

O MOMENTO DECLARATIVO DA MORTE E AS REPERCUSSÕES JURÍDICAS DE SUA IDENTIFICAÇÃO COM A MORTE ENCEFÁLICA

THE DECLARATION TIME OF DEATH AND THE LEGAL IMPACT OF ITS IDENTIFICATION WITH BRAIN DEATH

Fábio Queiroz Pereira

Professor Adjunto de Direito Civil da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG. Doutor em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito Civil pela Universidade de Coimbra. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3122-8759>. E-mail: fabio.queiroz@gmail.com.

Mariana Alves Lara

Professora Adjunta de Direito Civil da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, MG. Doutora em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8580-3405>. E-mail: ml.marianalara@gmail.com.

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar o momento declarativo da morte no direito brasileiro, a partir de uma adequada compreensão da morte encefálica. Tendo em consideração que um paciente pode ter diagnosticada a cessação completa e irreversível das funções do encéfalo, mas conservar as funções cardiorespiratórias, são analisados alguns critérios possíveis e suas correlatas repercussões jurídicas. Por meio de uma investigação de vertente jurídico-dogmática e de tipo compreensivo-propositivo, com a utilização do método de revisão de literatura, concluiu-se que a morte encefálica deve ser adotada como critério uniforme para o fim da personalidade jurídica, com a reverberação de todos os seus correlatos efeitos, uma vez que o encéfalo é o órgão responsável pela unidade sistemática que sustenta a compreensão do humano, sendo esta concepção teórica que conduziu a investigação.

Palavras-chave: Morte. Morte encefálica. Fim da personalidade jurídica. Momento declarativo da morte.

Abstract: This paper aims to analyze the declarative moment of death in Brazilian law, from a proper comprehension of brain death. Considering that a patient may have a diagnosis of complete and irreversible cessation of brain functions, but retain cardiorespiratory functions, some possible criteria and their related legal repercussions are analyzed. Through an investigation of a legal-dogmatic and comprehensive-propositional nature, using the literature review method, it concludes that brain death should be adopted as the uniform criterion for the end of legal personality, with the repercussion of all its related effects, since the brain is the organ responsible for the systematic unit that sustains the understanding of the human condition, which is the theoretical conception that led the investigation.

Keywords: Death. Brain death. End of legal personality. Declaration time of death.

Sumário: Introdução – **1** Entendendo a morte encefálica – **2** Critérios para o momento declarativo da morte – **3** O diagnóstico da morte encefálica e suas repercussões jurídicas – Conclusão

Introdução

A personalidade jurídica, compreendida como a aptidão para ser sujeito de direitos e deveres, é um dos conceitos basilares da teoria geral do direito privado. Se, por um lado, é pacífico o entendimento de que a personalidade deve ser atribuída ao ser humano,¹ por outro lado, os termos inicial e final dessa qualidade de ser pessoa são permeados por controvérsias, imprecisões e incertezas.

Do ponto de vista legal, o Código Civil estabelece que a personalidade começa do nascimento com vida (art. 2º)² e termina com a morte (art. 6º). Muito embora a codificação não traga nenhum conceito de morte, entende-se que esta se refere ao fim das funções vitais do corpo humano, à falência do organismo biológico, uma vez que inexiste no atual ordenamento jurídico brasileiro hipótese de perda da personalidade do indivíduo ainda em vida, como forma de punição, o que se denominava tradicionalmente morte civil.³

A morte se comprova para todos os fins pela certidão extraída do assento de óbito feito no cartório de registro de pessoas naturais, nos termos do art. 77 e seguintes da Lei nº 6.015/1973, conhecida como Lei de Registros Públicos. Para a realização do assento de óbito, faz-se necessário que a morte seja atestada por um profissional da área médica, motivo pelo qual é comum que operadores do direito se afastem de discussões acerca dos critérios definidores do fim da vida.

