ou Institutos Universitários onde se realizem as extirpações de órgãos ou tecido de cadáver com finalidade terapêutica remeterão, ao fim de cada ano ao Departamento Nacional de Saúde Pública, as relatórios dos atos cirúrgicos relativos a essas extirpações, bem como os resultados dessas operações.

Art. 6º A doação da parte orgânica a extirpar só poderá ser feita a pessoa determinada ou a instituição idônea, aprovada e reconhecida pelo Secretário da Saúde do Estado e pelo Governador ou Prefeito do Distrito Federal.

Art. 7º Os Diretores de Institutos Universitários e dos Hospitais devem comunicar ao Diretor da Saúde Pública, semanalmente, quais os enfermos que espontaneamente se propuseram a fazer as doações post recortem, de seus tecidos ou órgãos, com destino a transplante, e o nome das instituições, ou pessoas contempladas.

Art. 8º A extirpação deve ser efetuada de preferência pelo facultativo encarregado do transplante e quando possível na presença dos médicos que atestaram o óbito.

Só é permitida uma extirpação em cada cadáver, devendo evitar-se mutilações ou dissecações não absolutamente necessárias.

Art. 9º As despesas com a extirpação ou o transplante, fixadas em cada caso pelo Diretor da Saúde Pública, serão custeados pelo interessado, ou pelo Ministério da Saúde, quando o recebedor do enxêrto fôr reconhecidamente pobre,

Art. 10. Esta lei entrará em vigor na data de sua, publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, em 6 de novembro de 1963; 142º da Independência e 15º da República.

AURO MOURA ANDRADE

Presidente de Senado Federal

ANEXO B – Lei nº 5.479, de 10 de agosto de 1968

Dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes de cadáver para finalidade terapêutica e científica, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º A disposição gratuita de uma ou várias partes do corpo *„post mortem“*, para fins terapêuticos é permitida na forma desta Lei.

Art. 2º A retirada para os fins a que se refere o artigo anterior deverá ser precedida da prova incontestável da morte.

§ 1º - ... VETADO

§ 2 - VETADO

§ 3º - ... VETADO

Art. 3º A permissão para o aproveitamento, referida no art. 1º, efetivar-se-á mediante a satisfação de uma das seguintes condições:

I - Por manifestação expressa da vontade do disponente;

II - Pela manifestação da vontade, através de instrumento público, quando se tratar de disponentes relativamente incapazes e de analfabetos;

III - Pela autorização escrita do cônjuge, não separado, e sucessivamente, de descendentes, ascendentes e colaterais, ou das corporações religiosas ou civis responsáveis pelo destino dos despojos;

IV - Na falta de responsáveis pelo cadáver a retirada, somente poderá ser feita com a autorização do Diretor da Instituição onde ocorrer o óbito, sendo ainda necessária esta autorização nas condições dos itens anteriores.

Art. 4º A retirada e o transplante de tecidos, órgãos e partes de cadáver, somente poderão ser realizados por médico de capacidade técnico comprovada, em instituições públicas ou particulares, reconhecidamente idôneas e autorizadas pelos órgãos públicos competentes.

Parágrafo único. O transplante somente será realizado se o paciente não tiver possibilidade alguma de melhorar através de tratamento médico ou outra ação cirúrgica.

Art. 5º Os Diretores de Institutos Universitários e dos Hospitais devem comunicar ao Diretor da Saúde Pública quais as pessoas que fizeram disposições, para *„post mortem“*, de seus tecidos ou órgãos, com destino a transplante e o nome das instituições ou pessoas contempladas.

Art. 6ª Feita a retirada, o cadáver será condignamente recomposto e entregue aos responsáveis para o sepultamento.

Parágrafo único. A infração ao disposto neste artigo será punida com a pena prevista no art. 211 do Código Penal.

Art. 7º Não havendo compatibilidade, a destinação a determinada pessoa poderá, a critério do médico chefe da Instituição, e mediante prévia disposição ou autorização de quem de direito, ser transferida para outro receptor, em que se verifique aquela condição.

Art. 8º Os Diretores das instituições hospitalares ou institutos universitários onde se realizem as retiradas de órgãos ou tecidos de cadáver com finalidade terapêutica remeterão ao fim de cada ano, ao Departamento Nacional de Saúde Pública, os relatórios dos atos cirúrgicos relativos a essas retiradas, bem como os resultados dessas operações.

Art. 9º A retirada de partes do cadáver, sujeito por força de lei à necropsia ou à verificação do diagnóstico *causa mortis*, deverá ser autorizada pelo médico-legista e citada no relatório da necropsia ou da verificação diagnóstica.

Art. 10. É permitido à pessoa maior e capaz dispor de órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins humanitários e terapêuticos.

§ 1º A autorização do disponente deverá especificar o tecido, ou órgão, ou a parte objeto da retirada.

§ 2º Só é possível a retirada, a que se refere este artigo, quando se tratar de órgãos duplos ou tecidos, vísceras ou partes e desde que não impliquem em prejuízo ou mutilação grave para o disponente e corresponda a uma necessidade terapêutica, comprovadamente indispensável, para o paciente receptor.

