



UNISUL

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

EDSON ROSA DE SOUZA

**DIREITO DA PESSOA DE OPTAR EM VIDA PELA DOAÇÃO (OU NÃO) DE SEUS
ÓRGÃOS *POST MORTEM***

Tubarão

2018

EDSON ROSA DE SOUZA

**DIREITO DA PESSOA DE OPTAR EM VIDA PELA DOAÇÃO (OU NÃO) DE SEUS
ÓRGÃOS *POST MORTEM***

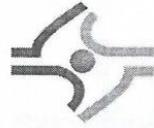
Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Linha de pesquisa: Justiça e sociedade

Orientador: Prof. Terezinha Damian Antônio, MSc.

Tubarão

2018



UNISUL

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

EDSON ROSA DE SOUZA

**DIREITO DA PESSOA DE OPTAR EM VIDA PELA DOAÇÃO (OU NÃO) DE SEUS
ÓRGÃOS *POST MORTEM***

Esta Monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão, 29 de Junho de 2018.

Professora e orientadora Terezinha Damian Antônio, MSc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Alexandre da Silva, MSc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Josias Machado Severino, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Dedico esta pesquisa ao meu companheiro Murilo Buss, à memória de minha mãe Eva Rosa de Souza e a toda minha família por serem a razão e o motivo de tudo acontecer. A eles, minha eterna gratidão.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter me amparado em todos os momentos no decorrer da minha vida, em especial nesta caminhada acadêmica.

A minha mãe, que muito embora já tenha partido, tenho a certeza de que me acompanha em todos os dias de minha vida e que deve estar muito orgulhosa de mim; ao meu pai, que mesmo na simplicidade de um agricultor que não teve grandes oportunidades na vida sempre me incentivou a estudar.

Ao meu companheiro, que nos momentos mais difíceis sempre esteve ao meu lado me apoiando e me incentivando a ser o melhor aluno possível.

A minha querida orientadora, Terezinha Damian Antônio, por ter me acolhido na construção deste trabalho, sendo generosa em suas considerações. Obrigado, por todo o tempo dedicado a mim. Obrigado, por toda força, todos os conselhos e por ser essa pessoa incrível que a faculdade me presenteou. Uma amiga que levarei sempre no meu coração, com muita gratidão.

A enfermeira, Ana Paula Maciel, que nos momentos de mais confusão e estresse esteve disposta a me explicar, como as coisas funcionam na prática. Sem ela, com certeza, muita coisa estaria incompleta.

Aos professores desta Universidade, grandes mestres, que tive a honra de compartilhar, ao longo dos semestres, inúmeras trocas de experiências e, sem dúvida, a obtenção de muito conhecimento que levarei por toda minha vida.

Não chamem meu falecimento de leito de morte, mas de leito de vida. Deem minha visão ao homem que jamais viu o raiar do sol, o rosto de uma criança ou o amor nos olhos de uma mulher. Deem meu coração a uma pessoa cujo coração apenas experimentou dias infindáveis de dor. Deem meu sangue ao jovem que foi retirado dos destroços de seu carro, para que ele possa viver para ver seus netos brincarem. Deem meus rins às pessoas que precisam de uma máquina para viver de semana em semana. Retirem meus ossos, cada músculo, cada fibra e nervo do meu corpo e encontrem um meio para fazer uma criança inválida caminhar. Explore cada canto do meu cérebro. Retirem minhas células, se necessário, e deixem-nas crescerem para que, um dia, um menino mudo possa ouvir o grito em um momento de felicidade ou uma menina surda possa ouvir o barulho da chuva de encontro à sua janela. Queimem o que restar de mim e espalhe as cinzas ao vento, para ajudarem as flores brotarem. Se tiverem que enterrar algo, que sejam meus erros, minhas fraquezas e todo o mal que fiz aos meus semelhantes. Se, por acaso, desejarem lembrar-se de mim, façam-no com ação ou palavra amiga a alguém que precise de vocês. Se fizerem tudo o que pedi, estarei vivo para sempre. Anônimo

RESUMO

OBJETIVO: Discutir a possibilidade de o cidadão decidir em vida, sobre o destino de seus órgãos, caso venha a ser diagnosticado com o quadro de morte encefálica. **MÉTODO:** Quanto ao nível de pesquisa, adotou-se o método de pesquisa exploratória; método dedutivo; quanto ao procedimento de coleta de dados, empregou-se o bibliográfico. **RESULTADOS:** Essa pesquisa visou à busca de conhecimento. No primeiro momento foram abordados temas relacionados à doação de órgãos, os procedimentos médicos e legais para se comprovar que um paciente se apresenta em quadro de morte encefálica. Após foi feito um estudo a respeito do direito de personalidade, a morte e a saúde pública no Brasil. E por fim, apresentaram-se os entendimentos doutrinários e o posicionamento da legislação brasileira acerca tema doação de órgãos, através dos quais se concluiu que há muitas divergências em relação ao assunto, como também, destacou-se o projeto de lei que visa realizar algumas alterações no que concerne à doação de órgãos depois da morte, no sentido de instituir a doação presumida. **CONCLUSÃO:** O cidadão, ainda nos dias de hoje, não possui o direito de expressar sua vontade em relação ao que será feito com seu corpo após a sua morte no que diz respeito a doação de órgãos, apenas que seus familiares respeitando a linha sucessória é que detém o poder de decisão.

Palavras-chave: Doação de órgãos. Saúde. Legislação.

ABSTRACT

OBJECTIVE: To discuss the possibility of citizens deciding in life, about the fate of their organs, if they are diagnosed with brain death. **METHOD:** Regarding the level of research, the method of exploratory research was adopted; deductive method; As for the data collection procedure, the bibliographic was used. **RESULTS:** This research aimed at the search for knowledge. At the first moment, it was approached subjects related to organ donation, medical and legal procedures to prove that a patient presents in brain death. Afterwards a study was made regarding the right of personality, death and public health in Brazil. Finally, the doctrinal understandings and the positioning of Brazilian legislation on organ donation were presented, through which it was concluded that there are many divergences in relation to the subject, as well as the bill that aims to accomplish some changes in the organ donation after death, in order to institute the presumed donation. **CONCLUSION:** The citizen, still today, does not have the right to express his will in relation to what will be done with his body after his death regarding the donation of organs, only that his family respecting the line of succession is which holds the power of decision.

Keywords: Organ donation. Health. Legislation.

LISTA DE FIGURAS

- Figura 1 – Notificações e doações efetivas de órgãos em 2017 (Morte Encefálica). Fonte: SC Transplantes, 2018.....51
- Figura 2 – Número de doadores efetivos no ano de de 2016 em 50 (cinquenta) países. Fonte: Associação Brasileira de transplantes de Órgãos (ABTO), 2018.....54
- Figura 3 – Doadores efetivos e recusas entre 2010 e 2017. Fonte: Associação Brasileira de transplantes de Órgãos (ABTO), 201854

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA.....	11
1.2 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA	14
1.3 HIPÓTESE.....	14
1.4 DEFINIÇÃO DOS CONCEITOS OPERACIONAIS	15
1.5 JUSTIFICATIVA	15
1.6 OBJETIVOS	16
1.6.1 Objetivo geral	16
1.6.2 Objetivos específicos	16
1.7 DELINEAMENTO METODOLÓGICO.....	17
1.8 ESTRUTURA DA MONOGRAFIA	17
2 DOAÇÃO DE ÓRGÃOS.....	19
2.1 O QUE É DOAÇÃO DE ÓRGÃOS	19
2.2 TIPOS DE DOAÇÃO DE ÓRGÃOS	19
2.2.1 Doação de órgãos “inter vivos”:	20
2.2.2 Doação de órgãos “post mortem”:	21
2.3 ENTENDENDO COMO FUNCIONA O PROCESSO DE CONSTATAÇÃO DE MORTE ENCEFÁLICA E A MANUTENÇÃO DO POSSÍVEL DOADOR:.....	21
2.4 DESENVOLVIMENTO DO PACIENTE EM SUSPEITA DE QUANDRO DE MORTE ENCEFÁLICA	23
2.4.1 Abertura do protocolo de morte encefálica (ME)	24
2.4.2 Realização de dois exames clínicos	25
2.4.3 Teste de apneia	26
2.4.4 Exame complementar gráfico	27
2.4.5 Morte encefálica comprovada e entrevista familiar.....	28
2.4.6 Exames laboratoriais.....	30
2.4.7 Cirurgia de remoção dos órgãos	31
2.4.8 Devolução do corpo aos familiares e transporte dos órgãos:	32
2.4.9 Busca por possíveis receptores compatíveis.....	33
2.4.10 Tempo de vida útil de um órgão fora do corpo do doador	34
2.4.11 Outros doadores	34
2.4.11.1 Menores e incapazes.....	35

2.4.11.2 Estrangeiros	35
3 DIREITOS DA PERSONALIDADE, MORTE E SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL .	36
3.1 DIREITOS DE PERSONALIDADE E PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	36
3.1.1 Conceituando o nascituro	38
3.1.2 Teoria concepcionista.....	38
3.1.3 Teoria natalista.....	39
3.1.4 Teoria da personalidade condicional.....	40
3.2 O DIREITO DA PERSONALIDADE E A MORTE	41
3.3 TEORIAS DOUTRINÁRIAS ACERCA DO CADÁVER	43
3.4 CONSIDERAÇÕES ACERCA DE SAÚDE PÚBLICA	44
3.4.1 Legislação e políticas de Saúde Pública no Brasil.....	45
3.4.2 Breve estudo comparado entre os custos de diálises no Brasil e os transplantes renais	47
4 DOAÇÃO DE ÓRGÃOS: LEGISLAÇÃO, PANORAMA ESTADUAL E NACIONAL, CORRENTES DOUTRINÁRIAS E OS NOVOS RUMOS DA LEI DE TRANSPLANTES	49
4.1 PANORAMA ESTADUAL E NACIONAL DOS TRANSPLANTES DE ORGAOS... 49	
4.1.1 Produção das equipes de transplantes.....	51
4.1.2 O Brasil em relação aos índices de doação de órgãos	52
4.2 DOAÇÃO DE ÓRGÃOS EM OUTROS PAÍSES E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA 54	
4.2.1 Espanha.....	54
4.2.2 Itália.....	54
4.2.3 Inglaterra	55
4.2.4 Brasil.....	55
4.3 PRÁTICAS QUE INVIABILIZAM A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS NO BRASIL	57
4.4 CORRENTES DOUTRINÁRIAS ACERCA DA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS <i>POST MORTEM</i>	59
4.5 PROJETOS DE LEI DE DOAÇÃO DE ÓRGÃOS PRESUMIDA E CONSIDERAÇÕES FINAIS	62
5 CONCLUSÃO.....	65
REFERÊNCIAS	71

1 INTRODUÇÃO

Esta monografia tem por objetivo o estudo da possibilidade do direito da pessoa de optar em vida pela doação (ou não) de seus órgãos *post mortem*, conforme os termos que se passam a expor.

1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

Entende-se por doação de órgãos a retirada ou a transferência de um órgão ou mais, ou de tecidos de um ser humano para ser implantado no organismo de outra pessoa. Amaral (2006, p. 265) considera que o transplante é a “retirada de um órgão, tecido ou parte do corpo humano, vivo ou morto, e sua utilização, com fins terapêuticos num ser humano”. Esse procedimento tem por finalidade substituir, em outro indivíduo, um órgão que não consegue mais realizar a sua função, acarretando diversas doenças e mal-estar, além de colocar em risco a vida desse. A doação de órgãos e tecidos pode ocorrer através de duas possibilidades: doação entre vivos ou doação entre um indivíduo vivo e outro morto.

A *doação entre vivos* ocorre, quando uma pessoa, que se encontra com uma disfunção em algum de seus órgãos e que apenas o tratamento medicamentoso ou terapêutico não é suficiente para se reestabelecer de forma plena e contínua, recebe um órgão de outro indivíduo, que possui saúde e organismo em perfeito funcionamento, mediante a comprovação por testes, que são necessários, de que há alto grau de compatibilidade entre os dois envolvidos. Nesse caso, a retirada do órgão ou parte dele não acarreta prejuízo à saúde e à sobrevivência do doador. Esse procedimento encontra expresso amparo legal e apoio da medicina, conforme prevê o Artigo 9º da Lei nº 9.434/1997 e editado pela Lei nº 10.211, de 23.3.2001 (BRASIL, 2001). Esse tipo de doação “pode ser feita livremente pelo titular, por decisão exclusivamente sua” (FARIAS; ROSENVALD, 2006, p. 119); importante destacar que não se permite a disposição do próprio corpo para doação por qualquer motivo, é necessário preencher alguns requisitos entre eles: que a doação seja realizada somente por “pessoa juridicamente capaz, que não envolva benefícios onerosos, para fins terapêuticos ou de transplantes” (Amaral, 2006, p.264).

A doação de órgãos entre um indivíduo vivo e outro morto ocorre quando são retirados os órgãos do segundo, respeitados os protocolos estabelecidos pela conduta ética da

medicina e conforme prevê o ordenamento jurídico brasileiro. Esse procedimento pode ser realizado quando constatada a morte encefálica. O artigo 14 Do atual Código Civil Brasileiro dispõe que é “válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte para depois da morte “(BRASIL, 2002). Isso quer dizer, que esse tipo de doação “só pode atender a finalidades científicas ou altruísticas, jamais voltadas à exploração econômica” (GAMA, 2006, p.34)

É preciso entender, no que diz respeito à morte encefálica, que este quadro é irreversível, ou seja, não existe nenhuma possibilidade real ou fictícia deste indivíduo voltar à vida, sendo ou não um doador de órgãos. Em caso de morte, “a retirada do tecido, órgãos ou parte do corpo humano, [...] deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada na forma da lei” (AMARAL, 2006 apud PINTO, 2008).

Ademais, quando uma pessoa começa a dar sinais de uma possível morte encefálica, a equipe médica hospitalar precisa notificar as agências reguladoras. No Estado de Santa Catarina, primeiramente responsabilidade do SC Transplantes, regulamentada pelas Centrais de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos (CNCDOs), que, por sua vez, é direcionada pela Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos (ABTO), sendo que todo o aglomerado de informações do país encontra-se disponíveis para a sociedade pelo Sistema Nacional de Transplantes (SNT), e custeado cerca de 95% dos gastos pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

Ainda durante o processo de investigação deste possível quadro de morte encefálica, inicia-se uma conversa com os familiares do paciente sobre as possibilidades do referido diagnóstico e qual a posição da família sobre o assunto. Neste momento, explicam-se todos os exames e procedimentos que serão realizados, para que se tenha a confirmação do quadro de morte encefálica e a possível captação, manutenção, remoção e transplantes dos órgãos, caso a família aceite, assim como, o desligamento dos aparelhos que asseguram o paciente em manutenção.

Para que o procedimento cirúrgico seja viável, a ME deve ser constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos pelo Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução (CFM n. 1.480/1997) (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 1997).

Comprovando-se a morte encefálica e não se tendo a autorização da doação de órgãos por parte dos familiares, os médicos responsáveis tem o direito e o dever de desligar os aparelhos e suspender as medicações que mantém estes órgãos em funcionamento. Esse

procedimento em nada se confunde com a eutanásia, que é o desligamento dos aparelhos e medicações de pessoa viva, para que morra, em função do diagnóstico de alguma enfermidade incurável, o que neste caso é considerado crime no Brasil.

No ordenamento jurídico brasileiro, a doação de órgãos encontra-se regulamentada pela Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Ocorre que no ano da promulgação da referida lei o texto original dizia que:

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* (BRASIL, 1997).

Com a implementação da referida lei, passou-se a aplicar no país a doação de órgãos presumida, ou seja, todas as pessoas que não tinham manifestado sua vontade em vida de forma negativa e houvesse registrado isso por documento oficial (Registro Geral, Carteira Nacional de habilitação) seria considerado doador e ninguém poderia impedir esta doação. Neste sentido, foi editada a Lei nº 10.211, de 23 de março de 2001, que altera o texto supracitado, trazendo novamente a figura da aceitação expressa dos familiares para que a doação possa se efetivar, 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, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte (BRASIL, 2001).

Para entender um pouco melhor o que tudo isso quer nos dizer, é preciso levar em consideração alguns dados: No ano de 2016 (janeiro a dezembro), encontravam-se na fila de espera de doação de um órgão, apenas no Estado de Santa Catarina, 535 (quinhentos e trinta e cinco) pessoas. Nesse mesmo decurso de tempo, foram diagnosticados 537 (quinhentos e trinta e sete) pacientes com quadro de morte encefálica; destes, apenas 251 (duzentas e cinquenta e uma) famílias autorizaram a realização do processo de retirada dos órgãos de seus familiares; do restante das pessoas que foram diagnosticadas com o quadro de morte encefálica, 139 delas não se submeteram ao procedimento de captação dos órgãos, em função da recusa familiar, totalizando 48% (quarenta e oito por cento) (BRASIL, 2016).

O fato de a doação se tratar de uma questão de saúde pública, as pessoas que se encontram com graves enfermidades precisam de tratamento médico e internação hospitalar, o que ocorre, quase na sua totalidade, no Serviço Público de Saúde (SUS), acarretando outros

problemas, como alta taxa de lotação dos hospitais, falta de medicamentos e de profissionais, dentre tantos outros.

Considerando os altos índices de negativa por parte dos familiares, que são os únicos a oficializarem a decisão do transplante de órgão *post mortem*, deve-se refletir sobre o que pode estar equivocado nessa situação que está acontecendo, em relação a essa questão tão importante e grave da área saúde. Acredita-se que este não seja um assunto fácil de ser conversado em um almoço de família, ou numa roda de amigos. A morte quase sempre é vista como algo possível, mas muito distante, tão distante que se esquece de que vai ocorrer com todos e se evita falar sobre esse assunto.

A legislação atual brasileira estipula que a decisão dos familiares pela aceitação da doação de órgãos *post mortem* deve ser tomada, ou pelos pais, companheiro(a), filhos, irmãos, ou avós, respeitando a linha sucessória na ausência do primeiro conforme estipula o Código Civil. Destaca-se que, na prática, quando a decisão precisa ser tomada por mais de uma pessoa, mais difícil e complexo se torna o processo de aceitação da morte encefálica e do consentimento para a retirada dos órgãos.

Diante dessas considerações, esse projeto de pesquisa pretende discutir as questões que envolvem a doação dos órgãos *post mortem*, analisando-se o direito do indivíduo (doador), o posicionamento dos familiares a respeito do assunto, a intervenção do Estado na saúde pública e a legislação vigente acerca do tema.

1.2 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

Qual a possibilidade de o cidadão decidir em vida, sobre o destino de seus órgãos, caso venha a ser diagnosticado com o quadro de morte encefálica?

1.3 HIPÓTESE

Inicialmente, assume-se a hipótese de que o cidadão não tem o direito de fazer a escolha do destino de seus tecidos e órgãos, caso venha a ser diagnosticado com um quadro de morte encefálica e deixar esta escolha escrita em algum documento que o represente em um momento futuro. Ou seja, o que existe é a possibilidade de conversar com seus familiares

sobre o seu desejo, uma vez que serão estes, os familiares de até segundo grau na linha de sucessão, que irão decidir o que será feito com o corpo do indivíduo em questão.

1.4 DEFINIÇÃO DOS CONCEITOS OPERACIONAIS

Como bem se sabe, este é um tema pouco vislumbrado pelos operadores de direito; sendo assim, entende-se que para uma melhor compreensão e imersão no assunto a ser abordado futuramente nessa monografia, é irrefutável a definição de alguns conceitos operacionais que seguem abaixo:

Doação de órgãos *post mortem*: Definida pela literatura como a retirada de órgãos de um cadáver, após terem sido realizados todos os exames possíveis e cabíveis para a comprovação da morte encefálica, embora os demais órgãos, como coração, rins, fígado, pâncreas e outros continuem em funcionamento à base de medicamentos, por um curto período de tempo, sendo realizada a manutenção destes órgãos para possibilitar a sua captação e retirada, para serem em seguida implantados em outra pessoa, que por algum motivo, não possui o funcionamento pleno de seus órgãos.