Ocorre que o evento morte é um fato jurídico que desencadeia uma série de consequências no campo do direito. Ilustrativamente, ocorre a abertura da

¹ É sabido que o ordenamento jurídico brasileiro também atribui personalidade jurídica a alguns entes não humanos, denominados pessoas jurídicas. Contudo, no presente trabalho, a abordagem será limitada à pessoa humana, chamada de pessoa natural.

² A respeito do *status* jurídico do nascituro, recomenda-se: PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves. A situação jurídica do ente por nascer: uma análise crítica em busca de coerência normativa. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 24, n. 2, p. 17-42, abr./jun. 2020.

³ Como esclarece Antônio Menezes Cordeiro, “a ‘morte civil’ era uma pesada sanção que recaía sobre as pessoas condenadas à privação dos direitos civis: os seus bens passavam aos sucessores, o seu casamento era havido como dissolvido e tudo passava como se o sujeito tivesse deixado de existir. Trata-se de uma figura prevista na versão inicial do Código de Napoleão, tendo sido suprimida por uma Lei de 31-Mai-1854” (CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil – Parte geral, Pessoas*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2017. v. IV. p. 506).

sucessão e a transmissão dos bens aos herdeiros e legatários (art. 1.784 do Código Civil); se o falecido havia celebrado contratos, estes podem se extinguir, como ocorre com o contrato de prestação de serviços (art. 607, Código Civil); a morte também põe fim ao usufruto (art. 1.410, I do Código Civil); dissolve o vínculo conjugal (art. 1.571, I do Código Civil); extingue o poder familiar (art. 1.635, I do Código Civil); serve como termo inicial para o pagamento de pensão aos dependentes do segurado da previdência social (art. 74, Lei nº 8.213/1991), entre outros exemplos. Desta forma, precisar o momento da morte é de extrema relevância para uma aplicação correta da lei e para fins de segurança jurídica, motivo pelo qual os juristas não podem se furtar a este debate.

Atualmente, o principal diploma normativo brasileiro que trata do assunto é a Lei nº 9.434/1997, que estabelece em seu art. 3º, para fins de transplantes de órgãos, a morte encefálica como critério. Tendo essa lei como fundamento, afirma-se de maneira reiterada no contexto jurídico, especialmente nos manuais, que o critério de morte da pessoa natural é a morte encefálica, sem que seja levantada qualquer problematização a respeito. Contudo, esse critério não é o único nem é isento de questionamentos, uma vez que um paciente com morte encefálica diagnosticada pode manter uma série de funções vitais, como os batimentos cardíacos, gerando a estranha situação de um encéfalo morto em um corpo ainda vivo.

Nesse contexto, busca-se, por meio de uma investigação de vertente jurídico-dogmática e de tipo compreensivo-propositivo, com a utilização do método de revisão de literatura, abordar o critério de morte encefálica, bem como analisar outros marcos possíveis para o término da vida. É preciso esclarecer que não se pretende deslegitimar o critério de morte encefálica. Ao contrário, partindo-se da concepção teórica de que o encéfalo é o órgão responsável pela unidade sistemática que sustenta a compreensão do humano,⁴ defende-se que a parada total e irreversível de suas funções ainda é, na atualidade, o momento mais adequado para demarcar o fim da personalidade de pessoa natural, de modo que, após a sua verificação, todos os efeitos jurídicos oriundos do fato óbito devem ser produzidos.

1 Entendendo a morte encefálica

A Lei nº 9.434, de 4.2.1997, conhecida como Lei de Transplantes, estabelece em seu art. 3º que a retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do

⁴ PRESIDENT'S COMMISSION FOR THE STUDY OF ETHICAL PROBLEMS IN MEDICINE AND BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH. Defining death: a report on the medical, legal and ethical issues in the determination of death (excerpt). In: CHOLBI, Michael; TIMMERMAN, Travis (Org.). *Exploring the philosophy of death and dying*. Classical and contemporary perspective. Nova York: Routledge, 2021. p. 1-10.