Art. 11. A infração ao disposto nos arts. 2º, 3º, 4º e 5º desta lei será punida com a pena de detenção de um a três anos sem prejuízo de outras sanções que no caso couberem.

Art. 12. As intervenções disciplinadas por esta lei não serão efetivadas se houver suspeita de ser o disponente vítima de crime.

Art. 13. As despesas com as retiradas e transplantes serão disciplinadas na forma determinada pela regulamentação desta Lei.

Art. 14. O Departamento Nacional de Saúde Pública será o órgão fiscalizador da execução desta Lei.

Art. 15. O Poder Executivo regulamentará o disposto nesta Lei no prazo de 60 (sessenta) dias, a partir da data de sua publicação.

Art. 16. Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, ficando revogadas a Lei nº 4.280, de 6 de novembro de 1963, e demais disposições em contrário.

Brasília, 10 de agosto de 1968; 147º da Independência e 80º da República.

A. COSTA E SILVA

Luís Antônio da Gama e Silva

Leonel Miranda

ANEXO C – Lei n° 8.501, de 30 de novembro de 1992

Dispõe sobre a utilização de cadáver não reclamado, para fins de estudos ou pesquisas científicas e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS no exercício do cargo de PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1° Esta Lei visa disciplinar a destinação de cadáver não reclamado junto às autoridades públicas, para fins de ensino e pesquisa.

Art. 2° O cadáver não reclamado junto às autoridades públicas, no prazo de trinta dias, poderá ser destinado às escolas de medicina, para fins de ensino e de pesquisa de caráter científico.

Art. 3° Será destinado para estudo, na forma do artigo anterior, o cadáver:

I - sem qualquer documentação;

II - identificado, sobre o qual inexistem informações relativas a endereços de parentes ou responsáveis legais.

§ 1° Na hipótese do inciso II deste artigo, a autoridade competente fará publicar, nos principais jornais da cidade, a título de utilidade pública, pelo menos dez dias, a notícia do falecimento.

§ 2° Se a morte resultar de causa não natural, o corpo será, obrigatoriamente, submetido à necropsia no órgão competente,

§ 3° É defeso encaminhar o cadáver para fins de estudo, quando houver indício de que a morte tenha resultado de ação criminosa.

Art. 4° Para fins de reconhecimento, a autoridade ou instituição responsável manterá, sobre o falecido:

- a) os dados relativos às características gerais;
- b) a identificação;
- c) as fotos do corpo;
- d) a ficha datiloscópica;

- e) o resultado da necropsia, se efetuada; e
- f) outros dados e documentos julgados pertinentes.

Art. 5º Cumpridas as exigências estabelecidas nos artigos anteriores, o cadáver poderá ser liberado para fins de estudo.

Art. 6º A qualquer tempo, os familiares ou representantes legais terão acesso aos elementos de que trata o § 4º do art. 3º desta Lei.

Art. 7º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 8º Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 30 de novembro de 1992; 171º da Independência e 104º da República.

IBSEN PINHEIRO

Maurício Corrêa

LEI N° 8.501, DE 30 DE NOVEMBRO DE 1992

Dispõe sobre a utilização de cadáver não reclamado, para fins de estudos ou pesquisas científica e dá outras providências.

O VICE-PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no exercício do cargo de PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei visa disciplinar a destinação de cadáver não reclamado junto às autoridades públicas, para fins de ensino e pesquisa.

Art. 2º O cadáver não reclamado junto às autoridades públicas, no prazo de trinta dias, poderá ser destinado às escolas de medicina, para fins de ensino e de pesquisa de caráter científico.

Art. 3º Será destinado para estudo, na forma do artigo anterior, o cadáver:

I $\checkmark$ sem qualquer documentação;

II $\checkmark$ identificado, sobre o qual inexistem informações relativas a endereços de parentes ou responsáveis legais.

§ 1º Na hipótese do inciso II deste artigo, a autoridade competente fará publicar, nos principais jornais da cidade, a título de utilidade pública, pelo menos dez dias, a notícia do falecimento.

§ 2º Se a morte resultar de causa não natural, o corpo será, obrigatoriamente, submetido à necropsia no órgão competente.

§ 3º É defeso encaminhar o cadáver para fins de estudo, quando houver indício de que a morte tenha resultado de ação criminosa.

§ 4º Para fins de reconhecimento, a autoridade ou instituição responsável manterá, sobre o falecido:

- a) os dados relativos às características gerais;
- b) a identificação;
- c) as fotos do corpo;
- d) a ficha datiloscópica;
- e) o resultado da necropsia, se efetuada; e
- f) outros dados e documentos julgados pertinentes.

Art. 4º Cumpridas as exigências estabelecidas nos artigos anteriores, o cadáver poderá ser liberado para fins de estudo.

Art. 5º A qualquer tempo, os familiares ou representantes legais terão acesso aos elementos de que trata o § 4º do art. 3º desta Lei.

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 7º Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 30 de novembro de 1992; 171º da Independência e 104º da República.