Morte encefálica: Ocorre a morte encefálica, quando, por algum motivo interno, fisiológico ou externo, existe um dano ao cérebro da pessoa de modo que todas as funções vitais e essenciais para a sobrevivência não ocorreram mais em hipótese alguma, de forma total e irreversível e que embora os demais órgãos estejam funcionando, momentaneamente, com auxílio de medicamentos e aparelhos, este funcionamento logo se extinguirá com ou sem a intervenção do médico, conforme critérios já bem estabelecidos pela comunidade científica mundial (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 1997).

1.5 JUSTIFICATIVA

Em relação à escolha do tema, os motivos que levaram o acadêmico a pesquisar sobre esse assunto, estão relacionados ao intenso debate que existe envolto do tema da doação de órgãos presumida e a possibilidade da documentação de uma escolha feita pelo indivíduo sobre o destino do seu corpo após a sua morte.

Busca-se preencher pontos lacunosos referentes ao tema, como os limites do direito personalíssimo, a capacidade do Estado em intervir em questões relacionadas às

escolhas do cidadão que vive nesta sociedade. Neste sentido, é de extrema importância conhecer o posicionamento legal acerca do tema, opiniões favoráveis e contrárias, para que o mesmo possa ser abordado com mais frequência, possibilitando futuramente um posicionamento legal mais específico.

O tema é relevante e original, uma vez que não foram localizados outros estudos acerca dessa temática, o que justifica a realização desse trabalho monográfico, que possibilitará, dentre outros resultados, respostas para a situação problemática exposta, de forma a esclarecer dúvidas e favorecer o conhecimento sobre certos aspectos relacionados à morte encefálica e a captação e transplante de órgãos. Para Descartes (1996), só se pode aceitar como verdade aquelas razões que se apresentarem indubitáveis.

1.6 OBJETIVOS

1.6.1 Objetivo geral

Discutir a possibilidade de o cidadão decidir em vida, sobre o destino de seus órgãos, caso venha a ser diagnosticado com o quadro de morte encefálica.

1.6.2 Objetivos específicos

Descrever sobre os direitos personalíssimos da pessoa, a caracterização e o procedimento de doação de órgãos.

Demonstrar como um paciente é diagnosticado com quadro de morte encefálica e de que modo a legislação brasileira, especificamente, defende, ampara e protege a doação de órgãos de forma geral.

Delimitar os obstáculos jurídicos que a pessoa enfrenta ao querer decidir em vida o direito de doar seus órgãos, caso venha a ser diagnosticado, como possível doador e como a pessoa em vida pode ter o direito de manifestar a vontade de doar seus órgãos, segundo o ordenamento jurídico brasileiro.

Apresentar os entendimentos doutrinários sobre a doação de órgãos *post mortem*, considerando o posicionamento familiar e a legislação vigente acerca do assunto e a intervenção do Estado na saúde pública.

1.7 DELINEAMENTO METODOLÓGICO

O delineamento da pesquisa é indispensável, para se alcançar todos os objetivos do presente trabalho, definindo-se o tipo de metodologia utilizada e aplicada no estudo. Define-se desse modo, a natureza da pesquisa jurídica, sua classificação quanto ao nível, abordagem e procedimento, bem como explanar como se deu o processo de levantamento e análise dos dados.

Esse estudo apresenta as seguintes características: a classificação da pesquisa, quanto ao nível, é exploratória, uma vez que buscou uma maior familiaridade com o tema estudado (KÖCHE, 1997, p. 126, apud LEONEL, 2007); e, quanto à abordagem, trata-se de uma pesquisa qualitativa.

O procedimento utilizado para a coleta de dados foi o bibliográfico, o que permitiu, ao passo da elaboração do trabalho de monografia, compreender melhor os aspectos relacionados à doação de órgãos, com auxílio do estudo de material escrito a cerca dessa temática.

Koche (1997, p. 122, apud LEONEL, 2007) afirma que a pesquisa bibliográfica pode ser realizada com diferentes fins:

a) para ampliar o grau de conhecimentos em uma determinada área, capacitando o investigador a compreender ou delimitar melhor um problema de pesquisa; b) para dominar o conhecimento disponível e utilizá-lo como base ou fundamentação na construção de um modelo teórico explicativo de um problema, isto é, como instrumento auxiliar para a construção e fundamentação de hipóteses; c) para descrever ou sistematizar o estado da arte, daquele momento, pertinente a um determinado tema ou problema.

1.8 ESTRUTURA DA MONOGRAFIA

Este trabalho monográfico apresenta cinco capítulos, os quais estão dispostos da seguinte maneira:

O primeiro capítulo aborda a introdução, onde se expõem a delimitação do tema, pergunta problema, os objetivos, hipótese e o delineamento da referida pesquisa.

O segundo capítulo esclarece o que é a doação de órgãos, além de especificar os requisitos indispensáveis para ser um doador e como funciona na prática o processo de diagnósticos, intervenção e manutenção do possível doador até o seu desfecho final.

O terceiro capítulo trata dos direitos da personalidade da pessoa, tanto no direito de personalidade *pós mortem*, quanto ao direito do cadáver e a intervenção do Estado neste direito.

O quarto capítulo apresenta os resultados referente a pesquisa no sentido de demonstrar se existe a possibilidade ou não do indivíduo escolher em vida o que será feito com seus órgãos *pós mortem* e o que a legislação brasileira defende.

E o quinto capítulo apresenta a conclusão do referido estudo.

2 DOAÇÃO DE ÓRGÃOS

Esse capítulo destaca alguns aspectos acerca da doação de órgãos, como conceito, classificação e procedimentos clínicos e cirúrgicos para constatação da morte encefálica e de transplante.

2.1 O QUE É DOAÇÃO DE ÓRGÃOS

A remoção de órgãos, parte destes ou de tecidos de um indivíduo com ou sem vida para serem inseridos em outro indivíduo, afim de reestabelecer suas funções vitais, sua aptidão física, psíquica e emocional, para que deste modo a pessoa transplantada volte a gozar de saúde plena, é denominada doação de órgãos.

Amaral (2006, p. 265), define o transplante de órgãos como sendo a “retirada de um órgão, tecido ou parte do corpo humano, vivo ou morto, e sua utilização, com fins terapêuticos num ser humano”.

Para que o transplante de órgãos aconteça, é obrigatório que o paciente esteja acometido de uma doença que o simples tratamento medicamentoso e terapêutico não seja suficiente para saná-lo, conforme estabelece o Decreto Lei nº 9175 de 18 de outubro de 2017, em seu Art. 33, que nos ensina: “Art. 33. Os transplantes somente poderão ser realizados em pacientes com doença progressiva ou incapacitante e irreversível por outras técnicas terapêuticas” (BRASIL, 2017).

Por mais que possa parecer uma solução simples de resolver o problema de milhares de pessoas que sofrem com doenças que apenas o tratamento medicamentoso não é eficaz para reestabelecer a saúde, o transplante de órgãos ainda é um caminho longo, árduo e cheio de contratemplos.

2.2 TIPOS DE DOAÇÃO DE ÓRGÃOS

Na classificação dos tipos de órgãos encontram-se duas subclassificações: a doação “*inter vivos*” e a doação “*post mortem*”. Em qualquer umas das duas opções, a doação precisa ser gratuita, ou seja, tratando-se da entrega por livre e espontânea vontade do doador, caso a doação seja realizada em vida, ou dos familiares quando realizada “*post mortem*”. Nesse sentido, preceitua a Lei 9.434/1997, em seu artigo primeiro: “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” (BRASIL, 1997).

É importante ressaltar que neste processo, atualmente no Brasil, é mantido mais de 95% pelo Sistema único de Saúde (SUS), não existe, ou não deve existir a troca de valores pecuniários favorecendo ou desfavorecendo um cidadão na listagem estadual e/ou nacional de doação de órgãos (BRASIL, 2015).

2.2.1 Doação de órgãos “inter vivos”:

A doação “*Inter vivos*” consiste no fato de, tanto o doador como o receptor, encontrarem - se vivos; tal assunto encontra expressa previsão legal na Lei nº 9434/ 1997 em seu artigo 9º, que defende:

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 (BRASIL, 1997).

Como o próprio texto do artigo defende, o requisito mínimo para que uma pessoa possa doar um órgão ou parte deste é que seja, absolutamente, capaz no aspecto jurídico, e que a referida doação não lhe comprometa as aptidões físicas, além de ambos, doador e receptor, serem compatíveis; destaca-se que a doação, que não seja entre cônjuges e/ou parentes consanguíneos de até quarto grau, necessita de autorização judicial.

Este artigo remete ao artigo 5º do Código Civil Brasileiro/2002, que define quando a capacidade jurídica de uma pessoa é alcançada: “Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil” (BRASIL, 2002).

Os tipos de órgãos que podem ser doados nesta categoria incluem: rim, neste caso, doa-se um dos dois rins, este é o tipo de doação mais frequente inter vivos; medula óssea; fígado, sendo que parte do fígado pode ser doado, uma vez que, este tem a capacidade de se regenerar; parte do pulmão, não muito comum de ocorrer devido a fragilidade do órgão; e parte do pâncreas, em situações excepcionais. É importante ressaltar que vários exames são realizados, tanto no doador como no receptor, testando-se, ainda, entre outros requisitos, como a compatibilidade entre eles, sendo possível ao doador desistir a qualquer momento,

antes da realização da cirurgia do transplante, conforme preconiza o Art. 9º, § 5º da Lei Nº 9434/1997 (BRASIL, 1997).

2.2.2 Doação de órgãos “post mortem”:

Trata-se de doação “*post mortem*”, quando a retirada dos órgãos é realizada do cadáver do doador, que foi constatado com morte encefálica, e que seus familiares na forma da lei autorizaram o procedimento.

Neste trabalho monográfico vamos enfatizar a doação “*post mortem*” e nas suas complexidades. A doação de órgãos “*post mortem*” trata-se de um assunto delicado e polêmico, tendo em vista que, para a sua realização é necessário que uma pessoa seja constatada com morte encefálica, respeitando os ditames da lei, para que seus órgãos possam ser reutilizados em outra pessoa.

A doação de órgãos e tecidos é vista pela sociedade, em geral, como um ato de solidariedade e amor dos familiares. No entanto, ela exige a tomada de decisão num momento de extrema dor e angústia motivadas pelo impacto da notícia da morte, pelo sentimento de perda e pela interrupção inesperada de uma trajetória de vida (ALENCAR, 2006).

É compreensível que, o momento em que os familiares tomam esta decisão, seja difícil, apesar de o coração do ente querido ainda estar pulsando, já está dado como morto, e, deste modo, nada pode ser feito para alterar este diagnóstico.

2.3 ENTENDENDO COMO FUNCIONA O PROCESSO DE CONSTATAÇÃO DE MORTE ENCEFÁLICA E A MANUTENÇÃO DO POSSÍVEL DOADOR:

Para que uma pessoa seja doadora de órgãos no Brasil, é necessário respeitar alguns requisitos clínicos e legais. A pessoa precisa ser diagnosticada com o quadro de morte encefálica, ou seja, constata-se que não existe meios de reverter este quadro clínico, necessitando da autorização de seus familiares para a remoção, transporte e o transplante destes órgãos e/ou tecidos. Seguindo esta linha de raciocínio, a comunidade médica e hospitalar entende como morte encefálica “a cessação irreversível de todas as funções do encéfalo, incluindo o tronco encefálico, onde se situam estruturas responsáveis pela manutenção dos processos vitais autônomos” (SÁ, 2003, p. 57).

Recentemente, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução CFM nº 2173/17 que define os critérios para o diagnóstico da morte encefálica, como segue:

Art. 1º - Os procedimentos para determinação de morte encefálica (ME) devem ser iniciados em todos os pacientes que apresentem coma não perceptivo, ausência de reatividade supraespinhal e apneia persistente, e que atendam a todos os seguintes pré-requisitos: a) presença de lesão encefálica de causa conhecida, irreversível e capaz de causar morte encefálica; b) ausência de fatores tratáveis que possam confundir o diagnóstico de morte encefálica; c) tratamento e observação em hospital pelo período mínimo de seis horas. Quando a causa primária do quadro for encefalopatia hipóxico-isquêmica, esse período de tratamento e observação deverá ser de, no mínimo, 24 horas; d) temperatura corporal (esofágica, vesical ou retal) superior a 35°C, saturação arterial de oxigênio acima de 94% e pressão arterial sistólica maior ou igual a 100 mmHg ou pressão arterial média maior ou igual a 65mmHg para adultos, ou conforme a tabela a seguir// para menores de 16 anos (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017).

Em outras palavras, de forma mais simples são necessários três requisitos básicos para a instalação do protocolo de morte encefálica: coma não perceptivo, ausência de reatividade supraespinhal e apneia persistente. Portanto é necessário que o paciente apresente um quadro de coma, mas que a lesão encefálica que gerou este quadro seja conhecida, como, por exemplo, um Acidente Vascular Encefálico (AVE), um traumatismo crânio encefálico ou algum tipo de tumor cerebral primário, que além de ser conhecido pela equipe médica que está cuidando do paciente, possa ser comprovado através de exames de imagem. Outro ponto que precisa ser apreciado é a ausência de fatores, como o uso de drogas que possam gerar um quadro parecido como o de coma, e, deste modo, confundirem o diagnóstico de morte encefálica.

Desse modo, entende-se serem estes alguns dos requisitos clínicos indispensáveis, para que um possível doador, depois de finalizado o protocolo de morte encefálica, seja efetivado doador.

Iniciado o protocolo de morte encefálica, começa uma verdadeira corrida pela vida, onde cada minuto é crucial para o desfecho do doador e do receptor. Com o diagnóstico constatado, é questão de horas, para que o organismo comece a dar sinais da morte, como alterações fisiológicas e metabólicas importantes que precisam ser monitoradas e sanadas o mais rápido possível, evitando-se ao máximo uma parada cardíaca.

Após sua detecção, o potencial doador deve ter manutenção adequada, pois a morte encefálica provoca uma série de alterações fisiopatológicas que levam à parada cardíaca em questão de horas a alguns dias. Há alteração da hemodinâmica, da função respiratória, do equilíbrio hidroeletrólítico, do equilíbrio hormonal e do controle da temperatura (GARCIA, 2015, p. 71).

Por esses e outros motivos, é que, em se tratando do protocolo de morte encefálica, não se pode perder tempo. As alterações ocorrem, relativamente, em seguida à morte encefálica, pois o cérebro deixa de exercer suas atividades normais e essenciais para a manutenção da vida, e, deste modo, todas as funções do organismo estão comprometidas. É normal, que a pressão sanguínea do possível doador apresente hipotensão, fazendo-se necessária a introdução de drogas vasoativas para a manutenção desta pressão, como é o caso dos medicamentos noradrenalina e vasopressina que, normalmente, são utilizados pelos médicos; a escolha do medicamento mais apropriado a cada caso cabe à equipe médica da unidade de terapia intensiva. Outro sintoma muito presente é a hipotermia, caso que precisa ser tratado com uso de infravermelhos e cobertores térmicos, para manter o corpo aquecido, não podendo esta temperatura baixar dos 35°C, conforme preconiza a Resolução CFM nº. 2173/17, supracitado neste texto. Entretanto, uma vez iniciado o protocolo, esse pode ser parado a qualquer momento em que o paciente apresente algum sinal de vida, como seria o caso de reflexo de tosse, ou os exames gráficos que demonstre a perfusão cerebral.

O protocolo de morte encefálica é necessário não apenas para o caso de doação de órgãos, apesar de esta ser ou deveria ser a sua maior finalidade, mas para emitir um parecer do paciente. O processo de constatação de morte encefálica é um pouco lento devido aos prazos que, necessariamente, precisam ser respeitados, como o intervalo de 6 (seis) horas entre um exame clínico e o outro, além da parte burocrática que cabe à equipe médica, para que todos os procedimentos sejam realizados com segurança, ética e evitando-se, ao máximo, a possibilidade de ocorrência de erros neste diagnóstico.

2.4 DESENVOLVIMENTO DO PACIENTE EM SUSPEITA DE QUADRO DE MORTE ENCEFÁLICA

Quando o paciente encontra-se internado em um hospital e apresenta lesão neurológica que sugere possível quadro de morte encefálica, iniciam-se ou deveriam iniciar, imediatamente, os testes para o diagnóstico de possível doador.

Existe uma rotina que precisa ser seguida pela equipe multidisciplinar, que compreende a abertura do protocolo de morte encefálica (ME); realização de dois exames clínicos, teste de apneia, exame complementar gráfico, confirmação da morte, entrevista com a família, exames laboratoriais, busca no ranking estadual e nacional para possíveis receptores compatíveis, cirurgia de remoção dos órgãos, acondicionamento adequado dos órgãos e

transporte, entrega do corpo devidamente recomposto aos familiares e cirurgia de implante dos órgãos no paciente receptor.

O denominado protocolo de morte encefálica ME é um processo dinâmico, deste modo, é compreensível pela comunidade científica mundial que, não existe um cronograma ou um fluxograma perfeito com uma ordem cronológica específica e rigorosa para ser seguidos, como um passo a passo. Na verdade, existem etapas e procedimentos, como, os que serão apresentados a seguir nessa monografia, que precisam estar presentes, não dependendo em que ordem se encontram no referido protocolo.

2.4.1 Abertura do protocolo de morte encefálica (ME)

Quanto mais cedo esse protocolo for iniciado, caso seja constatado a morte encefálica do possível doador, maiores serão as chances de retirada dos órgãos e de um possível transplante. A Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2173/17, artigo 2º dispõe que:

Art. 2º - É obrigatória a realização mínima dos seguintes procedimentos para determinação da morte encefálica:

- a) dois exames clínicos que confirmem coma não perceptivo e ausência de função do tronco encefálico;
- b) teste de apneia que confirme ausência de movimentos respiratórios após estimulação máxima dos centros respiratórios;
- c) exame complementar que comprove ausência de atividade encefálica (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017).

Após o primeiro diagnóstico, é obrigatório observar o paciente por seis horas para iniciarem-se os testes. Neste momento, a equipe médica necessita, compulsoriamente, comunicar às Centrais de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos (CNCDOs). O médico deve entrar em contato com a central do seu Estado, informando nome, idade, causa da morte e hospital onde o paciente se encontra internado. Esta notificação é obrigatória e independe da aceitação da família em permitir ou não a doação de órgãos.

Como já visto, os sinais vitais do paciente precisam ser mantidos dentro dos padrões estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina (2017), que são eles:

Art. 1º Os procedimentos para determinação de morte encefálica (ME) devem ser iniciados em todos os pacientes que apresentem coma não perceptivo, ausência de reatividade supraespinhal e apneia persistente, e que atendam a todos os seguintes pré-requisitos:

(...)

- d) temperatura corporal superior a 35°C, saturação arterial de oxigênio acima de 94% e pressão arterial sistólica maior ou igual a 100 mmHg ou pressão arterial média

maior ou igual a 65mmHg para adultos (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017).

Esses parâmetros precisam ser mantidos durante todo o protocolo de morte encefálica, até a constatação ou a revogação deste diagnóstico.

2.4.2 Realização de dois exames clínicos

A Resolução CFM nº 2173/17 preconiza que sejam realizados dois exames clínicos pela equipe médica.

Art. 2º - É obrigatória a realização mínima dos seguintes procedimentos para determinação da morte encefálica:

a) dois exames clínicos que confirmem coma não perceptivo e ausência de função do tronco encefálico (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017).

O exame clínico deve confirmar que o paciente está em coma perceptivo, ausência dos reflexos de tronco e de incursões respiratórias aparentes. Entre alguns dos parâmetros que são observados no decorrer destes exames clínicos, podem-se citar: reflexo de tosse, reflexo córneo-palpebral, apneia entre outros. Assim, preceitua a Resolução Nº 2173/17:

Art. 3º - O exame clínico deve demonstrar de forma inequívoca a existência das seguintes condições:

(...)

§ 1º Serão realizados dois exames clínicos, cada um deles por um médico diferente, especificamente capacitado a realizar esses procedimentos para a determinação de morte encefálica.