corpo humano para fins de transplantes deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica. Esta, por sua vez, deve ser atestada por dois profissionais da área médica, de acordo com critérios definidos pelo Conselho Federal de Medicina (CFM). Ainda em 1997, atendendo à determinação legal, o CFM editou a Resolução nº 1.480, na qual foram estabelecidos os parâmetros clínicos e os exames complementares a serem observados para a constatação da morte encefálica. Essa resolução foi revogada em 2017 pela Resolução CFM nº 2.173, atualmente em vigor, ao argumento de que os avanços tecnológicos, o melhor entendimento da morte encefálica e a experiência brasileira dos últimos vinte anos impuseram a revisão da norma.

Na Resolução CFM nº 2.173/2017, a morte encefálica é conceituada como “a perda completa e irreversível das funções encefálicas, definida pela cessação das atividades corticais e do tronco encefálico”. Para seu diagnóstico é necessária a realização de: i) dois exames clínicos que confirmem o coma não perceptivo e a ausência de função do tronco encefálico; ii) teste de apneia que certifique a ausência de movimentos respiratórios; iii) exame complementar que comprove a ausência de atividade encefálica (art. 2º).

Um primeiro ponto a ser destacado são as incorreções terminológicas em textos acerca do assunto. Utiliza-se, muitas vezes, o conceito de *morte cerebral*, como se sinônimo fosse de *morte encefálica*.⁵ Todavia, cérebro e encéfalo não são a mesma coisa. O encéfalo, além do cérebro, inclui ainda mesencéfalo, ponte, bulbo, cerebelo, tálamo e hipotálamo, de modo que um paciente pode ter extensa lesão cerebral sem que esses centros tenham sido afetados, não cabendo, assim, o diagnóstico de morte encefálica. É, pois, incorreto utilizar a terminologia de morte cerebral para se referir ao critério presente na legislação de transplantes.⁶

A partir desse critério legal, a doutrina jurídica tem repetido que a morte encefálica equivale à morte descrita no art. 6º do Código Civil como a morte da

⁵ Ilustrativamente, Flávio Tartuce afirma em seu livro que “a lei exige, dessa forma, a morte cerebral (morte real), ou seja, que o cérebro da pessoa pare de funcionar. Isso consta, inclusive, do art. 3º da lei 9.434/97, que trata da morte para fins de remoção de órgãos para transplantes” (TARTUCE, Flávio. *Direito civil – Lei de Introdução e parte geral*. 11. ed. São Paulo: Método, 2015. v. 1. p. 202). De modo semelhante, afirma Milena Donato Oliva: “Considera-se atualmente o momento da morte como aquele do encerramento da atividade cerebral, ainda que outros sistemas vitais não tenham cessado” (OLIVA, Milena Donato; TEPELINO, Gustavo (Org.). *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 121).

⁶ A origem do equívoco pode ser a tradução literal da expressão em língua inglesa *brain death*. Contudo, “convém lembrar a distinção: *brain* significando encéfalo e, *córtex* significando cérebro. É comum o erro na tradução” (SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. Conceito médico-forense de morte. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 92, 1997. p. 365). Ou seja, a expressão *brain death* deve ser traduzida por morte encefálica, para uma correta precisão técnica na língua portuguesa.

pessoa natural, como o evento que põe fim à personalidade jurídica dos seres humanos.⁷ Essas afirmações são feitas, quase sempre, sem nenhuma problematização.