ITAMAR FRANCO

Maurício Corrêa

ANEXO D – Lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997

LEI 9.434, DE 04 DE FEVEREIRO DE 1997

Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências.

CAPÍTULO I DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º. A disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou *post mortem*, para fins de transplante e tratamento, é permitida - na forma desta Lei.

Parágrafo único Para os efeitos desta Lei, não estão compreendidos entre os tecidos a que se refere este artigo o sangue, o esperma e o óvulo.

Art. 2º. A realização de transplantes ou enxertos de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano só poderá ser realizada por estabelecimento de saúde, público ou privado, e por equipes médico-cirúrgicas de remoção e transplante previamente autorizados pelo órgão de gestão nacional do Sistema Único de Saúde.

Parágrafo único A realização de transplantes ou enxertos de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano só poderá ser autorizada após a realização, no doador, de todos os testes de triagem para diagnóstico de infecção e infestação exigidos para a triagem de sangue para doação, segundo dispõem a Lei n. 7.649, de 25 de janeiro de 1988, e regulamentos do Poder Executivo.

CAPÍTULO II DA DISPOSIÇÃO “*POST MORTEM*” DE TECIDOS, ÓRGÃOS E PARTES DO CORPO HUMANO PARA FINS DE TRANSPLANTE

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 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.

§ 1º Os prontuários médicos, contendo os resultados ou os laudos dos exames referentes aos diagnósticos de morte encefálica e cópias dos documentos de que tratam os arts. 2º, parágrafo único; 4º e seus parágrafos; 5º; 7º; 9º, §§ 2º, 4º, 6º e 8º; e 10, quando couber, e detalhando os atos cirúrgicos relativos aos transplantes e enxertos, serão mantidos nos arquivos das instituições referidas no art. 2º por um período mínimo de cinco anos.

§ 2º As instituições referidas no art. 2º enviarão anualmente um relatório contendo os nomes dos pacientes receptores ao órgão gestor estadual do Sistema Único de Saúde.

§ 3º Será admitida a presença de médico de confiança da família do falecido no ato da comprovação e atestação da morte encefálica.

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*.

§ 1º A expressão "*não-doador de órgãos e tecidos*" deverá ser gravada, de forma indelével e inviolável, na Carteira de Identidade Civil e na Carteira Nacional de Habilitação da pessoa que optar por essa condição.

§ 2º A gravação de que trata esse artigo será obrigatória em todo o território nacional a todos os órgãos de identificação civil e departamentos de trânsito, decorridos trinta dias da publicação desta Lei.

§ 3º O portador de Carteira de Identidade Civil ou de Carteira Nacional de Habilitação emitidas até a data a que se refere o parágrafo anterior poderá manifestar sua vontade de não doar tecidos, órgãos ou partes do corpo após a morte, comparecendo ao órgão oficial de identificação civil ou departamento de trânsito e procedendo à gravação da expressão "*não-doador de órgãos e tecidos*".

§ 4º A manifestação de vontade feita na Carteira de Identidade Civil ou na Carteira Nacional de Habilitação poderá ser reformulada a qualquer momento, registrando-se, no documento, a nova declaração de vontade.

§ 5º No caso de dois ou mais documentos legalmente válidos com opções diferentes, quanto à condição de doador ou não, do morto, prevalecerá aquele cuja emissão for mais recente.

Art. 5º. A remoção *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa

juridicamente incapaz poderá ser feita desde que permitida expressamente por ambos os pais ou por seus responsáveis legais.

Art. 6º. É vedada a remoção *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoas não identificadas.

Art. 7º. (VETADO)

Parágrafo único No caso de morte sem assistência médica, de óbito em decorrência de causa mal definida ou de outras situações nas quais houver indicação de verificação da causa médica da morte, a remoção de tecidos, órgãos ou partes de cadáver para fins de transplante ou terapêutica somente poderá ser realizada após a autorização do patologista do serviço de verificação de óbito responsável pela investigação e citada em relatório de necrópsia.

Art. 8º. Após a retirada de partes do corpo, o cadáver será condignamente recomposto e entregue aos parentes do morto ou seus responsáveis legais para sepultamento.

CAPÍTULO III

DA DISPOSIÇÃO DE TECIDOS, ÓRGÃOS E PARTES DO CORPO HUMANO VIVO PARA FINS DE TRANSPLANTE OU TRATAMENTO

Art. 9º. É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos ou partes do próprio corpo vivo para fins de transplante ou terapêuticos.

§ 1º (VETADO)

§ 2º (VETADO)

§ 3º Só é permitida a doação referida neste artigo quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora.

§ 4º O doador deverá autorizar, preferencialmente por escrito e diante de testemunhas, especificamente o tecido, órgão ou parte do corpo objeto da retirada.

§ 5º A doação poderá ser revogada pelo doador ou pelos responsáveis legais a qualquer momento antes de sua concretização.