§ 2º Serão considerados especificamente capacitados médicos com no mínimo um ano de experiência no atendimento de pacientes em coma e que tenham acompanhado ou realizado pelo menos dez determinações de ME ou curso de capacitação para determinação em ME, conforme anexo III desta Resolução (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017).

Um dos fatores que comprovam a seriedade com que todo o processo de diagnóstico, manutenção, intervenção e concretização do processo de doação de órgãos precisa ser levado em consideração, diz respeito, entre outras coisas, ao fato de os exames serem realizados por profissionais diferentes, o que assegura, ainda mais, os índices de acerto em relação ao diagnóstico de ME. Além disso, os médicos envolvidos no processo desse protocolo ficam impedidos de participar da extração e transporte dos órgãos. É o que determina a Resolução Nº 2173/17:

Art. 10. - A direção técnica do hospital onde ocorrerá a determinação de ME deverá indicar os médicos especificamente capacitados para realização dos exames clínicos e complementares.

§ 1º Nenhum desses médicos poderá participar de equipe de remoção e transplante, conforme estabelecido no art. 3º da Lei nº 9.434/1997 e no Código de Ética Médica.
§ 2º Essas indicações e suas atualizações deverão ser encaminhadas para a Central Estadual de Transplantes (CET) (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017).

Isso assegura que não ocorram fraudes no processo de captação e distribuição de órgãos, uma vez que a equipe medica hospitalar envolvida no protocolo do ME finda suas atividades ao momento em que o possível doador é encaminhado ao centro cirúrgico para a remoção dos órgãos.

Esses exames clínicos compreendem os seguintes testes (Moura e Silva, 2014): teste clínico de reflexo fotomotor, que consiste em incidir com uma lanterna luminosidade, exatamente, na região ocular do paciente e verificar se há ou não estímulo a esse fecho luminoso, sendo que em pacientes com quadro de ME não se constata estímulo; teste clínico de reflexo corneopalpebral, trata-se de um leve estímulo na borda lateral da córnea com a ponta de uma gaze ou por meio de instilação de soro fisiológico, em caso de ME, o reflexo é ausente; teste clínico de reflexo oculocefálico, pelo qual o profissional ergue a cabeça do paciente e gira de um lado para o outro, mantendo-o com os olhos abertos, sendo em paciente com ME, os olhos acompanharão a movimentação da cabeça; teste clínico de reflexo oculoestibular, que consiste em instilar 50 ml de solução de água ou soro fisiológico frio (2 e 8 °C), ou aquecida (aproximadamente 38°C) no meato auditivo e manter o paciente com os olhos abertos e se verificar a movimentação, sendo que em paciente ME deve-se constatar a ausência de qualquer movimento; teste clínico de reflexo de vômito ou de tosse, que consiste em introduzir uma sonda estéril na cânula oro traqueal ou de traqueostomia até obter resistência e observar se ocorre esforço para a tosse ou vômito.

2.4.3 Teste de apneia

Seguindo as diretrizes do Conselho Federal de Medicina, após a realização dos dois exames clínicos obrigatórios por médicos diferentes, o próximo passo é a realização do teste de apneia, que acontecerá dentro da unidade de terapia intensiva e deve respeitar os parâmetros estabelecidos na legislação, como segue:

Art. 2º - É obrigatória a realização mínima dos seguintes procedimentos para determinação da morte encefálica:

(...)

b) teste de apneia que confirme ausência de movimentos respiratórios após estimulação máxima dos centros respiratórios (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017).

O procedimento acontece deste modo: coleta-se uma gasometria arterial inicial, através de acesso venoso central que deve demonstrar hiperóxia e pCO₂ entre 35 e 45 mmHg; a seguir desconecta-se o ventilador mecânico, para ser introduzido um cateter de oxigênio com fluxo de 6-8 l/min na traqueia. Neste momento, a equipe médica deve observar, atentamente, a presença de movimentos respiratórios por cerca de 10 (dez) minutos. Ao final deste tempo, o paciente é reconectado ao ventilador mecânico, para se realizar, novamente, uma coleta de gasometria arterial que deve demonstrar pCO₂ igual ou acima de 55 mmHg.

2.4.4 Exame complementar gráfico

Dando seguimento ao protocolo de ME, além da realização dos dois exames clínicos e do teste de apneia, faz-se necessária a realização de um exame complementar a ser realizado por médico neurologista, que decidirá pelo teste que seja mais viável, levando em consideração o estado clínico, metabólico e hemodinâmico do paciente, como preconiza a legislação:

Art. 5º - O exame complementar deve comprovar de forma inequívoca uma das condições:

- a) ausência de perfusão sanguínea encefálica ou
- b) ausência de atividade metabólica encefálica ou
- c) ausência de atividade elétrica encefálica.

§ 1º A escolha do exame complementar levará em consideração situação clínica e disponibilidades locais.

§ 2º Na realização do exame complementar escolhido deverá ser utilizada a metodologia específica para determinação de morte encefálica.

§ 3º O laudo do exame complementar deverá ser elaborado e assinado por médico especialista no método em situações de morte encefálica (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017).

Dentre os exames que podem ser realizados podemos citar: eletroencefalograma, doppler transcraniano, extração cerebral de oxigênio, angiografia cerebral, cintilografia radioisotópica, tomografia por emissão de fóton único, tomografia por emissão de pósitrons, monitorização de pressão intracraniana e/ou tomografia computadorizada com xenônio, para que seja comprovada ou não a morte encefálica.

É importante ressaltar que os parâmetros são diferenciados entre crianças e pessoas adultas, por isso os valores apresentados como base neste trabalho monográfico dizem respeito a um paciente adulto, uma vez que se busca compreender a dinâmica do processo, para que a partir deste ponto possa-se vislumbrar como a área jurídica pode interferir de forma positiva nesta rotina.

2.4.5 Morte encefálica comprovada e entrevista familiar

Com o desenrolar do protocolo de morte encefálica e não ocorrendo nenhuma constatação de que o paciente se encontra vivo, ou seja, caso os testes clínicos, o exame complementar gráfico e o teste de apneia comprovem que se trata de morte encefálica, então, chega o momento mais difícil, que é a hora em que a família precisa decidir se vai ou não autorizar a doação dos órgãos do familiar falecido.

A doação de órgãos pode representar uma imagem negativa da morte, como cita Bendassolli (2000), ela pode ser encarada por um prisma ligado, diretamente, à mutilação corporal, pois ocorre em um momento de fragilidade emocional e pode potencializar os sentimentos de perda na família.

Embora o coração desse possível doador continue pulsando, cabe à equipe médica explicar para a família que, na verdade, trata-se de reações metabólicas geradas pelos medicamentos e aparelhos aos quais o corpo está conectado, e que, portanto, não há mais o que se fazer para a reversão deste quadro clínico. Uma vez constatada a morte encefálica, este quadro é irreversível, sem hipótese de haver alteração desse, muito embora, os familiares, no geral, acreditem nessa possibilidade e, devido as suas crenças religiosas ou pelo fato de não compreenderem com exatidão a complexidade e veracidade do diagnóstico de morte encefálica.

Bittencourt et al. (2011) afirma que, durante o processo de consentimento para a captação de órgãos, o entendimento da situação de ME é o principal fator, para que os familiares considerem a doação.

É importante ressaltar que a família precisa estar ciente de como o quadro clínico de seu familiar vem evoluindo; desta forma, quanto mais realista o parecer médico passado aos familiares, melhores e maiores serão as possibilidades de esta concordar com doação de órgãos, levando em conta, todos os outros aspectos sociais e culturais pertinentes ao tema.

A família é responsável pela decisão, desde procedimentos simples até as decisões mais complexas, como, a doação de órgãos, devendo se desapegar, totalmente, da esperança e da fé em ocorrer um milagre, como contrapõe Smeltzer et al. (2009).

Destaca-se que ao artigo 4º da Lei 9434/97, que teve seu texto editado pela Lei nº 10211/2001, regulamenta que, após o paciente ser diagnosticado com quadro de morte encefálica e respeitado todos os procedimentos clínicos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, para que de fato seja realizada a remoção dos órgãos do indivíduo, é

indispensável que família, respeitada a linha sucessória, assine um termo, com mais duas testemunhas.

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 (BRASIL, 2001).

Durante todo o processo de manutenção, diagnóstico e captação, é importante estreitar laços com a família do paciente, permitir que seus membros visitem o paciente por um maior tempo possível, assim como, possibilitar que mais pessoas estejam com ele.

Rech e Rodrigues Filho (2007) afirmam que o momento ideal da abordagem dos familiares sobre a doação de órgãos parece ser logo após a notícia de ME, técnica conhecida como desacoplamento, em que o médico intensivista informa a família sobre o diagnóstico de ME e seu significado, esclarecendo as dúvidas dos mesmos.

A conversa com a família pode e deve ocorrer em vários momentos durante o protocolo. No entanto, com o diagnóstico fechado e tratando-se de morte encefálica a família é chamada para uma última conversa. A equipe multidisciplinar formada por médicos, enfermeiros, psicólogos permitem que todas as dúvidas sejam esclarecidas para que a decisão seja tomada. Com a documentação assinada pela família, autorizando a remoção dos órgãos é chegado o momento de o paciente ir para o centro cirúrgico.

O consentimento familiar deve ser informado à Organização de Procura de Órgãos (OPO), que por sua vez informará a Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos (CNCDO), a qual realizará a locação dos órgãos autorizados para doação, de acordo com os critérios legais vigentes, conforme ensina Moura e Silva (2014).

Embora a família tenha assinado o termo, permitindo a remoção dos órgãos de seu familiar, esta decisão poderá ser revogada a qualquer momento, antes da realização da cirurgia, e a equipe médica estará obrigada a respeitar essa decisão de desistência.

Caso a família decida pela não realização da doação dos órgãos de seu familiar, a equipe médica tem o dever de suspender o suporte medicamentoso e entregar o corpo aos familiares, conforme preconiza o Decreto Lei Nº 9.175, de 18 de outubro de 2017.

Art. 19. Após a declaração da morte encefálica, a família do falecido deverá ser consultada sobre a possibilidade de doação de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano para transplante, atendido o disposto na Seção II do Capítulo III.

Parágrafo único. Nos casos em que a doação não for viável, por quaisquer motivos, o suporte terapêutico artificial ao funcionamento dos órgãos será descontinuado, hipótese em que o corpo será entregue aos familiares ou à instituição responsável pela necropsia, nos casos em que se aplique (BRASIL, 2017).

Esse procedimento em nada se confunde com a eutanásia, uma vez que esta é caracterizada pela suspensão de suporte medicamentoso e terapêutico a uma pessoa viva, entretanto no protocolo de morte encefálica, essa suspensão somente ocorre após o diagnóstico final e a pessoa encontra-se morta de fato.

Sobre a eutanásia, Gomes (2007, p. 1) assevera que: “A "morte digna", que respeita a razoabilidade (quando atendida uma série enorme de condições), elimina a dimensão material-normativa do tipo (ou seja, a tipicidade material), porque a morte, nesse caso, não é arbitrária, não é desarrazoada. Não há que falar em resultado jurídico desvalioso nessa situação”.

É muito importante que a família esteja ciente deste desfecho, embora os próprios familiares por questões religiosas ou culturais possam acreditar na possibilidade de uma reversão no quadro de morte encefálica. Neste sentido, a Resolução CFM N° 2173 de 2017 defende que:

Constatada a ME, o médico tem autoridade ética e legal para suspender procedimentos de suporte terapêutico em uso e assim deverá proceder, exceto se doador de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano para transplante, quando deverá aguardar a retirada dos mesmos ou a recusa à doação (Resolução CFM n° 1.826/2007). Essa decisão deverá ser precedida de comunicação e esclarecimento sobre a ME aos familiares do paciente ou seu representante legal, fundamentada e registrada no prontuário (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017).

Se a família não aceitar a doação, não existe amparo legal para que a equipe médica mantenha o corpo em funcionamento, sendo recomendado a suspensão dos medicamentos e do suporte mecânico, uma vez que, a partir desse momento, as funções vitais do organismo, como, pressão arterial, frequência respiratória, batimento cardíaco estarão zerados e o corpo será entregue a família.

2.4.6 Exames laboratoriais

Cabe dizer que os exames laboratoriais ocorrem desde o primeiro instante do diagnóstico do possível doador e seguem após a retirada dos órgãos e acompanham até que estes estejam inseridos no paciente receptor. Durante todo o protocolo de ME, é comum o fato que o possível doador apresente variações importantes que precisam ser diagnosticadas o mais rápido possível, para que se adotem as medidas necessárias pela equipe médica. “A manutenção adequada do potencial doador (PD) influencia diretamente nas condições do enxerto no pós-transplante e reduz o índice de colapso circulatório do falecido antes da captação dos órgãos” (MOURA E SILVA, 2014, p. 43).

Sinais vitais como temperatura, pressão arterial, funções metabólicas e a própria manutenção do órgão a ser retirado variam com extrema rapidez e a cada minuto a mais que se leva para diagnosticar e corrigir tais alterações, maiores serão as probabilidades de o possível doador sofrer uma parada cardíaca inviabilizando a manutenção, captação, remoção, transporte e o transplante eficaz do órgão.

2.4.7 Cirurgia de remoção dos órgãos

Caso tudo ocorra bem durante o protocolo de ME, e isso, geralmente, acontece, no sentido de o corpo do doador manter as condições mínimas exigidas, para que seja positiva a doação de órgãos e venha trazer benefícios ao paciente receptor e com o consentimento familiar autorizando a retirada de órgãos para a doação, é chegada a hora da cirurgia de extração dos órgãos, partes destes ou tecidos.

Preferencialmente, a cirurgia de extração de MO deve ser acompanhada pelo entrevistador, e a OPO também deve estar presente. O papel do entrevistador no acompanhamento da cirurgia de extração é o padrão-ouro da assistência aos familiares do doador, pois garante a agilidade na cirurgia, a retirada dos órgãos autorizados, o respeito ao doador e a reconstituição digna do corpo. Caso a presença do entrevistador não seja possível, a OPO assume esse papel, sendo recomendada uma minuciosa inspeção no corpo antes da entrega aos familiares, além do acolhimento final a estes (MOURA E SILVA, 2014, p. 68).

Conforme preconiza a Resolução nº 2173/2017, no artigo 10 § 1º (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017): “nenhum dos médicos que atuaram no processo de diagnóstico e manutenção do protocolo de ME estão permitidos a participarem da cirurgia de remoção de órgãos”, isto ainda, respeitando as normas da lei dos transplantes a Lei nº 9434/1997, em seu Art. 3º que nos ensina:

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 (BRASIL, 1997).

O legislador, ao editar esta norma preocupou-se com as possibilidades do risco de permitir que a mesma equipe médica que participasse do processo de diagnóstico de morte encefálica, também participasse da extração dos órgãos.

2.4.8 Devolução do corpo aos familiares e transporte dos órgãos:

Findada a cirurgia de remoção de órgãos e realizada a sua devida recomposição com próteses, chega o momento de realizar a entrega do corpo a família. Moura e Silva (2014, p.69) defendem que existem dois meios de se realizar a entrega do corpo. Neste sentido quando a morte é causada por circunstâncias externas, o corpo é encaminhado ao Instituto Médico Legal (IML), que será o responsável pela emissão do atestado de óbito; quando a morte é causada por circunstâncias naturais, a declaração de óbito será emitida pela equipe médica do hospital.

Os órgãos humanos devem ser transportados por profissional designado pela equipe técnica de transplante, sob ciência da CNCDO, ou pela própria CNCDO;1 de forma segura, obedecendo às normas de biossegurança, com o propósito de assegurar a integridade e conservação, além de prevenir a contaminação do material e do pessoal envolvido no transporte (MOURA E SILVA, 2014, p. 89).

Após a retirada dos órgãos pela equipe que realizou a cirurgia, cabe a esta encaminhar o órgão até o seu destino final, ou seja, ao hospital onde se encontra o paciente receptor do órgão.

Quando os familiares não aceitam a realização da doação dos órgãos do ente falecido, a equipe médica da Unidade de Terapia Intensiva (UTI) está apta e é obrigada a suspender o suporte que estava sendo ofertado, como medicações e uso do respirador mecânico; uma vez diagnosticado a morte encefálica, o paciente está morto.

Constatada a ME, o médico tem autoridade ética e legal para suspender procedimentos de suporte terapêutico em uso e assim deverá proceder, exceto se doador de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano para transplante, quando deverá aguardar a retirada dos mesmos ou a recusa à doação (Resolução CFM nº 1.826/2007). Essa decisão deverá ser precedida de comunicação e esclarecimento sobre a ME aos familiares do paciente ou seu representante legal, fundamentada e registrada no prontuário (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017).

Deste modo, restam-lhes duas alternativas: a família autoriza a doação sendo fornecido todo o suporte necessário para a manutenção deste corpo até que se finde o processo de diagnóstico de morte encefálica e possa ocorrer a remoção dos órgãos, ou suspende –se o suporte medicamentoso e entrega-se o corpo para a família.

2.4.9 Busca por possíveis receptores compatíveis

Embora a família autorize a retirada dos órgãos de seu familiar, de nada adianta a realização desta cirurgia, se não houver a possibilidade de um implante destes órgãos, que em média possui um tempo curto de vida fora do organismo do doador, no paciente receptor.

Atualmente, o Brasil conta com uma listagem estadual e nacional, conforme estabelece a legislação, por seu Decreto Lei nº 9.175/2017:

Art. 5º O Ministério da Saúde, por intermédio de unidade própria prevista em sua estrutura regimental, exercerá as funções de órgão central do SNT, e lhe caberá:

VIII - gerenciar a lista única de espera de receptores, de forma a garantir a disponibilidade das informações necessárias à busca de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano para transplantes; e

§ 2º Para fins do disposto no inciso VIII do caput, a lista única de espera de receptores será constituída pelo conjunto das seguintes listas:

I - lista regional, nos casos que se aplique;

II - lista estadual;

III - lista macrorregional; e

IV - lista nacional.

§ 3º A composição das listas de que trata o § 2º ocorrerá a partir do cadastro técnico dos candidatos a receptores, de acordo com os critérios a serem definidos em ato do Ministro de Estado da Saúde (BRASIL, 2017).

Uma vez iniciado o protocolo de possível doador de morte encefálica, serão coletadas amostras de sangue que serão encaminhadas à Central de Captação, Notificação e Distribuição de Órgãos e Tecidos de cada Estado, que, por sua vez, em Santa Catarina é a SC transplantes. Essas centrais possuem um cadastro minucioso dos pacientes que seguem na lista de espera para o transplante de órgãos. Sempre que se inicia um possível diagnóstico de morte encefálica, buscam-se receptores compatíveis, porém os pacientes somente serão chamados após a família assinar o termo de doação de órgãos, sendo, também, cientificados que o processo pode ser interrompido, caso a família doadora mude de ideia, antes da cirurgia de remoção, conforme preconiza o Decreto Lei nº 9.175/2017, como segue:

Art. 34. A realização de transplantes ou enxertos de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano somente será autorizada após a realização, no doador, dos testes estabelecidos pelas normas do SNT, com vistas à segurança do receptor, especialmente quanto às infecções, às afecções transmissíveis e às condições funcionais, segundo as normas complementares do Ministério da Saúde (BRASIL, 2017).

Caso ocorra uma doação de órgãos no Estado de Santa Catarina, mas no ranking estadual não seja localizado nenhum paciente receptor compatível com o doador, os órgãos

serão disponibilizados para a listagem nacional, cabendo ao Estado providenciar a busca dos órgãos doados, como estabelece o Decreto Lei em comento, como se expõe:

Art. 37. A seleção de um receptor em lista de espera não confere a ele ou a sua família direito subjetivo à indenização caso o transplante não se realize devido a prejuízo nas condições dos órgãos, dos tecidos, das células ou das partes que lhe seriam destinados provocado por acidente ou incidente em seu transporte (BRASIL, 2017).

Nesses casos, na maioria das vezes, não há tempo suficiente entre a retirada do órgão em determinado hospital do Estado e a chegada a outro, onde se encontra o paciente receptor.