É preciso recuar um pouco no tempo e compreender que, ao longo da história, o conceito de morte tem variado bastante, sobretudo em razão da evolução da medicina e de influências de valores religiosos, éticos e culturais. Há cerca de 500 anos antes de Cristo, Hipócrates formulou a clássica definição de morte como a

testa enrugada e árida, olhos cavos, nariz saliente, cercado de coloração escura. Têmporas deprimidas, cavas e enrugadas, queixo franzido e endurecido, epiderme seca, lívida e plúmbea, pêlos das narinas e dos cílios cobertos por uma espécie de poeira, de um branco fosco, fisionomia nitidamente conturbada e irreconhecível.⁸

Até o século XVIII, o reconhecimento da morte era uma convenção social, precisando haver um acordo sobre o momento a ser considerado o fim da vida. Em alguns casos, usava-se o critério da putrefação do corpo, em outros o momento em que uma pena segurada na frente do nariz parava de esvoaçar. Contudo, uma vez que a gestão da morte se tornou uma questão médica, há duzentos anos, os profissionais da medicina passaram a empreender esforços para medir e padronizar a morte.⁹

Com a invenção do estetoscópio no início do século XIX, a morte passa a ser associada à interrupção do funcionamento do coração. Todavia, podia suceder que a parada cardíaca não fosse permanente ou que se mantivessem batimentos imperceptíveis. Assim, a morte passou a ser determinada pela cessação da função respiratória ou pelo desaparecimento dos reflexos oculares.¹⁰ Após a Segunda Guerra Mundial, a morte era definida como a perda da capacidade de respirar espontaneamente, de garantir a circulação do sangue, para além do desaparecimento da consciência,¹¹ eventos que comumente aconteciam de maneira simultânea.

⁷ A título de exemplo, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias afirmam: “Entende-se, a partir da regra inserida no art. 3º da Lei de Transplantes, que a cessação da vida ocorre com a morte encefálica, atribuindo-se ao Conselho Federal de Medicina a fixação dos critérios clínicos e tecnológicos para determiná-la, o que foi feito através da Resolução nº 1480/97” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil – Parte geral e LINDB*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 1. p. 305).

⁸ *De morbis*, livro 2, parte 5 *apud* PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2000. p. 255.

⁹ LOCK, Margaret. Inventing a new death and making it believable. *Anthropology e Medicine*, v. 9, n. 2, 2002. p. 97.

¹⁰ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil – Parte geral, Pessoas*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2017. v. IV. p. 507.

¹¹ MOULIN, Anne Marie. O corpo diante da medicina. In: CORBIN, Alain; COURTINE, Jean-Jacques; VIGARELLO, Georges (Org.). *História do corpo*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2006. v. 3. p. 56.

Porém, com o desenvolvimento do pulmão de aço por Drinker e Shaw na década de 1930, em Boston, e sua aplicação por Lassen e Ibsen, na década de 1950, em Copenhague, foi possível interromper de maneira artificial e transitória o processo de perda das funções encefálicas, parada respiratória e parada cardíaca.¹² Ou seja, o uso de respiradores artificiais, para além de drogas vasoativas e do controle metabólico artificial, permitiu evitar a parada respiratória e retardar a parada cardíaca, sustentando algumas funções vitais, mesmo após a parada total e irreversível das funções do encéfalo.¹³

Essa situação clínica foi identificada e analisada em 1959 por dois neurologistas franceses, Mollaret e Goulon, que cunharam o termo *coma dépassé*.¹⁴ De acordo com os autores, nos tratados clássicos, o estado de coma é definido como a perda das funções de relação (consciência, motilidade, sensibilidade e reflexo), mas com conservação da vida vegetativa (respiração, circulação e termorregulação). Contudo, essa definição não é exata, uma vez que o estado de coma envolve estados de consciência muito variados, sendo mais assertivo trabalhar com a ideia de graus de coma. Sob esse paradigma, até então eram aceitos três graus: o *coma vigile*, com menor intensidade, podendo o paciente manter um mínimo de consciência e resposta motora; o *coma type*, intermediário; e o *coma carus*, de maior intensidade, quando o paciente mantém apenas parte das funções vegetativas. Ocorre que os autores, a partir da análise de vinte e três pacientes em coma, descobriram a existência de um quarto tipo de coma, que denominaram *coma dépassé*, e definiram como sendo “o coma em que se soma à abolição total das funções da vida de relação, não uma perturbação, mas uma abolição igualmente total das funções da vida vegetativa”.¹⁵