§ 6º O indivíduo juridicamente incapaz, com compatibilidade imunológica comprovada, poderá fazer doação nos casos de transplante de medula óssea, desde que haja consentimento de ambos os pais ou seus responsáveis legais e autorização judicial e o ato não oferecer risco para a sua saúde.

§ 7º É vedado à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea e o ato não oferecer risco à sua saúde ou ao feto.

§ 8º O auto-transplante depende apenas do consentimento do próprio indivíduo, registrado em seu prontuário médico ou, se ele for juridicamente incapaz, de um de seus pais ou responsáveis legais.

Art. 9º-A É garantido a toda mulher o acesso a informações sobre as possibilidades e os benefícios da doação voluntária de sangue do cordão umbilical e placentário durante o período de consultas pré-natais e no momento da realização do parto. **(Incluído pela Lei nº 11.633, de 2007).**

CAPÍTULO IV DAS DISPOSIÇÕES COMPLEMENTARES

Art. 10. O transplante ou enxerto só se fará com o consentimento expresso do receptor, após aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento.

Parágrafo único Nos casos em que o receptor seja juridicamente incapaz ou cujas condições de saúde impeçam ou comprometam a manifestação válida de sua vontade, o consentimento de que trata este artigo será dado por um de seus pais ou responsáveis legais.

Art. 11. É proibida a veiculação, através de qualquer meio de comunicação social, de anúncio que configure:

- a) publicidade de estabelecimentos autorizados e realizar transplantes e enxertos, relativa a estas atividades;
- b) apelo público no sentido da doação de tecido, órgão ou parte do corpo humano para pessoa determinada, identificada ou não, ressalvado o disposto no parágrafo único;
- c) apelo público para a arrecadação de fundos para o financiamento de transplante ou enxerto em benefício de particulares.

Parágrafo único Os órgãos de gestão nacional, regional e local do Sistema Único de Saúde realizarão periodicamente, através dos meios adequados de

comunicação social, campanhas de esclarecimento público dos benefícios esperados a partir da vigência desta Lei e de estímulo à doação de órgãos.

Art. 12. (VETADO)

Art. 13. É obrigatório, para todos os estabelecimentos de saúde, notificar, às centrais de notificação, captação e distribuição de órgãos da unidade federada onde ocorrer, o diagnóstico de morte encefálica feito em pacientes por eles atendidos.

Parágrafo único. Após a notificação prevista no caput deste artigo, os estabelecimentos de saúde não autorizados a retirar tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverão permitir a imediata remoção do paciente ou franquear suas instalações e fornecer o apoio operacional necessário às equipes médico-cirúrgicas de remoção e transplante, hipótese em que serão ressarcidos na forma da lei. (Incluído pela Lei nº 11.521, de 2007)

CAPÍTULO V - DAS SANÇÕES PENAIS E ADMINISTRATIVAS

Seção I - Dos Crimes

Artigo 14 - Remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições desta Lei:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa, de 100 a 360 dias-multa.

1. Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa ou por outro motivo torpe: Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 100 a 150 dias-multa.

Se o crime é praticado em pessoa viva, e resulta para o ofendido:

I - incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;

II - perigo de vida;

III - debilidade permanente de membro, sentido ou função;

IV - aceleração de parto:

Pena - reclusão, de três a dez anos, e multa, de 100 a 200 dias-multa.

3. Se o crime é praticado em pessoa viva, e resulta para o ofendido:

I - incapacidade permanente para o trabalho;

II - enfermidade incurável;

III - perda ou inutilização de membro, sentido ou função;

IV - deformidade permanente;

V - aborto:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos, e multa, de 150 a 300 dias-multa.

4. Se o crime é praticado em pessoa viva e resulta morte:
Pena - reclusão, de oito a vinte anos, e multa de 200 a 360 dias-multa.

Artigo 15 - Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humanos: Pena- reclusão de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa.

Parágrafo único - Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou aufera qualquer vantagem com a transação.

Artigo 16 - Realizar transplante ou enxerto utilizando tecidos, órgãos ou partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos desta Lei:

Pena - reclusão, de um a seis anos, e multa, de 150 a 300 dias-multa.

Artigo 17 - Recolher, transportar, guardar ou distribuir partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos desta Lei:
Pena - reclusão, de seis meses a dois anos, e multa de 100 a 250 dias-multa.

Artigo 18 - Realizar transplante ou enxerto em desacordo com o disposto no art. 10 desta Lei e seu parágrafo único:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Artigo 19 - Deixar de recompor cadáver, devolvendo-lhe aspecto condigno, para sepultamento ou deixar de entregar ou retardar sua entrega aos familiares ou interessados:
Pena- detenção, de seis meses a dois anos.

Artigo 20 - Publicar anúncio ou apelo público em desacordo com o disposto no artigo 11:
Pena - multa, de 100 a 200 dias-multa.

Seção II - Das Sanções Administrativas

Artigo 21 - No caso dos crimes previstos nos artigos. 14,15,16 e 17, o estabelecimento de saúde e as equipes médico-cirúrgicas envolvidas poderão ser desautorizadas temporária ou permanentemente pelas autoridades competentes.

1. 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.

2. 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.