2.4.10 Tempo de vida útil de um órgão fora do corpo do doador

É sabido que para cada tipo de órgão existe um tempo limite entre a retirada do corpo do doador, o transporte até o hospital, onde se encontra o paciente receptor, e a cirurgia de implantação do órgão transplantado.

Segundo Moura e Silva (2014), cabe à comissão intra-hospitalar de doação de órgãos e tecidos para transplantes (CIHDOTT) a responsabilidade de identificar os potenciais doadores e transformá-los em doadores efetivos.

A sequência de retirada dos órgãos é definida de acordo com o tempo de isquemia de cada órgão: Coração até quatro (04) horas; pulmões de quatro a seis (04 a 06) horas; fígado até doze (12) horas; pâncreas até vinte (20) horas; intestino de seis a oito (06 a 08) horas; rins até vinte e quatro ou trinta e seis horas (24 ou 36) dependendo da solução utilizada; córnea até sete (07) dias.

2.4.11 Outros doadores

Para cada grupo ou tipo de doadores são estabelecidas regras específicas todas previstas na legislação brasileira. Para base de dados, neste trabalho monográfico, utilizaram-se, como referência, potenciais doadores adultos e plenamente capazes, juridicamente falando.

2.4.11.1 Menores e incapazes

Em se tratando de menores e/ou incapazes, juridicamente, a lei estabelece que será responsável por este consentimento quem detiver o poder familiar, a tutela ou curatela conforme prevê o Art. 20 do Decreto Lei nº 9.175 de 2017:

Art. 20. A retirada de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano, após a morte, somente poderá ser realizada com o consentimento livre e esclarecido da família do falecido, consignado de forma expressa em termo específico de autorização.

[...]

§ 3º A retirada de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano de falecidos incapazes, nos termos da lei civil, dependerá de autorização expressa de ambos os pais, se vivos, ou de quem lhes detinha, ao tempo da morte, o poder familiar exclusivo, a tutela ou a curatela (BRASIL, 2017).

Isso visa manter a segurança jurídica quando as equipes responsáveis pela captação de órgãos se deparam com casos específicos.

2.4.11.2 Estrangeiros

Em se tratando de possíveis doadores, aos receptores estrangeiros residentes no Brasil, será aplicado o mesmo tratamento aplicado aos brasileiros natos, conforme o Decreto Lei em comento, como segue:

Art. 41. O estrangeiro poderá dispor de órgãos, tecidos, células e partes de seu corpo para serem retirados em vida, para fins de transplantes ou enxerto em receptores cônjuges, companheiros ou parentes até o quarto grau, na linha reta ou colateral, sejam estes brasileiros ou estrangeiros.

[...]

Parágrafo único. Aos potenciais doadores vivos estrangeiros aplicam-se as mesmas exigências referentes aos potenciais doadores brasileiros, especificadas no Capítulo IV (BRASIL, 2017).

Já, para os que não residem no país, não poderão realizar o transplante de órgãos, ressalvados os casos em que a lei, expressamente, autorizar ou se valendo de tratado internacional de reciprocidade, caso haja.

Feitas essas considerações acerca do procedimento médico de doação de órgãos, passa-se ao capítulo seguinte, onde se abordam os direitos de personalidade da pessoa, segundo o ordenamento jurídico brasileiro.

3 DIREITOS DA PERSONALIDADE, MORTE E SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

Nesse capítulo, passa-se a descrever acerca dos direitos de personalidade da pessoa humana – quais são eles, o que são, quando começam e quando terminam; assim como, outras questões que dizem respeito à morte e ao cadáver e o que representam, juridicamente, a referidos direitos, e, por fim, o papel do Estado na saúde pública, e que merecem atenção, dado o tema em estudo, como se passa a expor.

3.1 DIREITOS DE PERSONALIDADE E PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A personalidade do ser humano consiste em um conjunto de atribuições, que compreende poderes, direitos e faculdades, consagrados e admitidos pelo ordenamento jurídico que rege um país. Rizzardo (2015, p. 187) nos ensina que “enquanto a pessoa restringe-se ao sujeito capaz de direito e obrigações, a personalidade decorre da pessoa, mas, na aptidão para o exercício dos direitos e obrigações”.

É sabido, no meio acadêmico e jurídico, que todos os indivíduos possuem direitos de personalidade, expressamente, previstos na legislação civil e Constituição Federal de 1988. Entre o rol de direitos constitucionais, encontram-se a liberdade, a igualdade, a capacidade, que, por sua vez, segundo Diniz (2006, p. 177), é a “medida jurídica da personalidade”, o que denota que, para possuir capacidade, o indivíduo precisa respeitar alguns requisitos de uma relação jurídica.

Em se tratando de direitos de personalidade, é impossível tratar do assunto sem fazer menção a um dos princípios constitucionais mais importantes do nosso ordenamento jurídico, o *princípio da dignidade da pessoa humana*. É consenso no nosso país que os princípios, em especial os constitucionais, categoria da qual abrange o princípio da dignidade da pessoa humana, são considerados normas jurídicas dotadas de coercitividade e imperatividade; deste modo, coloca todo o conjunto normativo inferior aos seus entendimentos e valores. Neste sentido, Moraes (2002, p. 129) ensina que a dignidade da pessoa humana é:

Um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas

excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, entre outros, aparece como consequência imediata da Consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. (MORAIS, 2002)

Esse princípio quer dizer que a principal função do Direito é a preservação da vida; da integridade física, mental e psicológica dos seres humanos e a total realização de sua personalidade. Por isso, é tão importante preservar a dignidade da pessoa humana, pois não há vida sem dignidade, ou pelo menos, não deveria haver, uma vez que “o direito à vida é o fundamento de todos os Direitos. A ética da vida se insere por essa via na universidade dos valores. Quem diz dignidade humana, diz justiça” (SILVA, 2002 p, 12).

Ademais de outros direitos, o indivíduo possui o direito ao próprio corpo, direito este de impor sanções, caso haja violações ou ofensas. Conforme nos ensina Bittar (2003, p. 88), o corpo é o “instrumento pelo qual a pessoa realiza a sua missão no mundo fático. Configura também direito disponível, mas sob limitações impostas pelas conotações de ordem pública”.

A legislação/o brasileira se preocupa tanto em resguardar o direito à vida que protege o direito do nascituro, conforme previsto no Art. 2º do Código Civil Brasileiro que defende: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Da mesma forma, pune o aborto, conforme prevê o Art. 124 do Código Penal Brasileiro (CP), e veda a eutanásia, embora o CP não traga tal previsão, expressamente, uma vez que o mesmo tenha sido editado na década de 1940, quando não existia o termo eutanásia difundido como é, atualmente, há, entretanto, equiparação desse delito, por disposição no artigo Art. 121 do CP: “Matar alguém:[...] § 1º Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço” (BRASIL, 1940).

Com a evolução da sociedade, a lei, a doutrina e jurisprudência, aos poucos, também, foram evoluindo e, deste modo, reconhecendo certas prerrogativas, tratando-se de direitos inalienáveis, que merecem proteção legal, como muito bem nos explica Gonçalves (2011, p.183):

A concepção dos direitos da personalidade apoia-se na ideia de que, a par dos direitos economicamente apreciáveis, destacáveis da pessoa de seu titular, como a propriedade ou o crédito contra um devedor, outros há, não menos valiosos e

merecedores da proteção da ordem jurídica, inerentes à pessoa humana e a ela ligados de maneira perpétua e permanente. São os direitos da personalidade, cuja existência tem sido proclamada pelo direito natural, destacando-se, dentre outras, o direito à vida, à liberdade, ao nome, ao próprio corpo, à imagem e à honra. (GONÇALVES, 2010)

Deste modo, precisa-se entender a origem destes direitos tão fundamentais e importantes para a pessoa humana.

3.1.1 Conceituando o nascituro

Entende-se, comumente, por nascituro, aquele que foi concebido, mas que ainda não nasceu. Segundo França (2004), o nascituro é “o ser humano que está por nascer, já concebido no ventre materno. A lei não lhe confere o título de pessoa, mas resguarda-lhe desde logo, seus direitos futuros, através de medidas que salvaguardam seus inalienáveis interesses”. Embora, ainda, não tenha nascido, mas por se tratar de uma esperança de nascimento, a lei o resguarda punindo quem o tentar contra a sua vida, por crime de aborto. Nos dizeres de Oliveira e Queiroz (2013, p. 498):

É importante que se tenha em mente a noção clara de personalidade civil e o momento e seu começo, pois é a partir de sua obtenção que a pessoa adquire direitos e contrai obrigações. Os direitos do nascituro são tutelados pela lei civil, que os põe a salvo desde a concepção, e também pela lei penal, tendo em vista a punição do aborto, do infanticídio durante o parto, da periclitacão da vida e da saúde, entre outros. (OLIVEIRA E QUEROZ, 2013)

Compreende-se, deste modo, a necessidade de qualificar o nascituro como um ser que necessita de amparo, tutela e cuidados. Para Gimenez e Gimenez (2013, p. 259), “direito da personalidade é aquele inerente à pessoa humana, que deve ser desenvolvido desde o ventre materno e que, posteriormente, deve ser protegido pelo Poder Público”. Logo, neste sentido, Camargo (2013, p. 281), nos ensina que “assim, a personalidade seria o indivíduo em si, com todas as suas características, sendo o ambiente externo fator de influência”.

Quanto a origem ao direito de personalidade, existem três teorias principais. São estas: teoria concepcionista, a teoria natalista e a teoria condicional, como se verá abaixo:

3.1.2 Teoria concepcionista

Os doutrinadores que defendem tal teoria afirmam que o início da vida humana ocorre no momento da fertilização do ovócito pelo espermatozoide, ou seja, desde a concepção. Neste linear de raciocínio Moura (2013, p. 14) nos ensina que:

Sob influência do direito francês, e com adeptos da envergadura de Teixeira de Freitas e Clóvis Beviláqua, a presente corrente de pensamento defende que a personalidade começa antes do nascimento, sendo que com a concepção já deve assegurar os interesses do nascituro. Vale afirmar que, mesmo nesta corrente, o nascituro titulariza somente direitos personalíssimos e os de personalidade, ficando os de conteúdo patrimonial a aguardar o nascimento com vida.

Segundo Oliveira e Queiroz (2013, p. 499), “essa doutrina é enfática em afirmar que a personalidade do homem começa a partir da concepção, porque, desde tal momento, o nascituro é considerado pessoa”.

Para esta teoria, de acordo com Loureiro (2009, p. 118), (...) a personalidade começa na concepção e não do nascimento com vida. Com isso, muitos dos direitos do status de nascituro não dependem do nascimento com vida, como os direitos de personalidade, o direito de ser adotado, de ser reconhecido, à representação. Com a aplicação desta teoria se explica o fato de os nascituros poderem receber alimentos, herdar, ser parte em ações judiciais, entre outros, e possam ter seus direitos resguardados, mesmo antes de nascerem.

Embriões oriundos de reprodução assistida, ainda não implantados no útero materno devem receber proteção contra manipulações arbitrárias, entretanto, deve-se lembrar de que estes são material humano e não possuem expectativas de nascerem, pelo menos enquanto estiverem congelados em nitrogênio líquido nas clínicas de fertilização. Portanto, é nascituro, aquele que já foi fecundado, seja dentro ou fora do corpo da mulher, e está se desenvolvendo, devendo ter seus direitos básicos, como o de nascer com vida, respeitados.

3.1.3 Teoria natalista

Para os adeptos dessa teoria, a personalidade civil começa do nascimento com vida, e isso porque só a pessoa pode ter personalidade, e o produto da concepção não é a pessoa, é apenas uma parte do corpo da mulher. Assim, aquele que nasce se separa do corpo da mãe e passa a respirar sozinho, adquire personalidade e, portanto, direitos na esfera civil. Oliveira e Queiroz (2013, p. 498) ensinam que:

Adotada pela maioria de nossos doutrinadores e aparentemente agasalhada pelo artigo 2º do Código Civil, estabelece que a personalidade civil do homem começa com o seu nascimento com vida. Segundo esta doutrina, o nascituro não é considerado pessoa e somente tem expectativa de direito, desde a sua concepção, para aquilo que lhe é juridicamente proveitoso. O nascituro não tem personalidade jurídica e também lhe falta capacidade de direito, porque a lei apenas protegerá os direitos que possivelmente ele terá, em caso de nascer com vida, os quais são enumerados taxativamente no ordenamento jurídico (posse, direito à herança, direito à adoção, direito à curatela).

Para esta teoria, o nascituro ainda não é pessoa, portanto não possui personalidade jurídica, mas expectativa de direito. Se não nascer com vida, as relações jurídicas que o envolvem não se concretizam, como se o feto nunca tivesse sido concebido. Loureiro (2009, p. 117) aponta que segundo a teoria natalista, o nascituro não é homem e assim não tem personalidade, sendo que o período entre a concepção e o nascimento ocorre apenas expectativa de personalidade.

Já, Mansano (2013, p. 100), aponta que “segundo a Doutrina Natalista, o nascituro é mera expectativa de pessoa, e, por isso, tem meras expectativas de direito”. Segundo Meneghin e Sanchez (2013, p. 06):

O Código Civil Brasileiro adotou a Teoria Natalista, onde o nascituro não existe como pessoa, passando a ser apenas se ocorrer o nascimento com vida. Assim, se ocorrer o nascimento sem vida, todos os direitos se extinguem, porém se viver, mesmo que por segundos, os direitos ficarão adquiridos e poderão ser transmitidos.

Importante ressaltar que os adeptos desta teoria, entretanto, não explicam o motivo pelo qual o Código Civil protege os direitos do nascituro. Essa é a tese adotada, por exemplo, por Silvio Rodrigues, Caio Mário da Silva Pereira, Sílvio Venosa e San Tiago Dantas.

3.1.4 Teoria da personalidade condicional

Para Loureiro (2009), a personalidade se inicia com a concepção, desde que se nasça com vida, entretanto, coloca em cheque o fato de os direitos de personalidade ser irrenunciáveis, absolutos, independentemente, do nascimento com vida. Assim, ocorrendo o nascimento sem vida, todos os direitos adquiridos são tidos como nunca existentes.

Tartuce (2014, p. 79) salienta o seguinte em relação à teoria da personalidade condicional:

O grande problema da corrente doutrinária é que ela é apegada a questões patrimoniais, não respondendo ao apelo de direitos pessoais ou da personalidade a favor do nascituro. Ressalte-se, por oportuno, que os direitos da personalidade não podem estar sujeitos a condição, termo ou encargo, como propugna a corrente. Além disso, essa linha de entendimento acaba reconhecendo que o nascituro não tem direitos efetivos, mas apenas direitos eventuais sob condição suspensiva, ou seja, também mera expectativa de direitos.

Apesar de, à primeira vista, em uma leitura simplista, o Código Civil de 2002 aparentar adotar a teoria natalista, no que tange ao momento de surgimento da personalidade da pessoa natural, conclui-se, com fulcro na doutrina majoritária, sufragada pelo entendimento do egrégio STJ, que a teoria adotada pelo Código Civil de 2002 foi a concepcionista.

Adotam essa teoria, por exemplo, Washington de Barros Monteiro, Arnaldo Rizzardo, Serpa Lopes e Clóvis Beviláqua.

3.2 O DIREITO DA PERSONALIDADE E A MORTE

Apresentadas as teorias que defendem o momento da aquisição dos direitos de personalidade da pessoa humana, faz-se necessária uma conceitualização acerca de tais direitos. Para o estudo dos transplantes de órgãos, os direitos de personalidades de maior relevância são o direito à vida, o direito à integridade física, o direito ao corpo, entre outros.

A personalidade humana extingue-se com a morte, conforme estabelece o atual Código Civil Brasileiro de 2002, no Art. 6º, como dispõe: “A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.”

Segundo Dantas et al. (1996), o conceito de morte está enraizado em cada pessoa. Para o autor, “os critérios médicos foram influenciados por estes conceitos gregos e judaicos cristãos, de modo que, definiram a morte como ausência de função cardíaca e respiratória como premissa para atestar a morte” (DANTAS, 1996).

Compreendendo-se que, cada ser humano irá lidar com a morte, diferentemente, de outro, conclui-se que este comportamento está, intimamente, ligado à personalidade da pessoa. Para Kaplan e Sadock (1993, p. 556), o conceito de personalidade é como a “totalidade, relativamente, estável e previsível dos traços emocionais e comportamentais que caracterizam a pessoa em vida cotidiana, sob condições normais”.

Os direitos de personalidade são, portanto, aqueles direitos inerentes a sua existência, direitos estes que não podem ser suprimidos pela vontade alheia, uma vez que estes direitos são de caráter personalíssimo, como bem ensina Rodrigues (1997, p. 280), ao explicar que: “Dentre os direitos subjetivos de que o homem é titular podem-se, facilmente, distinguir duas espécies diferentes, a saber: uns, por exemplo, são destacáveis da pessoa de

seu titular, e outros que não o são. Assim, por exemplo, a propriedade ou o crédito contra um devedor constitui um direito destacável da pessoa de seu titular; ao contrário, outros direitos há que são inerentes à pessoa humana, e, portanto, a ela ligados de maneira perpétua e permanente, não se podendo mesmo conceber um indivíduo que não tenha direito à vida, à liberdade física ou intelectual, ao seu nome, ao seu corpo, à sua imagem e aquilo que ele crê ser sua honra. Estes são os chamados direitos de personalidade”.

Neste linear de raciocínio, em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, o Art. 5º ensina que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (EC no 45/2004) X–são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Embora seja um “consenso” de que a personalidade da pessoa humana se inicia com o nascimento, resguardados os direitos do nascituro, e que seu término aconteça com a morte real ou presumida, alguns doutrinadores defendem a ideia da existência dos direitos de personalidade pós morte. Segundo Migliore (2006, p. 123), acreditar que “os direitos de personalidade, teriam por características, dentre outras, a vitaliciedade, não mais se sustenta.”

No que concerne aos direitos de personalidade pós morte, Bittar (2006, p. 13) entende que “os direitos são transmitidos por sucessão *mortis causa*, aos herdeiros, aos quais cabe defender.” Sem que haja total consenso no referido assunto, Migliore (2006, p. 165) propõe uma classificação dos direitos de personalidade, baseado no evento morte: a) aqueles que findam com a morte; b) aqueles que são transmitidos aos herdeiros; c) aqueles que, extrapatrimoniais, protejam-se para o *post mortem*, sem transmissão; d) aqueles que só aparecem com a morte, dentre esses últimos, se enquadraria o direito de dispor do próprio corpo após a morte.

Segundo Rizzardo (2015, p. 211), no que tange ao direito de personalidade depois da morte “deve -se assegurar proteção à memória, à imagem, às obras, isto é, à personalidade, do falecido.” Logo, compreende-se, também, pelo respeito à vontade do indivíduo em destinar seu próprio corpo ou parte deste, após a morte.

3.3 TEORIAS DOUTRINÁRIAS ACERCA DO CADÁVER

Os direitos de personalidade que são adquiridos com o nascimento, resguardados os direitos do nascituro, já discutidos em um tópico deste estudo acima, terminam com a morte. O fato de se introduzir o direito do cadáver como um dos direitos de personalidade, acontece, uma vez que o cadáver é um prolongamento do direito ao corpo vivo, redirecionada pelo direito da autonomia de vontade. De acordo com Gomes (2008, p. 239 e 241), autonomia privada será um gênero definido como o “poder atribuído ao particular de partejar, por sua vontade, relações jurídicas concretas, admitidas e reguladas, *in abstrat*, na lei.”, do qual se destacariam dois aspectos: “o poder atribuído à vontade na criação, modificação e extinção das relações jurídicas e; o poder dessa vontade referido ao uso, gozo e disposição dos direitos subjetivos e dos poderes e faculdade das pessoas.”

Por se tratar de um tema polêmico, o Direito do cadáver encontra na doutrina as mais variadas possibilidades de denominação e tutela jurídica. Sabe-se que, nesse contexto, existem algumas correntes doutrinárias que classificam o cadáver, como sendo coisas diferentes, são estas: o cadáver como coisa; o cadáver como coisa *sui generis*; o cadáver como se pessoa ainda fosse.