Mollaret e Goulon afirmam que, nessa situação, a sobrevivência dos pacientes só pode ser assegurada, minuto após minuto, por medidas técnicas como o controle artificial da respiração, o controle da circulação por meio de infusão intravenosa de noradrenalina, a correção do desequilíbrio hidroeletrólítico e o uso de técnicas físicas de correção da hipotermia. Se esse controle é cuidadosamente mantido, a sobrevivência prolonga-se, enquanto o miocárdio, que se tornou independente de qualquer aferência nervosa, ainda é capaz de se contrair com

¹² CORRÊA NETO, Ylmar. Morte encefálica: cinquenta anos além do coma profundo. *Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil*, Recife, v. 10, supl. 2, dez. 2010. p. 356.

¹³ CORRÊA NETO, Ylmar. Morte encefálica: cinquenta anos além do coma profundo. *Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil*, Recife, v. 10, supl. 2, dez. 2010. p. 356.

¹⁴ MOLLARET, P.; GOULON, M. Le coma dépassé. *Revue neurologique*, n. 11, p. 3-15, 1959.

¹⁵ No original: “Le coma dans lequel se surajoute à l’abolition totale des fonctions de la vie de relation, non des perturbations, mais une abolition également totale des fonctions de la vie végétative. Un tel coma est à la fois une révélation et une rançon de la maîtrise acquise en matière de réanimation neuro-respiratoire” (MOLLARET, P.; GOULON, M. Le coma dépassé. *Revue neurologique*, n. 11, p. 3-15, 1959. p. 4).

uma taxa de energia suficiente para garantir um mínimo de vascularização e funcionamento de alguns órgãos. Essa sobrevivência realmente chega ao fim quando a parada cardíaca é definitiva. Os autores alertavam que essas descobertas levariam discussões a respeito das fronteiras da vida e levariam a debates legais sobre a hora da morte.¹⁶

Aqui resta evidenciado o primeiro ponto controvertido acerca da morte encefálica: muito embora o encéfalo tenha morrido, por meio de suporte artificial da vida, o coração pode continuar batendo, de modo que ainda há circulação de sangue pelo corpo e manutenção de uma série de funções vitais.

As descobertas acerca de um quarto tipo de coma não haviam despertado maior interesse até 1967, quando foi realizado com sucesso o primeiro transplante de coração na África do Sul, abrindo a possibilidade de que inúmeras vidas fossem salvas por meio dessa nova técnica. Isso porque, se o critério de morte cardiorrespiratória continuasse a ser adotado, o transplante de alguns órgãos restaria inviabilizado, uma vez que os órgãos perderiam a vitalidade necessária e acabariam inutilizados sem a circulação de sangue e ar pelo corpo do paciente.

Assim, em 1968, um comitê *ad hoc* da Escola Médica de Harvard publicou relatório definindo o que vem a ser coma irreversível¹⁷ e estabelecendo-o como novo critério de morte. Como justificativa para a mudança, argumenta-se no documento que as técnicas de reanimação cardíaca e de suporte mecânico da vida, em alguns casos, podem levar a situações nas quais o coração do indivíduo continua batendo, muito embora seu encéfalo esteja irreversivelmente danificado. Esse seria um fardo para os próprios pacientes, para os familiares, para os hospitais e para aqueles que necessitam de leitos hospitalares. Ainda, afirma-se que critérios obsoletos para a definição de morte podem prejudicar a obtenção de órgãos para fins de transplantes.¹⁸ Verifica-se, então, que o estabelecimento da morte encefálica como critério de morte se deu também por questões utilitaristas, quais sejam, viabilizar os transplantes, liberar leitos e reduzir o fardo das famílias e dos próprios pacientes.