Artigo 22 - As instituições que deixarem de manter em arquivo relatórios dos transplantes realizados, conforme o disposto no artigo 3, 1., ou que não enviarem os relatórios mencionados no artigo 3, 2., ao órgão de gestão estadual do Sistema Único de Saúde, estão sujeitas a multa, de 100 a 200 dias-multa.

1. Incorre na mesma pena o estabelecimento de saúde que deixar de fazer as notificações previstas no art. 13, desta Lei ou proibir, dificultar ou atrasar as hipóteses definidas em seu parágrafo único. **(Redação dada pela Lei nº 11.521, de 2007).**

2. Em caso de reincidência, além de multa, o órgão de gestão estadual do Sistema Único de Saúde poderá determinar a desautorização temporária ou permanente da instituição.

Artigo 23 - Sujeita-se às penas do artigo 59 da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, a empresa de comunicação social que veicular anúncio em desacordo com o disposto no artigo 11.

CAPÍTULO VI DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 24. (VETADO)

Art. 25. Revogam-se as disposições em contrário, particularmente a Lei 8.489, de 18.11.92, e o Decreto 879, de 22.07.93.

Brasília, 04 de fevereiro de 1997;
176.º da Independência e 109.º da República.

Fernando Henrique Cardoso

ANEXO E – Transplantes: alteração da lei nº 9.434 de 1997

Transplantes - Alteração da Lei nº 9.434 de 1997 - Conversão da Medida Provisória nº 2.083-32 de 2001 - LEI 10211 de 2001

LEI Nº 10.211, DE 23 DE MARÇO DE 2001

(DOU 24.03.2001 – Edição Extra)

Altera dispositivos da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que "dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento".

O Presidente da República

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º. Os dispositivos adiante indicados, da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 2º.

"Parágrafo único A realização de transplantes ou enxertos de tecidos, órgãos e partes do corpo humano só poderá ser autorizada após a realização, no doador, de todos os testes de triagem para diagnóstico de infecção e infestação exigidos em normas regulamentares expedidas pelo Ministério da Saúde." (NR)

"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." (NR)

"Parágrafo único (VETADO)"

"Art. 8º. Após a retirada de tecidos, órgãos e partes, o cadáver será imediatamente necropsiado, se verificada a hipótese do parágrafo único do art. 7º, e, em qualquer caso, condignamente recomposto para ser entregue, em seguida, aos parentes do morto ou seus responsáveis legais para sepultamento." (NR)

"Art. 9º. 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 consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea.

....." (NR)

"Art. 10º. O transplante ou enxerto só se fará com o consentimento expresso do

receptor, assim inscrito em lista única de espera, após aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento." (NR)

"§ 1º. Nos casos em que o receptor seja juridicamente incapaz ou cujas condições de saúde impeçam ou comprometam a manifestação válida da sua vontade, o consentimento de que trata este artigo será dado por um de seus pais ou responsáveis legais." (NR)

"§ 2º. A inscrição em lista única de espera não confere ao pretense receptor ou à sua família direito subjetivo a indenização, se o transplante não se realizar em decorrência de alteração do estado de órgãos, tecidos e partes, que lhe seriam destinados, provocado por acidente ou incidente em seu transporte." (NR)

Art. 2º. As manifestações de vontade relativas à retirada "post mortem" de tecidos, órgãos e partes, constantes da Carteira de Identidade Civil e da Carteira Nacional de Habilitação, perdem sua validade a partir de 22 de dezembro de 2000.

Art. 3º. Ficam convalidados os atos praticados com base na Medida Provisória nº 2.083-32, de 22 de fevereiro de 2001.

Art. 4º. Ficam revogados os §§ 1º a 5º do art. 4º da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Art. 5º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 23 de março de 2001;
180º da Independência e 113º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO
José Gregori
José Serra

ANEXO F - Resolução 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina

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 01 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

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 pósitrons 9. Extração Cerebral de oxigênio 10. outros (citar)

E. OBSERVAÇÕES

1 - Interessa, para o diagnóstico de morte encefálica, exclusivamente a arreatividade 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, arreflexo, 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 cerumen 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 de pCO_2 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 O_2 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 pCO_2 atingir 55 mmHg.

4 - Exame complementar. Este exame clínico deve estar acompanhado de um exame complementar que demonstre inequivocadamente a ausência de circulação sangüínea 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).

ANEXO G – Portaria nº 1.160 de 29 de maio de 2006

PORTARIA Nº 1.160 DE 29 DE MAIO DE 2006

Modifica os critérios de distribuição de fígado de doadores cadáveres para transplante, implantando o critério de gravidade de estado clínico do paciente.

O MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE, INTERINO, no uso de suas atribuições, e

CONSIDERANDO a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências;

CONSIDERANDO o Decreto nº 2.268, de 30 de junho de 1997, que regulamenta a Lei supracitada;

CONSIDERANDO a Lei nº 10.211, de 23 de março de 2001, que altera dispositivos da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997;

CONSIDERANDO a Portaria nº 3.407/GM, de 5 de agosto de 1998, que aprova o Regulamento Técnico sobre as atividades de transplante e dispõe sobre a Coordenação Nacional de Transplantes;

CONSIDERANDO a Portaria nº 541/GM, de 14 de março de 2002, que aprova os critérios para cadastramento de candidatos a receptores de fígado;

CONSIDERANDO a necessidade de revisar e atualizar os critérios para distribuição de fígados para transplante,

R E S O L V E:

Art. 1º Modificar os critérios de distribuição de fígado de doadores cadáveres para transplante, implantando o critério de gravidade do estado clínico do paciente.

§ 1º Para aferir essa variável será adotado o sistema MELD - Model for Endstage Liver Disease / PELD Pediatric End-Stage Liver Disease – conforme o constante no Anexo I a esta Portaria.

§ 2º O novo critério entrará em vigência em 30 dias, a partir da publicação desta Portaria, em todo o território nacional.

§ 3º Tanto os pacientes já inscritos quanto os que venham a ser inscritos após a implantação do sistema, estarão sujeitos às novas regras de alocação de órgãos.

Art. 2º Os exames - dosagens séricas de creatinina, bilirrubina total e determinação do RNI (Relação Normalizada Internacional da atividade da protrombina) - necessários para o cálculo do MELD, para adultos e adolescentes maiores de 12 anos, e valor de bilirrubina, valor de RNI e valor de albumina – necessários para o cálculo do PELD para crianças menores de 12 anos, deverão ser realizados em laboratórios reconhecidos pela Sociedade Brasileira de Patologia Clínica (SBPC), ou por instituições hospitalares autorizadas pelo Sistema Nacional de Transplantes para realização de transplante hepático.

Parágrafo único. Os diferentes exames necessários para cada cálculo do MELD/PELD devem ser realizados em amostra de uma única coleta de sangue do potencial receptor.

Art. 3º A distribuição de fígado será realizada pelas Centrais de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos (CNCDO), utilizando o Programa Informatizado de gerenciamento da lista de espera indicado pelo Sistema Nacional de Transplantes (DATASUS SNT 5.0 ou superior), instituído pela Portaria nº 783/GM, de 12 de abril de 2006.

Art. 4º As inscrições no cadastro atual de receptores de fígado em lista de espera, efetuadas antes da publicação desta Portaria, serão mantidas e estarão sujeitas aos novos critérios definidos para alocação dos órgãos ofertados.

Art. 5º É de responsabilidade da equipe de transplante à qual o candidato está vinculado a manutenção ou a exclusão do paciente na lista, de acordo com a evolução da doença e a indicação do procedimento como medida terapêutica.

Art. 6º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

JOSÉ AGENOR ÁLVARES DA SILVA

ANEXO I

1. Distribuição

A distribuição de fígados de doadores cadáveres para transplante dar-se-á conforme os critérios estabelecidos abaixo.

1.1. Quanto à Compatibilidade/Identidade ABO

Deverá ser observada a Identidade ABO entre doador e receptor, com exceção dos casos de receptores do grupo B com MELD igual ou superior a 30, que concorrerão também aos órgãos de doadores do grupo sanguíneo O.

1.2. Quanto à compatibilidade anatômica e por faixa etária

Os pacientes em lista, menores de 18 anos, terão preferência na alocação de fígado quando o doador for menor de 18 anos ou pesar menos de 40kg.

1.3. Priorizações

1.4. Classificação de gravidade clínica

Crítérios de Urgência:

a) insuficiência hepática aguda grave – segundo os critérios do Kings College ou Clichy (Anexo II);

b) não-funcionamento primário do enxerto notificado à CNCDO em até 7 dias, após a data do transplante. Essa classificação poderá ser prorrogada por mais 7 dias. Caso não ocorra o transplante dentro desses prazos, o paciente perde a condição de urgência e permanece com o último valor de MELD, observando-se a periodicidade do exame;

c) trombose de artéria hepática notificada à CNCDO em até sete dias, após a data do transplante. Essa classificação poderá ser prorrogada por mais sete dias.

Caso não ocorra o transplante dentro desses prazos, o paciente perde a condição de urgência e assume um MELD 40;

d) pacientes anepáticos por trauma; e e) pacientes anepáticos por não funcionamento primário do enxerto.

Serão classificados de acordo com os critérios de gravidade MELD/PELD (Fórmulas - Anexo II) priorizando-se o de maior pontuação e considerando o tempo em lista, conforme o seguinte algoritmo:

a) Para candidatos a receptor com idade igual ou superior a 12 anos - MELD;

- Pontuação a ser considerada = (cálculo do MELD x 1.000) + (0,33 x número de dias em lista de espera (data atual - data de inscrição em lista, em dias));

b) Para candidatos a receptor com idade menor de 12 anos - PELD; e

- Pontuação a ser considerada = (cálculo do PELD x 1.000) + (0,33 x número de dias em lista de espera data atual - data de inscrição em lista, em dias).

O valor do PELD será multiplicado por três para efeito de harmonização com os valores MELD, pois a lista é única, tanto para crianças quanto para adultos. Este

valor de PELD se chamará “PELD ajustado”.