A teoria que considera o cadáver como coisa, adotada pelos primeiros estudiosos acerca do tema, segundo Chaves (1994, p. 252) é a que admite que, a partir do momento em que a pessoa morre, o corpo morto sai da esfera de interesse da família ou do próprio *de cujus* e passa a fazer parte do conjunto de interesses públicos, como a saúde pública. Entretanto Medina (1996, p. 65) se contrapõe com veemência, pois, ao seu ver, o respeito aos mortos, tradição da cultura nacional, não permitiria a caracterização do cadáver como bem do domínio comum, de que o Estado pudesse dispor, simplesmente, por não ter havido manifestação em contrário do morto. Existem outros doutrinadores que defendem a ideia do cadáver como coisa, como, Bergoglio e Bertoldi (1983) que entendem que o corpo tem materialidade e potencial valor econômico ou social, os requisitos necessários para classificá-lo de algo, de coisa.

A teoria classifica o cadáver como sendo coisa *sui generis*, conforme Freitas Junior (1995, p. 24), é a que “vê o corpo morto como coisa fora do comércio, uma vez que o corpo sem vida, não tem como ser considerado pessoa, ao mesmo tempo, não pode ser considerado uma coisa comum, tendo em vista que este corpo conservaria sua dignidade humana, consistindo assim, uma coisa *sui generis*”. Ora, muito embora os doutrinadores apresentem uma dificuldade em classificar a que natureza realmente cabe o cadáver, é sabido

que mesmo os doutrinadores não defendendo plenamente a ideia de cadáver como pessoa, neste caso, detentor ainda de direitos, oriundos dos resquícios da vida que viveu, nota-se que os especificar como coisa, não se considera a categoria mais correta.

A teoria que classifica o cadáver como se pessoa ainda fosse é a que apresenta mais adeptos, e, segundo Beltrão (2005, p. 86) o cadáver não pode ser considerado como coisa, pois ainda está ligado a personalidade que possuía em vida.

3.4 CONSIDERAÇÕES ACERCA DE SAÚDE PÚBLICA

Dentre muitas as questões levantadas neste trabalho monográfico, uma de grande relevância que precisa ser discutida com maior afinco, trata-se da possibilidade da intervenção do Estado nas relações individuais, em especial nas questões ligadas à Saúde Pública.

Saúde Pública, segundo Rodrigues Neto (2003, p. 97), corresponde às políticas públicas adotadas pelo Estado com o objetivo de: induzir o desenvolvimento social e econômico, reduzir desigualdade, eliminar os fatores que, negativamente, afetam a saúde da população, como a baixa renda, a falta de escolaridade, a pobreza, o desemprego, a fome, e outros fatores determinantes e condicionantes de uma má qualidade de vida, que influenciam nas condições de saúde da população, aumentando o risco de doenças.

Com o advento da Constituição Federal em 1988, foi criado o sistema Único de Saúde (SUS), ao defender em seu Art. 196. “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 e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Trata-se de um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo, que abrange desde o simples atendimento para avaliação da pressão arterial até o transplante de órgãos, garantindo acesso integral, universal e gratuito para toda a população do país. Esse assunto teve sua regulamentação a partir da Lei 8.080 de 19/09/1990, que com maior clareza demonstra, o quanto o Estado se preocupa e quanto da arrecadação nacional deve investir com a saúde de seus habitantes. O Ministério Público adquiriu um papel fundamental na consolidação do Estado Democrático de Direito, devido às intensas mudanças ocorridas, após o advento da Constituição Federal de 1988, notadamente, na defesa dos interesses individuais indisponíveis, como, o direito à saúde.

3.4.1 Legislação e políticas de Saúde Pública no Brasil

É importante destacar as legislações que direcionaram o Ministério Público ao longo dos anos, traçando-se um panorama simplificado do tratamento conferido à saúde pelos diferentes regimes de governo.

A *Constituição Brasileira de 1824* não representou avanço para o Ministério Público, deixando a instituição subordinada aos interesses do Imperador. Cumpre ressaltar, no que tange ao direito à saúde, que as práticas do governo imperial eram bem limitadas, não havendo preocupação, no que dizia respeito ao direito à saúde; as condições eram muito precárias. Nesse sentido, Bertolli (1998, p. 10) destaca que “no Império, as frágeis medidas sanitárias levaram o Brasil a deixar sua população à mercê de enfermidades e da morte. O país, conhecido como um verdadeiro “inferno” que deveria ser evitado pelos viajantes, manteve até o final do Segundo Reinado a fama de ser um dos lugares mais insalubres do planeta”.

Com o início do *período republicano* marcado pelo Decreto Nº 848, de 11 de outubro de 1890, a modernização atingiu várias áreas do conhecimento, inclusive no campo da saúde, ocorrendo, sobretudo, a valorização das questões ligadas à saúde pública; como leciona Bertolli Filho (1998, p. 12-13) “nesse contexto, a medicina assumiu o papel de guia do Estado para assuntos sanitários, comprometendo-se a garantir a melhoria da saúde individual e coletiva e, por extensão, a defesa do projeto de modernização do país.” Durante esse período, precisamente, entre os anos de 1890 a 1900, o Brasil experimentou surtos epidêmicos, os quais vitimaram milhares de pessoas, tal como destaca Bertolli Filho (1998, p.13) “desorganização dos serviços de saúde nos primeiros anos da República, aliás, facilitou a ocorrência de novas ondas epidêmicas no país. Entre 1890 e 1900, o Rio de Janeiro e as principais cidades brasileiras continuaram a ser assaltadas por varíola e febre amarela e ainda por peste bubônica, febre tifoide e cólera, que mataram milhares de pessoas”.

A *Constituição de 1934* foi de extrema importância na institucionalização do Ministério Público por ser a responsável pela sua separação do Poder Judiciário. A Constituição de 1937, dando o início da ditadura do Estado Novo, que se caracterizou pelas intensas políticas sociais e as questões sanitárias, acompanhou esse movimento. Nesse contexto, Bertolli Filho (1988, p. 39) classifica que “os movimentos sociais, por sua vez, exigiam que os governantes cumprissem as promessas de melhorar as condições de vida, de saúde e de trabalho”.

A *Constituição de 1967*, no período da Ditadura Militar, manteve as garantias do Ministério Público presentes na Constituição de 1946, não trazendo grandes avanços, entretanto, cumpre salientar, que essa Constituição pôs o Ministério Público com a responsabilidade de zelar por interesses indisponíveis, como o direito à saúde, por exemplo. Desse modo, Machado (1989, p. 54) nos ensina a respeito dessa legislação que “ainda no plano da Lei Maior percebíamos nitidamente a presença do espírito que movia a Constituição a atribuir funções processuais ao Ministério Público. A indisponibilidade, decorrência da essencialidade social de certos interesses ou direitos públicos, se mostrava de forma límpida”.

A *Constituição Federal de 1988* foi a primeira a positivizar a saúde, enquanto um direito fundamental e, isso significa afirmar, conforme Rios (2009, p. 03), que foi definido como princípio constitucional:

[...] em primeiro lugar, que ele vincula os Poderes Públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) e que ele não pode ser subtraído da Constituição nem por via de emenda constitucional; também implica admitir que, no exercício destes poderes e dentro dos limites da realidade, o Estado brasileiro deve fazer todo o possível para promover a saúde. Isto é o que a doutrina jurídica costuma referir quando diz que se trata de uma “norma tipo princípio de direito fundamental”. Direitos fundamentais veiculando normas, tipo, princípio ordenam que os Poderes Públicos façam todo o possível para efetivá-los, uma vez que sua observância só se dá quando tudo aquilo que é possível, fática e juridicamente, é prestado.

Segundo Rizzardo (2015, p. 209), “o direito à saúde importa em conceder os meios para a sua efetivação. A matéria vem sendo, constantemente, enfrentada pelos pretórios, chegando ao Supremo Tribunal Federal, que manda o Poder Público fornecer medicamentos a aqueles que não dispõem de recursos para o tratamento necessário à cura.” Quando uma pessoa se encontra com tamanha enfermidade, que, apenas, um transplante de órgãos possa restabelecer por completo sua saúde, é justo dizer que cabe ao Estado, que os custos desta enfermidade sejam custeados pela administração pública.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 absorveu-se a promoção da saúde como elemento crucial da cidadania com a criação do Sistema Único de Saúde(SUS). Calcado na regionalização, hierarquização, resolutividade, descentralização, participação popular e complementariedade, o rol de sua estrutura está definida na Constituição Federal (Arts. 196 a 200) como muito bem explicita Sarreta (2009, P. 248):

O SUS tem como competência diversas atribuições voltadas para o controle, fiscalização, execução de ações de saúde, formação de recursos humanos, proteção do meio ambiente e do trabalho, entre outras. E como objetivos, identificar os

fatores condicionantes e determinantes da saúde e formular políticas para erradicar as desigualdades no campo econômico e social os quais interferem na saúde. (...) o financiamento do Sistema é feito com recursos do orçamento da Seguridade Social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, além de outras fontes, significando recursos arrecadados por meio de impostos e contribuições sociais pagos pela população.

A descentralização do SUS é princípio que normatiza seu funcionamento e segue norteado pelo comando único, isto é, cada esfera é autônoma no que diz respeito a sua atividade, sob diretrizes preconizados na Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/1990). Cada vez mais se percebe a falta de recursos para o desenvolvimento de políticas básicas de saúde pública.

Compreende-se que a saúde como sendo um direito de todos é dever do Estado em apresentar um serviço de qualidade e respeitando a dignidade daqueles que se não possuem outro meio, obrigar-se-ão ao SUS. Segundo Lima (2018):

“É dever do Estado e não faculdade, proporcionar o mínimo de condição para que a população possa ter dignidade quando necessitar de cuidados. Todavia, o que ela encontra é uma verdadeira atrocidade no atendimento. As mais diversas barbáries suportam aqueles que precisam – não tendo outra escolha – utilizar o SUS – Sistema Único de Saúde.”

Como pode se perceber, existe uma fragilidade do Estado em suprir as necessidades de sua população em questões básicas relacionadas a Saúde Pública; é neste contexto, que se vislumbram, cada vez mais, pessoas procurando o judiciário para garantir acesso a medicamentos e tratamentos, que, em algumas vezes, nem são autorizados pelas agencias reguladores de saúde como a própria Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

3.4.2 Breve estudo comparado entre os custos de diálises no Brasil e os transplantes renais

Quando se fala em doação de órgãos, refere-se a todo os tipos de órgãos que podem ser transplantados por uma doação “*inter vivos*” e “*post mortem*”. Apresenta-se a seguir um estudo realizado no Brasil e publicado na base de dados *Scielo*, em 2016, que mostra, como o uso dos transplantes de órgãos, em se tratando de doenças renais, pode ser “vantajoso” para os cofres públicos.

O objetivo do presente estudo foi comparar os custos médicos diretos do transplante renal e das terapias renais substitutivas, especificamente, a hemodiálise e a diálise peritoneal, sob a perspectiva do Sistema Único de Saúde (SUS). Os custos das terapias renais substitutivas foram extraídos de informações publicadas na literatura.

Os itens de custo previstos do transplante renal foram identificados em um hospital privado mediante coleta dos códigos dos procedimentos utilizados para a cobrança do SUS e os demais itens extraídos da literatura. O resultado desta pesquisa indica que, no período dos quatro anos coberto por este estudo, o transplante renal de doador falecido gera uma economia, por paciente, de R\$ 37 mil e R\$ 74 mil em relação à hemodiálise e à diálise peritoneal, respectivamente. Quanto ao transplante renal de doador vivo, as economias são ainda maiores: R\$ 46 mil e R\$ 82 mil em relação à hemodiálise e à diálise peritoneal, respectivamente. Este resultado, aliado a análises de sobrevivência e qualidade de vida, pode caracterizar o transplante renal como a melhor alternativa do ponto de vista financeiro e clínico, auxiliando na formulação de políticas públicas relacionadas com os transplantes de órgãos no Brasil (BRAND SILVA et al., 2016).

Com base no estudo, podem-se verificar as vantagens financeiras auferidas pelo Poder Público, a partir da realização de transplantes de órgãos em substituição às demais medidas terapêuticas utilizadas em pacientes que necessitam de tais tratamentos. Isso mostra que existem melhores alternativas para a Saúde Pública garantir o atendimento das necessidades da população e do próprio Estado, ao melhorar as políticas públicas.

Feitas essas considerações acerca do Direito de Personalidade, a morte e a Saúde Pública no Brasil, passa-se ao capítulo seguinte, onde se abordará o tema central dessa monografia.

4 DOAÇÃO DE ÓRGÃOS: LEGISLAÇÃO, PANORAMA ESTADUAL E NACIONAL, CORRENTES DOUTRINÁRIAS E OS NOVOS RUMOS DA LEI DE TRANSPLANTES

Conclusas as considerações explicativas acerca do processo de diagnóstico, manutenção e captação de órgãos, e, compreendido que os direitos começam com o nascimento e terminam com a morte, chega-se a este capítulo, onde se pretende demonstrar como os equívocos e contratemplos, que a legislação brasileira vigente tem gerado, acerca da doação de órgãos. Tal situação não tem proporcionado a milhares de cidadãos brasileiros, que se encontram nas filas de espera de doação de órgãos, a melhora do seu estado de saúde, levando-se em conta a porcentagem de óbitos, desses que esperam por um transplante, sem se fazer referência aos gastos aos cofres públicos.

Passa-se, então, a, antes de tudo, mostrar o panorama do Estado de Santa Catarina e do Brasil acerca dos transplantes de órgãos, para, em seguida, entrar-se na discussão a respeito do tema, destacando-se a legislação vigente em alguns países, como também, no Brasil, os entendimentos doutrinários e os novos rumos da Lei de transplantes, como se passa a expor.

4.1 PANORAMA ESTADUAL E NACIONAL DOS TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS

Nesse momento, analisa-se a situação do Estado de Santa Catarina, em nível nacional, conforme os números registrados pela Central Estadual de Transplantes de Santa Catarina (instituição criada pelo Decreto Estadual nº 553/1999 e credenciada pelo Ministério da Saúde, em 27/09/1999, através da Portaria SAS nº 604/1999); como também, apresentam-se as estáticas para complementar esse estudo.

A Central Estadual de Transplantes de Santa Catarina (SCTRANSPLANTES) faz parte da estrutura da Superintendência de Serviços Especializados e Regulação da Secretaria de Estado da Saúde de Santa Catarina; funciona como agência executiva do Sistema Nacional de Transplantes com a função de coordenar as atividades de transplante em âmbito estadual, centralizando e coordenando todas as ações que envolvam captação e transplante no Estado; atua no gerenciamento das listas únicas de receptores de órgãos e tecidos, nos processos de captação e distribuição de órgãos e tecidos; e formula políticas de transplantes para o Estado.

Santa Catarina foi um dos Estados pioneiros na regulamentação dos Transplantes, segundo as normativas do Sistema Nacional de Transplantes e Ministério da Saúde, através da implementação e aplicação das listas únicas de receptores de órgãos e tecidos, respeitando critérios de compatibilidade, urgência e tempo de espera, no momento da distribuição dos órgãos e tecidos doados, para que estes sejam destinados aos receptores ideais. Em Santa Catarina, atualmente, são realizados transplantes dos seguintes órgãos: córnea, esclera, coração, válvula cardíaca, fígado, rim, pâncreas, conjugado rim/pâncreas, medula óssea autólogo, tecido ósteo-condro-fásquio-ligamentoso (SC TRANSPLANTES, 2018)

Conforme Figura 1, pode-se verificar que no ano de 2017, em Santa Catarina foram realizados 568 (quinhentos e sessenta e oito) notificações de pessoas que foram constatadas com quadro de morte encefálica (ME); entretanto apenas 282 (duzentas e oitenta e duas) doações se efetivaram. Da análise dos dados da referida Figura, ainda se constata que 26% (vinte e seis por cento) das doações não se efetivaram por recusa familiar, ou seja, 150 (cento e cinquenta) possíveis doadores morreram; foram, devidamente, diagnosticados, passaram por todos os testes necessários e não realizaram a doação porque a família não permitiu.

Mês	Notificações	Doações Efetivadas	Motivo da não doação						
			% Doação	Recusa da Família na Entrevista para Doação	% Recusa da Família na Entrevista para Doação	Contra Indicação Clínica	% Contra Indicação Clínica	Outros	% Outros
Janeiro	46	17	37%	16	35%	7	15%	6	13%
Fevereiro	43	20	47%	13	30%	6	14%	4	9%
Março	40	20	50%	10	25%	3	8%	7	18%
Abril	51	25	49%	13	25%	7	14%	6	12%
Maió	46	20	43%	12	26%	6	13%	8	17%
Junho	51	26	60%	10	20%	8	16%	7	14%
Julho	42	18	43%	15	36%	5	12%	4	10%
Agosto	45	22	49%	11	24%	5	11%	7	16%
Setembro	48	29	60%	11	23%	6	13%	2	4%
Outubro	54	28	52%	16	30%	6	11%	4	7%
Novembro	36	19	54%	9	26%	5	14%	3	6%
Dezembro	66	38	58%	14	21%	8	12%	6	5%
Total	568	282	50%	150	26%	72	13%	64	11%

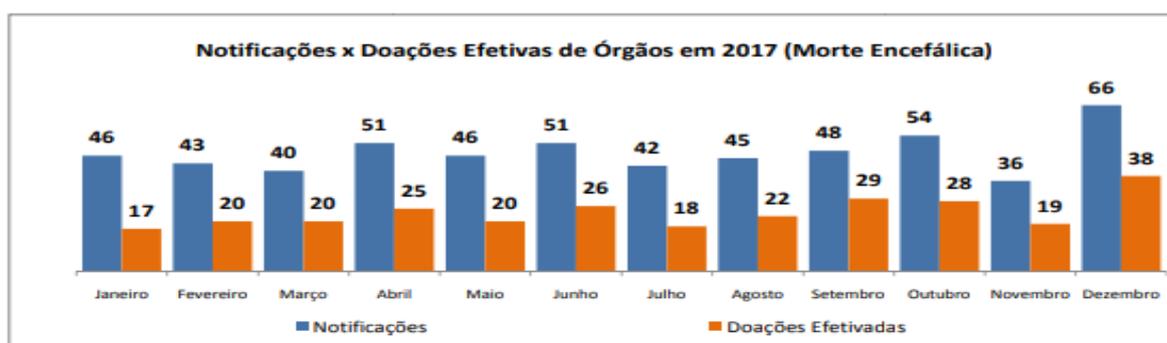


Figura 1: Notificações e doações efetivas de órgãos em 2017 (Morte Encefálica)
Fonte: SC TRANSPLANTES, 2018.

A Figura 1, além de demonstrar o índice anual das constatações de possíveis doadores xde órgãos *versus* a doação efetivada, explicita que, muito embora haja outros motivos que impediram a efetivação da doação, a recusa familiar ainda continua sendo a causa que mais se evidencia. Destaca-se que, na fila de espera por uma cirurgia de transplantes de órgãos de pacientes catarinenses, estavam, em 2017, 559 (quinhentos e cinquenta e nove) pessoas, sendo que, dentre os órgãos requeridos, estavam: rim, 356 (trezentos e cinquenta e seis), córneas 70 (setenta), medula óssea 56 (cinquenta e seis), osso 35 (trinta e cinco), fígado 21(vinte e um), rim/pâncreas 17 (dezessete), coração 4 (quatro).

4.1.1 Produção das equipes de transplantes

As equipes hospitalares que trabalham durante o diagnóstico e a manutenção do possível doador de órgãos estão proibidas de atuarem na cirurgia de extração dos órgãos, previsão essa que se encontra expressamente na Resolução do CFM nº 2173 de 2017:

Art. 10º A direção técnica do hospital onde ocorrerá a determinação de ME deverá indicar os médicos especificamente capacitados para realização dos exames clínicos e complementares.

§ 1º Nenhum desses médicos poderá participar de equipe de remoção e transplante, conforme estabelecido no art. 3º da Lei nº 9.434/1997e no Código de Ética Médica.