Os novos parâmetros definidos pelo comitê de Harvard foram rapidamente adotados na maior parte do mundo, incluindo no Brasil. Dessa feita, “em suma, uma pessoa anteriormente considerada viva, por força da associação dedutiva do ‘*coma dépassé*’ [sob a designação de ‘*irreversible coma*’] à morte daquela pessoa, deveria agora ser considerada como cadáver”. Para alguns autores, estar-se-ia diante de uma “manipulação funcional do critério declarativo” de morte.¹⁹

¹⁶ MOLLARET, P.; GOULON, M. Le coma dépassé. *Revue neurologique*, n. 11, p. 3-15, 1959. p. 4.

¹⁷ O que o documento denomina de coma irreversível é o que se entende por morte encefálica.

¹⁸ AD HOC COMMITTEE OF THE HARVARD MEDICAL SCHOOL TO EXAMINE THE DEFINITION OF BRAIN DEATH. Definition of Irreversible Coma. *JAMA*, v. 205, n. 6, p. 85-88, ago. 1968.

¹⁹ GERALDES, João de Oliveira. Finis vitae ou ficta mortis? In: *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*. Lisboa: Universidade Católica, 2011. v. 2.

É preciso destacar que, muito embora esse seja o critério mais aceito na atualidade, o que se entende por morte encefálica e a maneira de diagnosticá-la variam muito de um país para outro:

A questão básica é que o diagnóstico de morte encefálica na verdade pode ser apenas um prognóstico de irreversibilidade arbitrariamente situado em um período que antecede a morte biológica e que se estende em um espectro que oscila desde a simples realização de um exame clínico compatível com morte encefálica, como na Finlândia, até a realização de três exames clínicos em um período de 24 horas, acompanhados de exame complementar, como na Grécia. Portanto, para caracterizar a mesma situação, essa escala corresponde desde a simples aceitação da morte do tronco cerebral como diagnóstico de morte encefálica e, por consequência, de morte do organismo até a exigência da morte do cérebro em seu todo.^{20 21}

Mais além, conforme já mencionado, mesmo após a ocorrência da morte encefálica, é possível que os batimentos cardíacos persistam, uma vez que o coração é músculo dotado de certo automatismo, e diversas outras funções não dependentes do controle encefálico continuem por tempo indeterminado, como:

circulação, equilíbrio hormonal, controle da temperatura, digestão e metabolismo, eliminação de resíduos, cicatrização profunda, combate a infecções, crescimento e maturação sexual em crianças e adolescentes, e até mesmo a capacidade de levar uma gestação a termo, em vítimas de eventos encefálicos catastróficos.²²

Quanto a este último ponto, um estudo com trinta e cinco gestantes com morte encefálica, que estavam com idade gestacional média de vinte semanas, demonstrou que, mantendo o suporte somático da mãe por cerca de sete semanas,

²⁰ RODRIGUES FILHO, Edison; JUNGES, José Roque. Morte encefálica: uma discussão encerrada? *Revista de Bioética*, Brasília, v. 23, n. 3, 2015. p. 487.

²¹ A esse respeito, João de Oliveira Galdes explica que, no Reino Unido, se adota a tese de Christopher Pallis, segundo a qual a ausência irreversível dos reflexos do tronco encefálico já seria um indício suficientemente forte para se decretar a morte de alguém, não sendo necessário confirmar a morte encefálica total. Isso porque a falência do tronco encefálico ditará, em curto prazo, a deterioração de todo o encéfalo, o que faz com que esse critério seja mais um prognóstico do que um diagnóstico (GERALDES, João de Oliveira. *Finis vitae ou ficta mortis? In: Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*. Lisboa: Universidade Católica, 2011. v. 2).

²² RODRIGUES FILHO, Edison; JUNGES, José Roque. Morte encefálica: uma discussão encerrada? *Revista de Bioética*, Brasília, v. 23, n. 3, 2015. p. 488.