2. Adulto e Adolescente (idade igual ou maior que 12 anos)

2.1. Ficha de inscrição

A ficha de inscrição do adulto, para inscrição em lista de espera pela CNCDO, deve conter, no mínimo, os seguintes dados:

- a) nome completo;
- b) data de nascimento;
- c) peso;
- d) altura;
- e) endereço completo;
- f) telefones para contato;
- g) equipe transplantadora;
- h) hospital;
- i) diagnóstico;
- j) informação referente à realização ou não de diálise, e a quantidade de vezes por semana;
- l) valor de creatinina sérica, com data do exame;
- m) valor do RNI, com data do exame;
- n) valor de bilirrubina total sérica, com data do exame; e
- o) valor do sódio sérico, com data do exame.

Obs.: O valor de MELD mínimo aceito para inscrição em lista será seis.

2.2. Situações especiais:

- a) Tumor neuroendócrino metastático, irressecável, com tumor primário já retirado, e sem doença extra-hepática detectável;
- b) Hepatocarcinoma maior ou igual a dois cm, dentro dos critérios de Milão (Anexo II), com diagnóstico baseado nos critérios de Barcelona (Anexo II) e sem indicação de ressecção;
- c) Polineuropatia Amiloidótica Familiar (PAF) – graus I e II;
- d) Síndrome hepatopulmonar – PaO₂ menor que 60mm/Hg em ar ambiente;
- e) Hemangioma gigante irressecável com síndrome compartimental, adenomatose múltipla, hemangiomatose ou doença policística;
- f) Carcinoma fibrolamelar irressecável e sem doença extra-hepática;
- g) Adenomatose múltipla irressecável com presença de complicações; e
- h) Doenças metabólicas com indicação de transplante – fibrose cística, glicogenose tipo I e tipo IV, doença policística, deficiência de alfa-1-antitripsina, doença de Wilson, oxalose primária;
- i) Para as situações abaixo, o valor mínimo do MELD será de 20:

2.2.1. Caso o paciente, com os diagnósticos descritos acima, não seja transplantado em 3 meses, sua pontuação passa automaticamente para MELD 24; e em 6 meses, para MELD 29.

2.2.2. Indicações não previstas nesta portaria deverão ser encaminhadas

à Coordenação-Geral do Sistema Nacional de Transplantes e apreciadas pela Câmara Técnica Nacional para Transplantes Hepáticos, que deverá emitir parecer conclusivo a CNCDO de origem do doente, em no máximo uma semana.

2.2.3. Para que a CNCDO inscreva os pacientes em lista com os diagnósticos abaixo citados é necessário que sejam encaminhados, juntamente com a ficha de inscrição, exames complementares comprobatórios do diagnóstico e do estadiamento da doença:

- a) Hepatocarcinoma;
- b) Hemangioma gigante, adenomatose múltipla, hemangiomatose e doença policística com síndrome compartimental;
- c) Carcinoma fibrolamelar não ressecável; e
- d) Doenças metabólicas com indicação de transplante - fibrose cística, glicogenose tipo I e tipo IV, doença policística, deficiência de alfa-1-antitripsina, doença de Wilson, oxalose primária.

2.2.4. O laudo do exame anatomopatológico do fígado explantado de pacientes transplantados com neoplasia, deverá ser encaminhado, no prazo de até 30 dias, à CNCDO.

3. Crianças (pacientes menores de 12 anos)

3.1. Ficha de inscrição

A ficha de inscrição da criança, para inscrição em lista de espera pela CNCDO, deve conter, no mínimo, os seguintes dados:

- a) nome completo;
- b) data de nascimento;
- c) peso;
- d) altura;
- e) endereço completo;
- f) telefones para contato;
- g) equipe transplantadora;
- h) hospital;
- i) diagnóstico;
- j) valor de albumina, com data do exame;
- l) valor de RNI, com data do exame;
- m) valor de bilirrubina total sérica, com data do exame; e
- n) valor do sódio sérico, com data do exame

Obs.: Não há pontuação mínima de PELD para inscrição de pacientes menores de 12 anos, porém, para efeito de cálculo, todos os valores menores de PELD = 1 serão equiparados ao valor 1,0.

3.2. Situações especiais

Para as situações abaixo, o valor mínimo de PELD ajustado será 30:

- a) Tumor neuroendócrino metastático, irressecável, com tumor primário já retirado e sem doença extra-hepática detectável;
- b) Hepatocarcinoma maior ou igual a 2cm, dentro dos critérios de Milão (Anexo II), com diagnóstico baseado nos critérios de Barcelona (Anexo II) e sem indicação de ressecção;
- c) Hepatoblastoma;
- d) Síndrome hepatopulmonar – PaO₂ menor que 60mm/Hg em ar ambiente;
- e) Hemangioma gigante, adenomatose múltipla, hemangiomatose e doença policística com síndrome compartimental;
- f) Carcinoma fibrolamelar irressecável e sem doença extra-hepática; e

g) Doenças metabólicas com indicação de transplante – fibrose cística, glicogenose tipo I e tipo IV, doença policística, deficiência de alfa-1-antitripsina, doença de Wilson, oxalose primária, doença de Crigler-Najjar, doenças relacionadas ao ciclo da uréia, acidemia orgânica, tirosinemia tipo 1, hipercolesterolemia familiar, hemocromatose neonatal, infantil e juvenil, Defeito de oxidação de ácidos graxos, doença do xarope de bordo na urina.