§ 2º Essas indicações e suas atualizações deverão ser encaminhadas para a Central Estadual de Transplantes (CET)(CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017)

Deste modo, cabe a Central Estadual de Transplantes de Santa Catarina, uma vez informada sobre a possibilidade de uma doação de órgãos rodar o ranking para descobrir se existe no Estado algum paciente receptor compatível com o paciente doador. Uma vez não localizado no estado de Santa Catarina um paciente receptor, esse órgão será disponibilizado à listagem nacional. Conforme a localização do paciente receptor deste órgão, será escolhida a equipe de transplante, decisão esta tomada pela Central e em que nada tem a ver com a equipe médica responsável pela manutenção deste paciente doador nas Unidades de Terapia Intensiva (UTIs). Em Santa Catarina as equipes de transplantes estão identificadas no site da agência, dividido por órgão a ser transplantado, tendo em vista que cada equipe transplantadora está credenciada a uma unidade hospitalar.

Deste modo temos, as seguintes equipes de órgãos e respectivos locais: *de fígado de doador falecido* – Hospital Santa Isabel em Blumenau, Hospital Universitário em Florianópolis, Hospital Municipal São José em Joinville e Hospital e Maternidade São José em Jaraguá do Sul; *de rim doador falecido* – Hospital Santa Isabel em Blumenau, Hospital

Municipal São José em Joinville, Hospital Regional do Oeste em Chapecó, Hospital de Caridade e Hospital Governador Celso Ramos ambos em Florianópolis; de rim doador vivo – Hospital Santa Isabel em Blumenau, Hospital Municipal São José em Joinville, Hospital Regional do Oeste em Chapecó; *de rim/pâncreas* – Hospital Santa Isabel em Blumenau; *de pâncreas* – Hospital Santa Isabel em Blumenau; *de tecido ósseo* – Hospital Governador Celso Ramos, Hospital de Caridade e Hospital Infantil Joana de Gusmão todos em Florianópolis; Hospital Municipal São José, Hospital Infantil Jeser Amarante Faria e Centro Hospitalar Unimed todos de Joinville; Hospital Santo Antônio de Blumenau; *de esclera* – Hospital Regional Dr. Homero de Miranda Gomes de São José, HOSAG de Joinville, Centro Oftalmológico de Diagnóstico e Terapêutica, Hospital de Olhos Florianópolis e Hospital Governador Celso Ramos todos de Florianópolis, Assistência Hospitalar Beneficente de Vila Itoupava, Clínica Médica de Olhos e Blumenau, Clínica de Olhos Botelho de Blumenau, Clínica de Olhos Haddad de São Bento do Sul e Hospital Regional do Oeste de Chapecó; *de córnea* – Hospital Santa Isabel, Clínica Médica de Olhos e Clínica de Olhos Botelho, Assistência Hospitalar Beneficente de Vila Itoupava de Blumenau; Hospital Governador Celso Ramos, Hospital de Olhos HOF, Hospital Universitário, Centro Oftalmológico de Retine e Vítreo e IVAR – Instituto Dr. Assad Rayes de Florianópolis, HOSAG, Hospital Municipal de São José e Centro Hospitalar Unimed de Joinville, Hospital e Maternidade Marieta Konder Bornhausen e Centro Clínico em Oftalmologia CECOF de Itajaí, Hospital Regional Dr. Homero de Miranda Gomes de São José, Hospital São José de Criciúma, Hospital Universitário Santa Terezinha de Joaçaba, Hospital de Olhos São José de Araranguá, Hospital de Olhos Freitag de Timbó, Clínica de Olhos de São Bento do Sul, OFTALMUS de Balneário Camboriú e o Hospital Regional do Oeste de Chapecó; *de medula óssea autólogo* – CEPON de Florianópolis; *de coração* – Hospital Santa Isabel em Blumenau; *de válvula cardíaca* – Hospital Infantil Jeser Amarante Faria de Joinville.

4.1.2 O Brasil em relação aos índices de doação de órgãos

O Brasil é um dos poucos países do mundo a disponibilizar um sistema de saúde que atenda a quase toda a sua população. O programa que fomenta o transplante de órgãos no país é quase que, inteiramente, mantido pelo SUS; mesmo assim, o Brasil, no ranking mundial de doação de órgãos, ocupa uma posição um pouco longe do que seria ideal como se observa na Figura 2 (Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos (ABTO), 2018).

Como se pode se verificar, no ano de 2016, o Brasil ficou no 28º (vigésimo oitavo) lugar no ranking mundial dos cinquenta (50) países que mais realizaram transplantes de órgãos. No que diz respeito a recusa familiar, como quesito que impossibilitou a doação de órgãos, verifica-se que a situação não é diferente da que aconteceu no mesmo período no Estado de Santa Catarina.

INSERÇÃO DO BRASIL NO MUNDO

Fonte: IRODAT 2016 (último dado disponível)

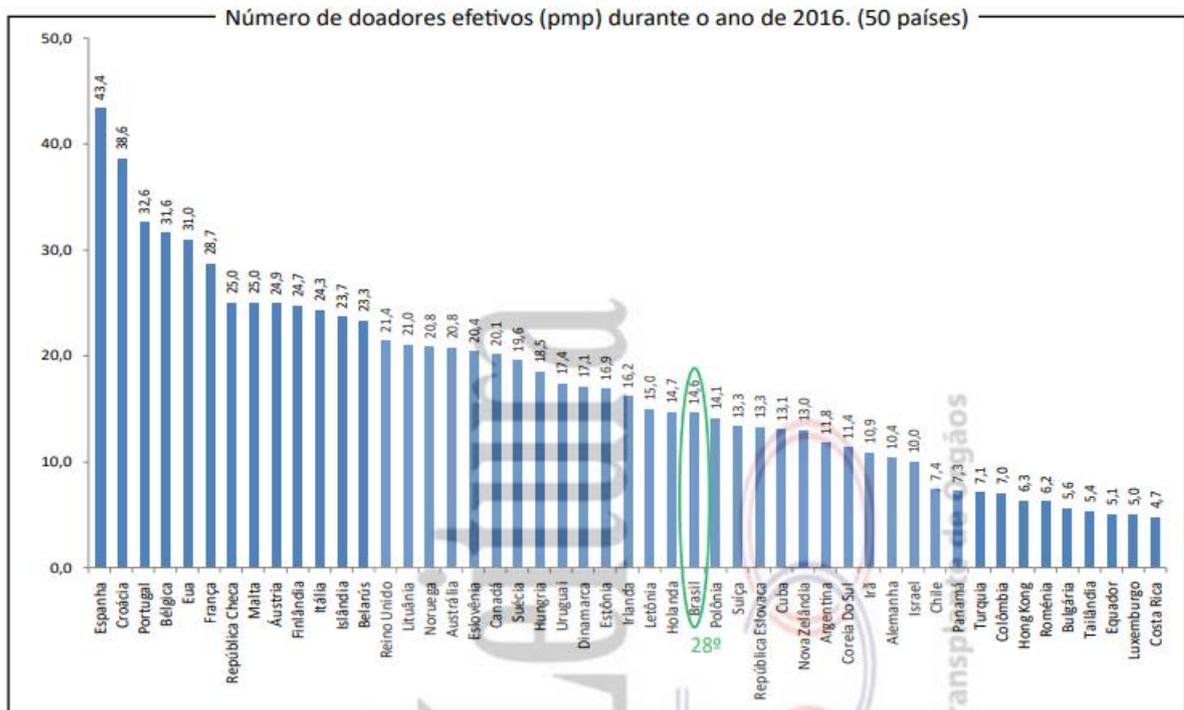


Figura 2: Número de doadores efetivos no ano de 2016 em 50 países
Fonte: Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos (ABTO), 2018

De acordo com a Figura 3, percebe-se que entre 2010 e 2017, aumentou o número de doadores efetivos, assim como, reduziu a recusa familiar em relação ao número total de doadores efetivos.

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Número de doadores efetivos	1.898	2.048	2.406	2.526	2.713	2.854	2.981	3.415
Número de doadores efetivos (pmp)	9,9	10,7	12,6	13,2	14,2	14,1	14,6	16,6
Número de notificações (potenciais doadores)	6.979	7.238	8.025	8.871	9.351	9.698	10.158	10.629
Número de notificações (pmp)	36,6	37,9	42,1	46,5	49,0	47,8	49,7	51,6
Recusa familiar	1.800	1.937	2.315	2.622	2.610	2.613	2.571	2.740
Percentual de recusa das entrevistas	Indisponível	Indisponível	41%	47%	46%	44%	43%	42%
Parada cardíaca	1.279	1.205	1.188	1.292	1.156	1.164	1.136	1.232
Contraindicação médica	991	832	836	1.150	1.349	1.416	1.594	1.559
Outros	1.011	1.216	1.280	1.281	1.523	1.651	1.876	1.683

Figura 3: Doadores efetivos e recusas entre 2010 e 2017
Fonte: Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos (ABTO), 2018

4.2 DOAÇÃO DE ÓRGÃOS EM OUTROS PAÍSES E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Embora se compreenda que cada país tem o seu próprio ordenamento jurídico, o que influencia o modo de tratar questões como essa que ora se estuda, acredita-se que, apresentando-se as experiências de outros países, pode ser um passo para se refletir sobre a questão da doação de órgãos no nosso país.

4.2.1 Espanha

Sabe-se que a Espanha é reconhecida, internacionalmente, pelo seu alto índice de doação de órgãos. Segundo Alvarez (2006, p. 25) quando se cria uma legislação que defende o transplante de órgãos, alguns requisitos precisam estar contidos como: a) critérios éticos e legais da determinação da morte cerebral; b) observação da vontade do falecido expressado em vida, a respeito da doação de órgãos; c) garantia da gratuidade e anonimato das doações. A primeira lei espanhola a abordar o referido tema foi criada em 1950, sendo, somente, editada em 1979.

De acordo com a legislação espanhola, no que tange ao consentimento do próprio indivíduo acerca da doação de seus órgãos, Gordillo (1987, p. 81) enfatiza “ser realista a opção pelo consentimento presumido, frente ao embate entre a facilitação dos transplantes de um lado, e o completo respeito à liberdade individual, de outro.” Em não havendo esse consentimento prévio, Gordillo (1987, p. 92), novamente, defende que “presume-se pela autorização da remoção dos órgãos, à qual os familiares também não poderiam se opor, afinal, o direito à vida daqueles que esperam por um transplante é tido como mais relevante, juridicamente, de que o pretense direito dos familiares à intangibilidade do cadáver.”

4.2.2 Itália

Embora vigente no país, o sistema de doação presumida, o surgimento da regulamentação do tema se deu com o tradicional consentimento expresso. De acordo com Serravalle (1983, p. 221) “o primeiro diploma normativo a tratar do assunto de doação de órgãos foi a lei nº 235, de 03 de abril de 1957.”

Com o surgimento de muitos problemas com a vigência da referida lei, devido à extensa burocracia e à exigência da autorização expressa, em 02 de abril de 1968, a lei nº 519 passa a dispor, pela primeira vez, sobre a figura do consentimento presumido, baseado na

“inversão do princípio relativo à autorização”, segundo Serraville (1983, p. 225). Enquanto, anteriormente, a doação ficava condicionada à autorização expressa do doador, agora a lei passa a estabelecer que qualquer pessoa que não houvesse se manifestado, em vida, de maneira inequívoca e por escrito, contrariamente, à doação, seria considerado doadora.

Atualmente, porém, a lei que vigora no país, sobre o assunto, é a lei nº 91, de 1º de abril de 1999, segundo a qual “todos os cidadãos passam a estar obrigados a declarar a sua vontade em relação à doação de órgãos do próprio corpo, após a morte. Assim, aqueles que não atenderem essa exigência, ficam cientes que tal omissão será tida como consentimento à doação”.

4.2.3 Inglaterra

O primeiro diploma que regulou esta temática foi o *Human Tissue Act*, de 1961. Conforme Lamb (2000, p. 343), “a preponderância da vontade dos familiares sobre a do morto não é nenhum pouco coerente.” Para o autor, não se pode limitar a vontade do doador, outorgando aos familiares, o direito de vetar a doação, uma vez sendo essa a vontade do *de cuius*.

Atualmente, no país rege o *Human Tissue Act* de 2004, que, prioriza a vontade do morto, ou seja, a possibilidade de dispor dessa decisão em vida. Quando a pessoa não decide em vida e não constitui um representante para decidir por isso, esta decisão será repassada aos familiares mais próximos.

4.2.4 Brasil

No Brasil, a atual lei que regulamenta o assunto é a Lei nº 9.434/1997. Visando à melhor compreensão das disposições legais vigentes, fazem-se necessário destacar aspectos sobre a evolução da doação de órgãos no Brasil.

Os transplantes de órgãos no Brasil se iniciaram em 1964, quando foi realizado o primeiro transplante renal; outros órgãos, a partir de 1980. A legislação brasileira que tratou sobre a doação de órgãos e regulamentou a possibilidade de o indivíduo dispor de partes de seu próprio corpo em vida, ou pós-morte, foi editada em 1968. Essa Lei nº 5.479/68 dispunha, em artigo 3º que:

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 dispoentes 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 (BRASIL, 1968).

Como se pode observar, esse primeiro diploma legal estabelecia que o próprio indivíduo pudesse se manifestar expressamente sua vontade de doar os órgãos do seu corpo, e, em não havendo essa escolha, a decisão seria outorgada a seus familiares.

A segunda lei foi promulgada 24 (vinte e quatro) anos mais tarde, em 1992, a Lei nº 8.498 que repetia os termos da legislação anterior. Entretanto, com relação a autorização para a doação de órgãos, preconiza no artigo 3º que:

- Art. 3º A permissão para o aproveitamento, para os fins determinados no art. 1º desta lei, efetivar-se-á mediante a satisfação das seguintes condições:
- I - Por desejo expresso do disponente manifestado em vida, através de documento pessoal ou oficial;
 - II - Na ausência do documento referido no inciso I deste artigo, a retirada de órgãos será procedida se não houver manifestação em contrário por parte do cônjuge, ascendente ou descendente (BRASIL, 1992).

Destaca-se que, na Lei nº 5.479/68, o falecido deveria deixar documento expressando sua vontade de doar seus órgãos e, na falta dessa manifestação, a família deveria autorizar por escrito; já, na Lei seguinte, a nº 8498/1992, em, não havendo a manifestação expressa do falecido em vida pela doação de seus órgãos, a retirada de órgãos seria procedida se não houver manifestação em contrário; não se fala, nesse caso, da necessidade da autorização expressa da família. Além disso, na lei anterior, a nº 5.479/68, havia a possibilidade de o diretor da instituição onde ocorreu a morte, autorizar a doação de órgãos, no caso de não haver manifestação do disponente e da família. Ressalta-se que a Lei nº 8.498/92 trouxe a figura da morte encefálica, em seu artigo 12: “A notificação, em caráter de emergência, em todos os casos de morte encefálica comprovada, tanto para hospital público, como para a rede privada, é obrigatória” (BRASIL, 1992).

Em 1997, criaram-se a Lei nº 9.434 e o Decreto 2.268/1997, que instituíam a doação de órgãos presumida, conforme reza o artigo 4º da referida lei, como segue:

- 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.
Parágrafo único. (VETADO)

§ 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 este 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 (BRASIL, 1997).

Coelho (2003) entende que a aprovação da lei em comento, poderia ter sido muito importante na diminuição do tempo de espera por um transplante de órgãos. Entretanto, à época, os cidadãos, e, também, mesmo os médicos não estavam de acordo com a nova disciplina legal. O maior entrave foi a determinação legal de que o indivíduo que não quisesse doar seus órgãos deveria comparecer ao órgão oficial de identificação civil ou ao departamento de trânsito para fazer constar no seu Registro Geral (RG) ou na Carteira Nacional de Habilitação (CNH) a expressão “*não-doador de órgãos e tecidos.*” De modo diverso, fez o Direito espanhol que aceita qualquer tipo de manifestação.

A esse respeito, Medina (1996, p. 65) argumenta que o sentimento de respeito aos mortos, tradição da cultura nacional, não permite a caracterização do cadáver “como bem do domínio comum”, de que o Estado pode dispor, em não havendo manifestação em contrário da pessoa que vem a óbito.

4.3 PRÁTICAS QUE INVIABILIZAM A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS NO BRASIL

Dentre as práticas que inviabilizam a doação de órgãos no Brasil, destacam-se recusa da família, falta do conhecimento acerca do desejo do indivíduo, parada cardiorrespiratória, falta de preparo das equipes médicas e logística da cirurgia e transplante.

A *recusa familiar* representa o maior entrave para a doação de órgãos no Brasil. Entende-se que essa resistência tem influência da cultura nacional e as relações interpessoais dos indivíduos. Nesse sentido, Rech e Rodrigues Filho (2007) alegam que “a religião e a cultura são responsáveis por parte das recusas na doação, embora a maioria das religiões não imponha objeções aos transplantes, como a religião Católica e Islâmica.” No entanto, o que se

vê na prática em relação à religião é que quanto mais os familiares são praticantes de determinada religião, menores são as probabilidades de se aceitar uma doação de órgãos, por se acreditar na possibilidade de um milagre que salve o paciente enfermo.

A [...] “*falta do conhecimento acerca do desejo de seu familiar* sobre a doação de órgãos é uma das principais razões para a recusa”, como afirmam Rech e Rodrigues Filho (2007). Essa situação tem levado os familiares a recusarem a doação, pois, na entrevista, se conhecessem o desejo do disponente manifestado em vida, o resultado poderia ser diferente.

A *parada cardiorrespiratória* é mais um fator que impede a doação, pois, diagnosticada a morte encefálica, muitas vezes, durante o processo respectivo, o paciente tem parada cardiorrespiratória, inviabilizando a captação dos órgãos.

A *falta de preparo das equipes médicas* em constatar e diagnosticar o quadro de morte encefálica, também, se constitui motivo para o insucesso do processo de captação de órgãos, tendo em vista que, alguns médicos acreditam na possibilidade de cura do paciente, evitando, por isso, o procedimento adequado.

O *desconhecimento do conceito de morte encefálica*, tanto por parte da população quanto dos profissionais da saúde, segundo Freire et al. (2015), também, constitui causa da não efetividade da doação e transplante de órgãos e tecidos com o doador falecido.

Estrutura inadequada dos hospitais para a realização do diagnóstico de morte encefálica e para a assistência ao potencial doador (PD) são, ainda, fatores que contribuem negativamente para a doação de órgãos no Brasil, dada a precária estrutura do sistema de saúde brasileiro, caracterizada pela superlotação nas unidades de emergência, com pacientes acamados em corredores, longo tempo de espera para o atendimento, alta tensão na equipe assistencial, grande pressão para novos atendimentos; além da falta de leitos de unidade de tratamento intensivo, de equipamentos, materiais e recursos humanos capacitados, o que compromete não somente a assistência dos pacientes que estão com possibilidade de melhora, mas também todas as ações necessárias para o desenvolvimento do processo de doação de órgãos e tecidos, conforme Freire et al. (2015).

Por fim, *problemas relacionados à logística* da cirurgia de extração dos órgãos e enxerto no paciente receptor atrapalham o processo de doação de órgãos. Como se sabe, a equipe médica do hospital, onde o paciente se encontra, é proibida de realizar a cirurgia de remoção, sendo necessária a intervenção de uma equipe de outro hospital, que, às vezes, não se encontra próximo. Dessa forma, existe também a possibilidade de o órgão não resistir ao percurso e ao tempo do transporte, entre o disponente e o receptor, como é o caso do coração que só pode permanecer fora do organismo do doador ou do receptor por 4 (quatro) horas.

4.4 CORRENTES DOUTRINÁRIAS ACERCA DA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS *POST MORTEM*

Quando surgiram as primeiras discussões acerca da possibilidade da utilização de partes de um corpo humano, enquanto viva, a pessoa podia dispor de seus órgãos depois da morte, mas, hoje, essa questão fica a mercê da família e/ou da instituição onde ocorreu o óbito.

Com relação a essa situação, Oliveira (1970, p. 55) questiona seus leitores em sua obra sobre “qual a categoria pertence a real natureza do direito ao próprio corpo, e por extensão, do direito do cadáver?” Referido autor não aceita o fato de o ser humano ocupar na relação jurídica os lugares de sujeito e objeto.