77% dos bebês nasceram vivos e 85% dos bebês tiveram resultado normal em vinte meses de vida.²³

Um caso ocorrido na Califórnia, nos Estados Unidos, evidencia a possibilidade de um intervalo muito significativo entre morte encefálica e o fim das funções cardiorrespiratórias. Jahi McMath tinha treze anos de idade quando se submeteu a uma cirurgia, para correção de um problema de apneia do sono, que lhe causava um ronco constrangedor. Com a realização do procedimento, a menina vivenciou sucessivas hemorragias, tendo sido posteriormente entubada. Após dois dias, os médicos identificaram a ocorrência da morte encefálica, tendo sido realizados todos os testes necessários para o diagnóstico.²⁴ A família decidiu pela não doação dos órgãos de Jahi e iniciou uma batalha judicial, em que exigia o não desligamento dos aparelhos que a mantinham “viva”. Um acordo foi realizado, com a liberação da menina e com a emissão de certidão de óbito, com a data de 3.1.2014. Jahi foi transferida para outro hospital, onde foi trasqueostomizada, passando a receber alimentação e hidratação por sonda. Em seguida, a menina recebeu alta e permaneceu em casa com o uso do respirador e com os cuidados necessários para manter o seu corpo em funcionamento. Apenas depois de quatro anos da realização da cirurgia, em 22.6.2018, o quadro de Jahi agravou-se e ela foi declarada morta em razão da parada cardiorrespiratória.²⁵

Para além de outras várias questões, o caso suscita uma reflexão sobre o que se compreende por morte, devido ao fato de Jahi ter tido seu óbito declarado em dois momentos distintos, inseridos dentro de um intervalo superior a quatro anos. São imensas as repercussões que poderiam advir em um decurso de tempo tão significativo entre o diagnóstico de morte encefálica e o fim das funções cardiorrespiratórias.

²³ DODARO, Maria Gaia; SEIDENARI, Anna; MARINO, Ignazio R.; BERGHELLA, Vincenzo; BELLUSSI, Frederica. Brain death in pregnancy: a systematic review focusing on perinatal outcomes. *Systematic Reviews*, v. 224, issue 5, p. 445-469, maio 2021.

²⁴ Em artigo recente, Calixto Machado, membro do Instituto de Neurologia e Neurocirurgia de Havana, conclui pela inadequação do diagnóstico de morte encefálica no caso Jahi McMath. De acordo com o autor, o quadro da menina representaria um novo estado de desordem de consciência, não descrito anteriormente, denominado “síndrome responsiva adormecida”. Desse modo, a situação narrada não nega o conceito de morte encefálica, mas traz novamente à discussão a necessidade de uso de testes auxiliares em seu diagnóstico (MACHADO, Calixto. Jahi McMath: a new state of disorder of consciousness. *Revista Latinoamericana de Bioética*, Bogotá, v. 21, n. 1, jan./jun. 2021. p. 149). Em que pesem os argumentos levantados, o presente trabalho parte do pressuposto de ocorrência de morte encefálica neste caso, conforme defendido por grande parte da comunidade médico-científica.

²⁵ A descrição resumida do caso foi feita com base no relato trazido na obra: SÁ, Maria de Fátima Freire de; OLIVEIRA, Lucas Costa de; GOMES, Sarah Ananda. Morte digna nos Estados Unidos da América: recusa ao diagnóstico de morte encefálica – Reflexões médico-jurídicas a partir do caso Jahi McMath. In: SÁ, Maria de Fátima de Freire; DADALTO, Luciana (Org.). *Direito e medicina: a morte digna nos tribunais*. Indaiatuba: Foco, 2020. p. 113-115.

A esse respeito, a Resolução CFM nº 1.826/2007 estabelece que “é legal e ética a suspensão dos procedimentos de suportes terapêuticos quando determinada a morte encefálica em não-doador de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante” (art. 1º). Como justificativa, o CFM afirma que a morte encefálica equivale à morte clínica, de modo que a suspensão dos recursos não equivale à eutanásia. Contudo, essa ainda não é uma questão pacífica, pois conforme considerado na própria exposição de motivos da citada resolução:

causa perplexidade aos familiares do morto o fato de o corpo ainda estar quente e apresentar batimentos cardíacos, o que contrasta com a algidez (frialdade) e ausência de batimentos cardíacos, sinais clássicos da morte, mas que é explicado pela manutenção de suporte ventilatório e medicamentos inotrópicos.