3.2.1. Caso o paciente com os diagnósticos acima descritos não seja transplantado em 30 dias, sua pontuação passa automaticamente para PELD ajustado 35.

3.2.2. Indicações não previstas nesta Portaria neste regulamento técnico deverão ser encaminhadas à Coordenação-Geral do Sistema Nacional de Transplantes e apreciadas pela Câmara Técnica Nacional para Transplantes Hepáticos, que deverá emitir parecer conclusivo a CNCDO de origem do doente, em no máximo uma semana.

3.2.3. Para que a CNCDO inscreva os pacientes em lista com os diagnósticos abaixo citados é necessário que sejam encaminhados, juntamente com a ficha de inscrição, exames complementares comprobatórios do diagnóstico e do estadiamento da doença.

- a) Hepatocarcinoma;
- b) Hemangioma gigante, adenomatose múltipla, hemangiomatose e doença policística com síndrome compartimental;
- c) Carcinoma fibrolamelar não ressecável; e
- d) Doenças metabólicas com indicação de transplante - fibrose cística, glicogenose tipo I e tipo IV, doença policística, deficiência de alfa-1-antitripsina, doença de Wilson, oxalose primária.

3.2.4. O laudo do exame anatomopatológico do fígado explantado de pacientes transplantados com neoplasia, deverá ser encaminhado, no prazo de até 30 dias, a CNCDO.

4. Renovação dos exames

Os exames para cálculo do MELD/PELD terão validade definida e devem ser renovados, no mínimo, na frequência abaixo:

- a) MELD até 10 - validade de doze meses, exame colhido nos últimos 30 dias;
- b) MELD de 11 a 18 - validade de três meses, exame colhido nos últimos 14 dias;
- c) MELD de 19 a 24 – validade de um mês, exame colhido nos últimos sete dias;
- d) MELD maior que 25 – validade de sete dias, exame colhido nas últimas 48 horas;
- e) PELD até 3 - validade de doze meses, exame colhido nos últimos 30 dias;
- f) PELD superior a 3 até 6 - validade de três meses, exame colhido nos últimos 14 dias;
- g) PELD superior a 6 até 8 - validade de um mês, exame colhido nos últimos 7 dias;
- e
- h) PELD superior a 8 - validade de sete dias, exame colhido nas últimas 48 horas.

4.1. É de responsabilidade da equipe médica de transplante à qual o paciente está vinculado o envio sistemático do resultado dos exames necessários para atender o disposto no artigo 2º, na periodicidade determinada pelo item anterior deste Anexo.

4.2. Caso os exames não sejam renovados no período definido, o paciente receberá a menor pontuação desde sua inscrição, até que sejam enviados os novos exames. Caso o paciente não tenha uma pontuação menor, este receberá o valor de MELD 6 ou PELD 3, até que sejam enviados os novos exames.

ANEXO H – Resolução CFM nº 1.805/06

RESOLUÇÃO CFM Nº 1.805/2006

(Publicada no D.O.U., 28 nov. 2006, Seção I, pg. 169)

(Resolução suspensa por decisão liminar do M. Juíz Dr. Roberto Luis Luchi Demo, nos autos da Ação Civil Pública n. 2007.34.00.014809-3, da 14ª Vara Federal, movida pelo Ministério Público Federal)

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.

O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e

CONSIDERANDO que os Conselhos de Medicina são ao mesmo tempo julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar, por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da Medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente;

CONSIDERANDO o art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, que elegeu o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil;

CONSIDERANDO o art. 5º, inciso III, da Constituição Federal, que estabelece que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”;

CONSIDERANDO que cabe ao médico zelar pelo bem-estar dos pacientes;

CONSIDERANDO que o art. 1º da Resolução CFM nº 1.493, de 20.5.98, determina ao diretor clínico adotar as providências cabíveis para que todo paciente hospitalizado tenha o seu médico assistente responsável, desde a internação até a alta;

CONSIDERANDO que incumbe ao médico diagnosticar o doente como portador de enfermidade em fase terminal;

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido em reunião plenária de 9/11/2006,

Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e

tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

§ 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

§ 2º A decisão referida no caput deve ser fundamentada e registrada no prontuário.

§ 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.

Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.

Brasília, 9 de novembro de 2006

ANEXO I – Resolução CFM nº 1.752/04

(Publicada no D.O.U. 13.09.04, 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 nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 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 nº 1.480/97, em seu artigo 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 nº 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-DF, 8 de setembro de 2004.

Edson de Oliveira Andrade

Presidente

Rubens dos Santos Silva

Secretário-Geral