No que tange aos direitos do paciente enquanto vivo e ao cadáver do paciente diagnosticado com quadro de morte encefálica, Lima, Magalhães e Nakamae (1997) defendem que:

existem dois valores a serem preservados: a vida, devendo o doador ser escrupulosamente respeitado; e a dignidade do cadáver, pois este não é um objeto, uma coisa; apesar de, simultaneamente, estar sujeito à destruição, deve ser cercado de respeito, pois o cadáver continua tendo a qualidade humana da pessoa à qual pertenceu.

No que diz respeito ao direito do cadáver, Gogliano (1986, p. 115) afirma que “alguns teóricos mais antigos explicam não haver nenhum tipo de direito específico sobre o cadáver, mas, apenas, normas de políticas públicas sobre o que se pode ou não, fazer com o corpo”. Seguindo esta linha de raciocínio, De Cupis (2008, p. 99) “enxerga o direito ao cadáver, como um direito privado não-patrimonial de titularidade da família, em razão dos sentimentos que ligavam os parentes ao morto”. No entanto, o autor ressalva que “o exercício desse direito depende da não manifestação do morto sobre o assunto, pois, em tendo havido manifestação, se estaria diante de um negócio jurídico de coisa futura, e que, obviamente, deve ser cumprido.” Sobre tudo isso, entende-se que, no que tange à destinação do corpo pós morte, a possibilidade da captação dos órgãos do corpo morto precisa respeitar a vontade deste, quando houver.

Sobre o assunto, Nobre (1975, p. 49) defende a existência de uma espécie de “estado de necessidade” daqueles pacientes que aguardam ao transplante de um órgão. Seguindo essa linha de raciocínio, o autor defende a existência de um verdadeiro direito de transplante que, nas palavras do autor, seria como “uma extensão do direito à saúde.”

Sobre essas questões, podem-se retirar ensinamentos ou diretrizes do que dispõe a atual Constituição Federal, no artigo 5º, acerca da preocupação do texto constitucional em garantir a segurança das pessoas que vivem nesta sociedade, quando estabelece aos indivíduos o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, como segue: “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes” (BRASIL, 1988). Ainda, o artigo Art. 5º, inciso VIII destaca que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa” (BRASIL, 1988). Nessa linha de pensamento, apesar de o Brasil ser considerado um país laico, onde todos os habitantes têm o direito de manifestar e viver a sua crença religiosa do jeito que melhor lhe convier, destaca-se que, no momento do diagnóstico de morte encefálica, os familiares não poderiam usar de sua religião para eximir-se da obrigação de decidir pela doação ou não dos órgãos de seu familiar falecido, e, principalmente, quando há a manifestação daquele ente familiar feita em vida. Ressalta-se que se trata de uma difícil decisão, mas que é preciosa, pois dela depende a continuidade de outras vidas. Por isso, essa entrevista é acompanhada pelos parentes, médicos e os outros profissionais recomendados à situação.

Deste modo, Ladeira (2009, p. 106) leciona que “o reconhecimento de direitos sociais no corpo da Constituição Federal é a evidência de ter o Estado brasileiro adotado a configuração de um Estado Democrático de Direito”, cuja finalidade se diferencia daquela adotada pelos Estados liberais, vez que objetiva assegurar o direito à igualdade em aspectos formais e materiais.

As normas de Direito público são inderrogáveis entre as partes. Ocorre a consagração da vontade das pessoas, que o Estado confirma e protege, mas também impõe obrigações contratuais que fazem lei entre as partes, como normas postas pelo Poder Público. O Direito privado atravessa uma fase de publicização, devendo se subordinar ao interesse coletivo representado pelo Estado; neste ponto, entende-se que a doação de órgãos é do interesse coletivo, uma vez que, visa pelo bem-estar geral, e pelo menor gasto efetivo na manutenção da saúde pública.

E, nesse sentido, pelo disposto na Constituição Federal, no artigo 196, o interesse da sociedade se sobreporia ao interesse do próprio indivíduo, pois a saúde constitui: "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" (BRASIL, 1988). Assim, reza a Carta Magna: "Art. 196. 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 e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (BRASIL, 1988).

Extraí-se do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Logo, não há como recusar que um dos requisitos para a existência dessa dignidade de que trata a Constituição Federal, é a saúde pública (PARANHOS, 2007, p. 155).

Nessa linha de pensamento, entende-se que cabe ao Estado regular e fiscalizar no que diz respeito ao procedimento dos transplantes de órgãos. Por isso, para Diniz (2006, p. 309): "O direito da personalidade do corpo vivo ou morto apenas poderá ser disponível, a título gratuito [...] com as limitações impostas por normas de ordem pública." No mesmo sentido, Mallmann (2018, p. 1) nos ensina que:

O direito à saúde, elevado à categoria dos direitos fundamentais, por estar interligado ao direito à vida e à existência digna, representa um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, sendo considerado pela doutrina e legislação uma obrigação do Estado e uma garantia de todo o cidadão.

Já, Cunha (2002, p. 260) entende que "a decisão de patrimonializar ou não o próprio corpo diz respeito, única e exclusivamente, desde que não atinja direitos de terceiros, ao livre arbítrio de cada um, no exercício de seu direito constitucional à autonomia".

Acerca dessas controvérsias, Almeida et al. (2003, p. 1) nos ensinam que:

a Bioética pode ser compreendida à luz de vários modelos. O mais difundido no Brasil e que fundamentou inclusive as normas para a realização de pesquisas com seres humanos no país é o Modelo de Princípios que adota quatro pilares explicativos: a autonomia, a beneficência, a não maleficência e a justiça.

O princípio da autonomia, de acordo com sua origem grega, significa autogoverno, referindo-se ao grau de poder da pessoa de tomar decisões que afetem sua vida, sua integridade físico-psíquica, suas relações sociais, como também, exige da sociedade o respeito a essa decisão; o princípio da beneficência, um dos mais conhecidos, significa não causar dano; o princípio não maleficência se refere às ações dos médicos que devem causar o menor dano possível ao paciente; por último, o princípio da justiça que exige que a distribuição de danos e benefícios seja justa, e em nome da justiça, e que toda atenção, todo cuidado e todo sistema de saúde devem ser justos (ALMEIDA ET AL.2003).

Por sua vez, Kovács (2014) explica que existe na medicina um documento chamado testamento vital, direcionado a pacientes diagnosticados com doenças terminais, e tal documento visa garantir o respeito máximo à vontade do paciente de morrer com dignidade. Esse documento surgiu no EUA, em 1969. Denominado testamento vital visa assegurar ao paciente o direito à recusa de tratamento médico para prolongar a vida nos casos de diagnóstico de terminalidade ou estágio vegetativo persistente. Trata-se de declaração escrita, que deve ser entregue ao médico, aos familiares ou aos representantes legais para ser assinado pelo paciente que se recusa ao tratamento, situação considerada como obstinação terapêutica. Nesse caso, segundo Kovács (2014) o que se quer mostrar é que:

[...] a morte com dignidade é objetivo de programas de cuidados paliativos. Busca-se facilitar a autonomia do paciente na tomada de decisões sobre sua vida. Retoma-se o conceito de boa morte, sem dor, com respeito aos desejos do paciente, estabelecendo canais de comunicação com a família e profissionais de saúde.

Dessa forma, se é permitido que as pessoas decidam qual a melhor forma de morrer, ao ser diagnosticadas com uma doença incurável, e esta escolha tem respaldo legal, levando em consideração entre outras coisas, o respeito máximo ao princípio da dignidade da pessoa humana, então por que essa mesma pessoa não pode decidir o que será feito com seu corpo após a morte?

Por fim, Almeida et al. (2003, p.1) ensinam que é difícil defender uma ou outra corrente acerca da doação de órgãos, pois, atualmente, ainda a população é pouco esclarecida a respeito do assunto e vive cheia de mitos, tabus e mal entendidos; o mesmo acontecendo com as equipes médicas que não se sentem, suficientemente, preparadas. Além disso, a controvérsia em torno da doação de órgãos engloba questões socioculturais, econômicas, afetivas, técnicas e éticas que merecem discussão e pesquisa.

4.5 PROJETO DE LEI DE DOAÇÃO DE ÓRGÃOS PRESUMIDA E CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se pode analisar nos textos apresentados neste trabalho monográfico, até então, a doação de órgãos tem apresentado muitas controvérsias e entraves e sua discussão tem se tornado algo relevante para a sociedade no momento atual.

É fato que o Estado atue como órgão fiscalizador no processo de diagnóstico, manutenção, captação e distribuição de órgãos, mas a questão levantada agora é até onde o Estado pode intervir na vontade privada? Não deveria o Estado criar normas que viabilizem

que a vontade do indivíduo fosse respeitada acima de qualquer coisa? É na tentativa de responder a essas e outras demandas que tramita, atualmente, o projeto de Lei do Senado nº 405, de 2012, que institui a doação de órgãos presumida.

Segundo Costa (2012, p. 02):

Acreditamos que a doação presumida de órgãos pode representar uma solução a curto prazo para a carência de órgãos, conforme corroboram as experiências de outros países que a adotaram, como a própria Espanha, considerada modelo na área de transplantes. Essa medida não é incompatível com o nosso ordenamento constitucional nem, tampouco, com a cultura do povo brasileiro, que tem a solidariedade como um de seus traços mais marcantes.

De forma, ainda, entende Costa (2012, p. 02-03) que:

A doação presumida não obriga ninguém a doar, mas, ao contrário, estimula que a discussão sobre o tema seja feita, ao requer, de cada cidadão, a tomada de decisão, o mais precoce possível, quanto a ser ou não um doador de órgãos, uma vez que a omissão implica concordância em doar.

De acordo com referido Projeto de Lei do Senado, de autoria de Humberto Costa, modifica-se o artigo 4º da Lei nº 9.434/1997, passando a vigorar com a seguinte redação:

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

(...)

§ 6º A pessoa que não desejar dispor de seus órgãos, tecidos ou partes do corpo para a doação referida no *caput* deverá solicitar a gravação da expressão “não doador de órgãos e tecidos” em documento público de identidade.

§ 7º A gravação da expressão especificada no § 6º deverá ser feita de forma indelével e inviolável, pelos órgãos públicos de todo o território nacional responsáveis por emissão de documento público de identidade.

§ 8º Havendo dois ou mais documentos legalmente válidos com opções diferentes quanto à condição de doador ou não da pessoa falecida, prevalecerá a de emissão mais recente.

§ 9º A doação presumida estabelecida no *caput* não é aplicável para a pessoa que não possuir documento público de identidade, cabendo à família, nesse caso, decidir sobre a doação ou não dos órgãos, tecidos ou partes do corpo do falecido (COSTA, 2012).

O que este projeto de lei significa é que se cada pessoa for responsável pela própria decisão de ser ou não um doador, essa situação facilitará e agilizará o processo de doação de órgãos, pois, uma vez constatado que há um paciente com quadro de morte encefálica, verificar-se-ia se há manifestação expressa documentada de sua vontade na doação de seus órgãos e se realizariam os procedimentos necessários.

Ademais o que se precisa esclarecer é que a doação de órgãos presumida não obriga ninguém a ser doador, apenas direciona as pessoas a serem levadas a tomar essa

decisão, o que evita o procedimento demorado e doloroso, atualmente, estabelecido, que envolve a consulta dos familiares. Espera-se, que a presunção minimize a situação em relação aos familiares e à equipe médica e melhore os resultados para a pessoa que espera pelo transplante. Destaca-se que a tramitação do referido projeto de lei do Senado segue em andamento e no presente momento aguarda a designação do relator desde 10/03/2015.

Ainda, na Câmara dos Deputados, também, tramita o Projeto de Lei nº 374/2011, também, de doação presumida de órgãos, de autoria de Manuela D'Ávila, que desde 30/03/2011, aguarda apreciação no plenário. O texto do citado projeto apresenta semelhança com o projeto de lei do Senado. Assim, reza o citado projeto, que altera, também, o artigo 4º da Lei nº 9.434/1997, para estabelecer a doação presumida de órgãos e tecidos para transplantes:

Art. 4º. Fica presumida a autorização para doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para finalidade de transplantes ou terapêutica post mortem, salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta Lei.

§ 1º Todo indivíduo que não queira ser doador de órgãos e tecidos deverá obrigatoriamente ter registrado em documento público de identidade o seu desejo de não ser doador de órgãos e tecidos.

§ 2º A manifestação de vontade em documento público de identidade poderá ser reformulada a qualquer momento, registrando-se, no documento, a nova declaração de vontade.

§ 3º 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 (D'ÁVILA, 2011).

Apesar de haver esses dois projetos que se entende resolver esses impasses acerca da doação de órgãos, percebe-se que o atual momento político do país não seja o mais propício para se colocar tal assunto em votação. Entretanto, espera-se que um dos dois sejam transformados em lei.

Assim, encerra-se essa monografia, e passa-se à conclusão do estudo. Entretanto, esse é um assunto que requer ainda muita pesquisa.

5 CONCLUSÃO

O objetivo dessa monografia é discutir a possibilidade de o cidadão decidir em vida, sobre o destino de seus órgãos, caso venha a ser diagnosticado com o quadro de morte encefálica. Para alcançar o objetivo proposto, foram traçados alguns objetivos específicos, sobre os quais se passam a expor algumas considerações.

Na primeira parte do trabalho, viu-se que a doação de órgãos pode se dar tanto entre vivos, como entre um doador morto e um receptor vivo; esse último caso, denomina-se doação pós morte. Neste sentido, vislumbra-se como ocorre o processo chamado, mundialmente, de protocolo de morte encefálica e os seus vários desdobramentos. A abertura do protocolo de morte encefálica ocorre, ou deveria ocorrer, sempre que um paciente apresentar: coma não perceptivo, que é denominado pela Organização Mundial de Saúde (OMS) como aquele profundo, em que se verifica ausência de reatividade supraespinal (ausência de reflexos motores, palpebrais entre outros) e apneia persistente (ausência de respiração por um longo decurso de tempo). O segundo passo é a realização de dois testes clínicos, que será escolhido pelo médico intensivista da Unidade de Terapia Intensiva (UTI) e pode ser: reflexo fotomotor, que nada mais é que colocar o foco de luz de uma lanterna, diretamente, nas pupilas do paciente, alternadamente, e se essas se mantiverem fixas indica possível Morte encefálica (ME); estímulo doloroso; reflexo corneopalpebral, que consiste em estimular a pálpebra do olho com uma gaze e verificar se existe reação; reflexo oculocefálico, em que o enfermeiro se posiciona atrás da cabeça do paciente, abre os olhos do mesmo e gira a cabeça, lateralmente e rápido, sendo que, em pacientes com ME os olhos sempre acompanharão o movimento que a cabeça fizer; reflexo oculovestibular, ou seja, injeção de solução gelada em um dos condutores auditivos e manter o paciente com os olhos abertos para se ver se haverá movimento do olho ao encontro com o local em que foi introduzido o líquido gelado; reflexo de vômito ou tosse, que consiste em induzir o paciente ao vômito ou à tosse com a introdução de uma sonda nasogástrica e observar se há reação. Após a realização de dois dos referidos testes, e confirmados os resultados de ausência de reflexos e movimentos, faz-se o teste de apneia, que consiste em ofertar para o paciente oxigênio (O²) na fração de 100% (no percentual de cem por cento), em 10 (dez) minutos para se atingir o nível de PCO² de 55mmHg; depois, desconectar o respirador e avaliar o paciente; com o término do teste, coleta-se uma amostra de gasometria arterial que deve apresentar PCO² de 55mmHg. Com o resultado do teste de apneia positivo será realizado um exame complementar gráfico, determinado pelo médico neurologista, podendo ser: eletroencefalograma, doppler

transcraniano (que é o mais comum a ser realizado, sendo contraindicado para criança menor de 2 anos, que utiliza o ultrassom para verificar se há fluxo sanguíneo cerebral), extração cerebral de oxigênio, angiografia cerebral, cintilografia radioisotópica, tomografia por emissão de fóton único, tomografia por emissão de pósitrons, monitorização de pressão intracraniana, tomografia computadorizada com xenônio, para que seja comprovada ou não a morte encefálica. Além desses testes, realiza-se, ainda, obrigatoriamente, exame complementar gráfico, à escolha do médico neurologista, dependendo das condições clínicas, metabólicas e hemodinâmicas em que o paciente se encontre. Após a realização dos referidos testes e do exame gráfico, com o diagnóstico de morte encefálica fechado, resta à equipe médica conversar com a família do possível doador. Dependendo da manifestação da família, poderá: ser feita a cirurgia de extração de órgãos doados, ou, suspender-se todas as medidas de suporte que mantem o organismo do paciente funcionando. Caso o paciente no decurso do protocolo de morte encefálica apresente alguma alteração que indique condições mínimas de vida se cancela o protocolo e o paciente será tratado e mantido de acordo com as suas necessidades. Neste ponto é necessário destacar que o protocolo de doação de órgãos é um processo dinâmico que não respeita regras específicas e exatas; cada paciente interage com o protocolo de uma forma, além do fato de as etapas do protocolo se comunicar e se intercalarem de forma autônoma e liberal.

Destaca-se que a conversa com os familiares é de extrema importância, pois, geralmente, tratam-se de pessoas leigas, que, dificilmente, já tinham refletido ou conversado acerca da doação de órgãos, o que torna a situação mais difícil, pois, nem sempre aceitam fazer a doação dos órgãos do ente querido. Essa conversa precisa acontecer de forma mais simples (linguajar médico científico não ajudará em nada para os familiares no momento em que souberem que seu parente está morto), pois, a família precisa entender que seu familiar está morto, muito embora esteja respirando e com o coração pulsando. Essa conversa, normalmente, acontece no decorrer do protocolo de morte encefálica e não somente após o diagnóstico conclusivo, até por que muitas vezes a família precisa de tempo para aceitar a situação e reagir da melhor maneira possível.

A terceira parte do trabalho tratou acerca do Direito de personalidade, este que vem, expressamente, consagrado na Constituição Federal/1988 para proteger os direitos do indivíduo na sua máxima complexidade. Apresentou-se as três teorias da concepção, sendo elas: a teoria concepcionista, segundo a qual os direitos do nascituro se originam no momento da fecundação, e não no nascimento; a teoria natalista que argumenta que a personalidade

civil somente começa com o nascimento com vida; a teoria da personalidade condicional, que acredita na origem com a fecundação desde que o nascituro venha a nascer com vida, teoria esta adotada no Brasil conforme doutrina majoritária. Ainda, foram destacados os entendimentos doutrinários acerca do fim dos direitos de personalidade, se, tal fato ocorre com a morte ou se acompanha o cadáver. Viu-se, neste sentido, que existem três teorias em relação ao cadáver: A teoria que considera o cadáver como coisa, adotada pelos primeiros estudiosos, entende que a partir da morte da pessoa, o corpo morto sai da esfera de interesse da família ou do próprio *de cuius* e passa a fazer parte do conjunto de interesses públicos, como a saúde pública; a teoria classifica o cadáver como sendo coisa *sui generis*, entende que o corpo morto é considerado como coisa fora do comércio; a teoria que classifica o cadáver como se pessoa ainda fosse é a que apresenta mais adeptos, e, segundo Beltrão (2005, p. 86) o cadáver não pode ser considerado como coisa, pois ainda está ligado a personalidade que possuía em vida.

Na última parte dessa monografia, onde foi abordada a questão central dessa pesquisa, abordou-se, primeiramente, a questão da saúde pública no Brasil, expressamente, protegida no texto da Constituição Federal/1988 (Art. 196), segundo a qual: a saúde pública é um direito de todos e dever do Estado, entre outras coisas, direito este que foi conseguido com o decorrer dos anos, uma vez que, nem sempre, foi assim, como o próprio texto monográfico enfatiza ao apresentar a evolução da legislação brasileira. Procurou-se mostrar como a doação de órgãos pode contribuir para a saúde pública no Brasil. Também, foi apresentado o panorama estadual e nacional em relação aos casos que deixam de ser efetivados por recusa familiar, situação que poderia ser diferente, se, no Brasil, a legislação permitisse a doação presumida, como acontece em outros países. Através desta, as pessoas podem exercer o direito de optar, em vida, em ser ou não doador; no caso de não haver manifestação expressa, cabe ao Estado a decisão pela doação dos órgãos da pessoa em condições para isto; tal situação não é o que ocorre no Brasil, pois a legislação anterior, que preceituava nesse sentido, foi modificada pela Lei nº 10.211/2001, que retirou a possibilidade da doação de órgãos presumida e outorgou essa decisão aos familiares, mais próximos, respeitando-se a linha sucessória.

Constatou-se que, além da recusa familiar, questões culturais, despreparo da equipe médica, falta de estrutura hospitalar, carência de equipes transplantadoras, problemas logísticos que dificultam o transporte dos órgãos doados até a pessoa que ser transplantada

são os principais entraves que desfavorecem a doação de órgãos e impedem que se constitua numa das formas de garantia da saúde pública.

Entretanto, apesar do cenário não muito favorável à doação de órgãos *post mortem* no Brasil, foram destacadas as correntes doutrinárias acerca do assunto, para que, estudantes, operadores do Direito, leitores de forma geral e demais profissionais, possam refletir sobre essa questão, e no quanto a doação de órgãos pode contribuir com a saúde pública, e trazer melhores condições de vida para tantos brasileiros que se encontram à espera de uma chance para se recuperar. Há muitas controvérsias entre os doutrinadores, no que diz respeito ao direito de o próprio indivíduo decidir sobre a doação de seus órgãos depois da morte. Atualmente, a informação circula de forma clara, segura, liberal e específica; com os avanços da tecnologia, propagam-se em massa pelas redes sociais; qualquer assunto pode ser discutido, intensamente, a qualquer momento. Por isso, como se pode aceitar que assunto tão relevante para a saúde pública ainda não tenha sido debatido com a sociedade; como a legislação brasileira admite que a pessoa em vida possa decidir em não realizar um tratamento para a cura de doença terminal, se quer ou não, ser mantido vivo com uso de aparelhos, medicações e tratamentos experimentais, e a proíbe de decidir o que será feito com seu corpo após a morte. O fato de não se poder manifestar a vontade em vida de doar seus órgãos depois da morte, ainda que, por conversas com os familiares, não há garantia de que tal desejo se realize, pois a decisão dependerá da família, segundo a previsão legal.

Neste sentido, também, entre os doutrinadores, as opiniões são diversas. Como se demonstrou, Oliveira (1970) não aceita o fato de o ser humano ocupar na relação jurídica os lugares de sujeito e objeto. No que tange aos direitos do paciente enquanto vivo e ao cadáver do paciente diagnosticado com quadro de morte encefálica, Lima (1997), Magalhães (1997) e Nakamae (1997) defendem o direito à vida e a dignidade do cadáver. Gogliano (1986) entende não haver nenhum tipo de direito específico sobre o cadáver, mas, apenas, normas de políticas públicas sobre o que se pode ou não, fazer com o corpo. Seguindo esta linha de raciocínio, De Cupis (2008) acredita que o direito ao cadáver, seria como um direito privado não-patrimonial de titularidade da família. Da mesma forma, Nobre (1975) defende a existência de uma espécie de “estado de necessidade” daqueles pacientes que aguardam o transplante de um órgão; nessa linha, defende o direito ao transplante como “uma extensão do direito à saúde”, tal qual o que prevê a Constituição Federal, no artigo 5º, que cabe destacar: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à

liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes” (BRASIL, 1988). Ainda, na mesma corrente, destaca-se, para reforçar referido entendimento, o que preceitua a Constituição Federal, no artigo 196, pelo qual, o interesse da sociedade se sobreporia ao interesse do próprio indivíduo, pois a saúde constitui: "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 e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988).

Já, Cunha (2002, p. 260) entende que “a decisão de patrimonializar ou não o próprio corpo diz respeito, única e exclusivamente, desde que não atinja direitos de terceiros, ao livre arbítrio de cada um, no exercício de seu direito constitucional à autonomia”.

Por fim, Almeida ensina que é difícil defender uma ou outra corrente acerca da doação de órgãos, pois, atualmente, o que vemos na realidade é uma população, e, inclusive, muitas equipes médicas que se sentem pouco esclarecidas a respeito do assunto e que vivem cheias de medos, tabus e mal-entendidos. Além disso, a controvérsia em torno da doação de órgãos engloba questões socioculturais, econômicas, afetivas, técnicas e éticas que merecem discussão e pesquisa, o que de forma bem ampla e genérica justifica, embasa e colabora para a importância desta pesquisa monográfica.

Ressaltou-se que está em tramitação projeto de lei que visa permitir que as pessoas possam decidir o que seja feito com seu corpo após a morte, partindo do pressuposto de que a pessoa é que sabe o que é melhor e não os familiares. Deste modo, o principal objetivo do projeto de lei é permitir ao cidadão o direito de decidir sobre o próprio corpo, levantar o debate a respeito da doação de órgãos e gerar mais doações; conseqüentemente, salvando mais vidas e diminuindo o tempo de espera na fila de transplantes. O projeto de lei é claro; todas as pessoas de forma presumida, seriam consideradas doadores de órgãos e aqueles que não desejassem assim ser, deveriam deixar a sua negativa registrada em um documento com fé pública. Diferentemente, de hoje em dia, que quem decide pela doação ou não é um parente próximo, respeitando a linha de sucessão conforme estabelece o atual Código Civil de Brasileiro de 2002.

Por fim, apesar de haver uma legislação que determina que é a família quem decide nesses casos, entende-se que a sociedade pode ser conscientizada e preparada, através dos meios de comunicação atuais, para uma mudança de postura em relação à morte e à doação de órgãos. Destaca-se que as pessoas precisam entender é que, ao ser diagnosticado com o quadro de morte encefálica respeitando todo o protocolo, conforme estabelece a OMS,

este quadro é irreversível; tanto que, a partir do momento que a família negar a doação de órgãos, os aparelhos e medicamentos que estão mantendo o organismo do indivíduo funcionando serão desligados e que em torno de quinze (15) minutos todas as funções vitais cessarão. Em contrapartida, existem milhares de pessoas nas filas estaduais e nacionais de transplantes de órgãos a espera de serem chamados para este procedimento. São pessoas que têm as suas vidas modificadas drasticamente. São pais, mães, filhos que deixam de estudar, trabalhar e, muitas vezes, deixam de viver devido a um sistema que cria tantos entraves na realização de um processo que pode salvar vidas.

Diante de todo o exposto, até o momento, em virtude da legislação brasileira vigente, confirma-se a hipótese desse estudo, de que, atualmente, o cidadão não tem o direito de fazer a escolha do destino de seus tecidos e órgãos, caso venha a ser diagnosticado com um quadro de morte encefálica. Não se respeita a escolha escrita do doador feita em algum documento que o represente em um momento futuro. O que prevalece é a possibilidade de se conversar com seus familiares sobre o seu desejo, uma vez que serão estes, os familiares de até segundo grau na linha de sucessão, que irão decidir o que será feito com o corpo do indivíduo em questão. Entretanto, há dois projetos de lei, um do Senado e outro da Câmara dos deputados, visando à aprovação de lei acerca da doação de órgãos presumida.

REFERÊNCIAS

- ALENCAR, S.C.S. Doação de órgãos e tecidos: a vivência dos familiares de crianças e adolescente doadores. 161 f. 2006. Dissertação (Mestrado em enfermagem) – Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2006.
- ALMEIDA, Kely Cristina de et al. Doação de órgãos e bioética: construindo uma interface. *Revista Brasileira de Enfermagem*, [S.l.], v. 56, n. 1, jan. 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-71672003000100004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 22 abr. 2018.
- AMARAL, Francisco, Direito Civil, Introdução, 6ª edição, Renovar, Rio de Janeiro, 2006.
- BENDASSOLLI, Pedro F. Percepção do Corpo, Medo da Morte, Religião e Doação de Órgãos. *Psicologia: Reflexão e Crítica*. Porto Alegre, vol. 14, n.1, 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-79722001000100019&script=sci_arttext>. Acessado em: 13/03/2018.
- BELTRÃO, Silvio Romero. Direitos da personalidade: de acordo com o novo Código Civil, São Paulo, Atlas, 2005.
- BERGOGLIO e BERTOLDI, Transplantes de órgãos, Buenos Aires, Hammurabi, 1983.
- BERTOLLI FILHO, Cláudio. História da saúde pública no Brasil – São Paulo: Ática, 1998.
- BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 7ª Ed. Atua. Rio de Janeiro, RJ: Editora Forense, 2003.
- BITTENCOURT, Ana L. P.; QUINTANA, Alberto M.; VELHO, Maria T. A. de C. A perda do filho: Luto e doação de órgãos. *Estudos de Psicologia*. Campinas, vol, 28 n. 4, out./dez, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-166X2011000400004&script=sci_arttext>. Acessado em: 13/03/2018.
- BRAND SILVA, Silvia et al. Uma comparação dos custos do transplante renal em relação às diálises no Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, [S.l.], v. 32, n. 6, fev. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102311X2016000605005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 27 mar. 2018.
- BRASIL. Constituição Federal. Brasília: [s.n.], 1988. 123 p. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018.
- _____. Decreto n. 9175, de 18 de out. de 2017. Regulamenta a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, para tratar da disposição de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Brasília, p. 1-2, out. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9175.htm>. Acesso em: 27 mar. 2018.
- _____. Decreto n. 2848, de 07 de dez. de 1940. Código Penal. Brasília, p. 1, dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 22 abr. 2018.
- _____. Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Acesso em: 16 ago. 2017.

_____. 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. Brasília, p. 1-2, ago. 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L5479impressao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. Lei nº 8.498, de 26 de novembro de 1992. Lei no 8.498, de 26 de novembro de 1992. Brasília, p. 1-2, nov. 1992. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/127763/lei-8498-92>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

_____. Lei nº 10.211, de 23 de março de 2001. 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">Acesso em: 21 ago. 2017.

_____. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, p. 1-2, set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 22 abr. 2018.

_____. Novo Código Civil. Lei Nº 10403 de 10 de janeiro de 2002.> Acesso em: 26 ago. 2017.

_____. SC Transplantes. Dados doação e transplantes em 2016. Disponível em:<<http://sctransplantes.saude.sc.gov.br/images/2017/dez%202016.pdf>>Acesso em: 16 ago. 2017.

_____. SC Transplantes. Dados e transplantes em 2017. Disponível em: <<http://sctransplantes.saude.sc.gov.br/images/2017/junho%202017.pdf> > Acesso em: 16 ago. 2017.

_____. Sistema Único de Saúde financia 95% dos transplantes no Brasil. 2015. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/editoria/saude/2015/01/sistema-unico-de-saude-financia-95-dos-transplantes-no-brasil>. Acesso em 30 Mai. 2018.

CAMARGO, Caroline Leite de. Início da personalidade e a questão das pesquisas com células-tronco. In: Estudos acerca da efetividade dos direitos de personalidade no Direito das famílias: construção do saber jurídico e crítica aos fundamentos da dogmática jurídica. Coordenação de Carla Baggio Laperuta Fróes, Iara Rodrigues de Toledo e Sarah Caroline de Deus Pereira. 1 ed. São Paulo: Letras jurídicas, 2013. p. 275-292.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil, vol. 1. São Paulo. Saraiva, 2003

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.480, de 21 de agosto de 1997. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm> Acessado em: 06 out. 2017.

_____. Resolução n. 2.173, de 23 de novembro de 2017. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2173>Acessado em: 06 out. 2017.

CHAVES, Antonio, direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes, 2 ° ed., São Paulo, revista dos tribunais, 1994.

COSTA, Humberto. Projeto de Lei do Senado nº 405, de 2012. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/108638>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.) A Reconstrução do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 230-264, 2002.

D'ÁVILA, Manuela. Projeto de lei nº 374/2011. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3CD48EA7EF0E28F4C966C5AA84FEC33F.proposicoesWebExterno2?codteor=839118&filename=PL+374/2011. Acesso em: 27 abr. 2018.

DANTAS FILHO, Venâncio P. et al. Dos conceitos de morte aos critérios para o diagnóstico de morte encefálica. Arquivos de Neuro-Psiquiatria. São Paulo, vol. 54, n. 4, dez., 1996. P. 706. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0004-282X1996000400025>. Acesso em 12/03/2018.

DE CUPIS, Adriano, Os direitos da personalidade, tradução de Afonso Celso Furtado Rezende, 2º ed., São Paulo, Quorum, 2008.

DESCARTES, René. Discurso do método. [Os pensadores], São Paulo: Nova Cultural, 1996.

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, Direito Civil, Teoria Geral, 6º edição, Lumen Juris, Rio de Janeiro 2006

FRANÇA, Genival Veloso de. Direito Médico. 8. ed. São Paulo: [s.n.], 2004.

FREIRE, Izaura Luzia Silvério et al. Estrutura, processo e resultado da doação de órgãos e tecidos para transplante. Revista Brasileira de Enfermagem, [S.l.], v. 68, n. 5, p. 1-11, set. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-71672015000500837&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 22 abr. 2018.

FREITAS JUNIOR, Antonio Jesus da Rocha. Direitos da Personalidade: doação de órgãos, Teresina, EDUFPI, 1995.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira, Direito Civil, Parte Geral, Atlas, São Paulo, 2006

GARCIA, Clotilde Druck. Doação e transplante de órgãos e tecidos / Organizadores Clotilde Druck Garcia, Japão Dröse Pereira, Valter Duro Garcia. – São Paulo: Segmento Farma, 2015

GIMENEZ, Mariana Zani. GIMENEZ, Melissa Zani. Educação: um direito de personalidade da criança e do adolescente. In: Estudos acerca da efetividade dos direitos de personalidade no Direito das famílias: construção do saber jurídico e crítica aos fundamentos da dogmática jurídica. Coordenação de Carla Baggio Laperuta Fróes, Iara Rodrigues de Toledo e Sarah Caroline de Deus Pereira. 1 ed. São Paulo: Letras jurídicas, p. 255-274. 2013.

GOGLIANO, Daisy. Direitos privados da personalidade, dissertação de mestrado, São Paulo, 1982.

GOMES, Luiz Flávio. Eutanásia, morte assistida e ortotanásia: dono da vida, o ser humano é também dono da sua própria morte? Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1305, 27 jan. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9437>>. Acesso em: 12 março 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 9a. ed.. São Paulo: Saraiva, 2011.

GORDILLO CAÑA, Antonio. Trasplantes de órganos- pietas familiar y solidaridad humana. Madrid. Civitas, 1987.

GREGORI, Jose . Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) - 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS->

Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 01 abr. 2018.

KAPLAN, H. L.; SADOCK., B.J. Compendio de psiquiatria, 6. Ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.

KOVÁCS, Maria Julia . A caminho da morte com dignidade no século XXI. Revista Bioética, [S.l.], v. 22, n. 1, jan. 2014. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422014000100011&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 14 abr. 2018.

LADEIRA, Fernando de Oliveira Domingues. Direito à saúde: a problemática do fornecimento de medicamentos. Cadernos Jurídicos, São Paulo, v. 10, n. 32, p. 105-127, maio/ago. 2009.

LAMB, David, transplante de órgãos e ética, tradução de Jorge Curbelo, São Paulo, Hucitec, 2000.

LEONEL, Vilson. Metodologia científica e da pesquisa. 5ª Edição. Palhoça. 2007.

LIMA, Elenice Dias Ribeiro de Paula ; MAGALHÃES, Myrian Biaso Bacha ; NAKAMAE, Djair Daniel . Aspectos ético-legais da retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano. Revista Latino-Americana de Enfermagem, [S.l.], v. 5, n. 4, p. 1-2, out. 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-11691997000400002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 14 abr. 2018.

LIMA, Emanuel. A triste realidade da saúde pública. Disponível em: <<https://emanuellimabto.jusbrasil.com.br/artigos/241825250/a-triste-realidade-da-saude-publica>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. Introdução do biodireito. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro – São Paulo: Saraiva, 1989.

MALLMANN, Eduarda . Direito à saúde e a responsabilidade do Estado. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7652/Direito-a-saude-e-a-responsabilidade-do-Estado>>. Acesso em: 22 abr. 2018.

MANSANO, Josyane. Direitos do Nascituro. In: Revista Espaço Acadêmico n. 121. Jun/2011. Ano XI. Disponível em:

<http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/viewFile/12442/7066>, acessado dia 12/03/2018.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Doação presumida de órgãos do corpo humano, in Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, Brasília, vol. 26, n. 63, pp. 63-69, 1996.

MENEGHIN, Laís. SANCHEZ, Cláudio José Palma. TUTELA CIVIL DOS DIREITOS DO NASCITURO. Disponível em:

<<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2161/2300>>. Acessado dia 12/03/2018.

MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbos, Direitos da personalidade post mortem, dissertação de mestrado apresentada à faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

MOURA, Luciana Carvalho; SILVA, Vanessa Silva. Manual do Núcleo de Captação de Órgãos: Iniciando uma comissão Intra- Hospitalar de Doação de Órgãos e tecidos para Transplantes – CIHDOTT. Barueri, SP; minha editora, 2014.

NOBRE, Freitas. O transplante de órgãos humanos à luz do direito. Brasília, Coordenada-Editora de Brasília, 1975.

OLIVEIRA, José Sebastião de. QUEIROZ, Meire Cristina. A tutela dos direitos do nascituro e o biodireito. Disponível.

http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/11_378.pdf, acessado dia 12/03/2018.

OLIVEIRA, Leônidas Meireles Mansur Muniz de. Doação de órgãos e autonomia da vontade da família. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3716, 3 set. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25212>>. Acesso em: 4 de maio 2018.

PARANHOS, Vinícius Lucas. Efetividade dos provimentos judiciais na garantia do direito à saúde: Estudo sobre as decisões inaudita altera parte no fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado. v.2. n.1. Belo Horizonte: Meritum, 2007.

PINTO, Davi Souza de Paula. A doação de órgãos como exceção ao princípio da indisponibilidade do corpo humano. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 55, jul 2008. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3081>. Acesso em: 10 out. 2017.

RECH, Tatiana H.; RODRIGUES Filho, Édison M. R. Entrevista familiar e consentimento. Revista Brasileira de Terapia Intensiva. São Paulo, vol. 19, n. 1, jan./mar., 2007. P. 87 Disponível em : <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-507X2007000100011&script=sci_arttext>. Acessado em: 13/03/2018.

RIOS, Roger Raupp - Direito à saúde, universalidade, integralidade e políticas públicas: Princípios e requisitos em demandas judiciais por medicamentos. Rev. de Dout. da 4ª Reg., p. 03, Porto Alegre, 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. Introdução ao direito e parte geral do código civil. 8ª ed. Editora Forense. São Paulo. 2015.

RODRIGUES NETO, Eleutério. Saúde: Promessas e Limites da Constituição. Rio de Janeiro. Fiocruz, 2003.

RODRIGUES, Silvo. Direito Civil- Parte Geral, 27ª ed. São Paulo, Saraiva, , vol I, 1997.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. Biodireito e Direito ao Próprio Corpo. 2ª Ed. Editora: Belo Horizonte, 2003.

SARRETA, Fernanda de Oliveira. Educação permanente em saúde para os trabalhadores do SUS [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009.

SERRAVALLE, Paola D'Addino, Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana, Napolli, Edizione scientifiche italiane, 1983.

SMELTZER, Suzane C. et al. Tratado de Enfermagem Médico- Cirúrgico. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, P. 103, 2009.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil – Volume Único. 4ª ed. São Paulo – SP: Método, p. 79. 2014.

TEIJEIRA ÁLVAREZ, Rafael, Aspectos legales del transplantes y la donacion, in anales del sistema sanitario de Navarra, Navarra, v. 29, p.24-34, 2006.

WARGAS DE FARIA BAPTISTA, Tatiana ; VIEIRA MACHADO, Cristiani ; DIAS DE LIMA, Luciana . Responsabilidade do Estado e direito à saúde no Brasil: um balanço da atuação dos Poderes. Ciência & Saúde Coletiva, [S.l.], p. 1-13, jan. 2009. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232009000300018>.
Acesso em: 27 mar. 2018.