Um estudo realizado por meio de entrevistas com médicos que atuam em UTIs comprovou que, não obstante o mandamento da Resolução CFM nº 1.826/2007, “na prática, o que se observa é a suspensão da dieta, dos antibióticos, das drogas vasoativas, mantendo-se o suporte ventilatório mecânico”.²⁶ Os médicos que não desconectam o ventilador mecânico do paciente com diagnóstico de morte encefálica e não doador de órgãos alegam motivos relacionados a valores pessoais, culturais e sociais, o receio de conflitos com familiares do paciente, o receio de problemas legais, o despreparo da sociedade para aceitar o procedimento e a crença da família na reversão do quadro do parente. Isso levou os autores do estudo a concluírem que, “para muitos profissionais de saúde e familiares de potenciais doadores, parecem existir dois conceitos de morte: um com finalidade de transplante e outro quando ocorre a parada de todas as funções do corpo”.²⁷

De fato, antes da Resolução CFM nº 2.173/2017, o conceito de morte encefálica, na prática médica, por ser um diagnóstico complexo, demorado e dispendioso, só era efetivamente realizado quando se estava diante de um potencial doador de órgãos. Quando a doação não era uma opção, outros critérios acabavam sendo utilizados para emissão do atestado de óbito, como a parada cardiorrespiratória. Ou seja, conviviam-se no Brasil com diagnósticos paralelos de morte encefálica e morte sistêmica ou morte clássica.²⁸ A referida resolução, partindo dessa

²⁶ MORAES, Edvaldo Leal de; CARNEIRO, André Ramos; ARAÚJO, Mara Nogueira de; SANTOS, Franklin Santana; MASSAROLLO, Maria Cristina Komatsu Braga. Desconexão do ventilador mecânico de não doadores de órgãos: percepção de médicos intensivistas. *Revista Bioethikos*, São Paulo, v. 5, n. 4, 2011. p. 420.

²⁷ MORAES, Edvaldo Leal de; CARNEIRO, André Ramos; ARAÚJO, Mara Nogueira de; SANTOS, Franklin Santana; MASSAROLLO, Maria Cristina Komatsu Braga. Desconexão do ventilador mecânico de não doadores de órgãos: percepção de médicos intensivistas. *Revista Bioethikos*, São Paulo, v. 5, n. 4, 2011. p. 424.

²⁸ LEVYMAN, Célio. Morte encefálica: revisão e propostas. *Jornal Brasileiro de Transplantes*, São Paulo, v. 8, n. 2, abr./jun. 2005. p. 339.

constatação, tornou obrigatória a determinação da morte encefálica em todos os pacientes que apresentem coma não perceptivo, ausência de reatividade supra-espinhal e apneia persistente (art. 1º), sejam ou não doadores de órgãos. Porém, para além da incerteza acerca da efetividade dessa disposição, entende-se que o critério de morte encefálica ainda não é aplicado nos casos que não envolvem o estado comatoso, o que mantém o cenário de duplicidade de critérios.

Outro ponto controvertido é a hora da morte que deveria constar na certidão de óbito: se seria o momento da constatação da morte encefálica ou o momento da remoção do coração, nas situações que envolvem doação de órgãos. A esse respeito, um médico entrevistado no estudo conduzido por Juliana Lopes de Macedo afirmou que é o momento da retirada do coração.²⁹ A Resolução CFM nº 2.173/2017 também tentou resolver essa questão e determinou no art. 9º que, na declaração de óbito, conste como “data e hora da morte aquela que corresponde ao momento da conclusão do último procedimento para determinação da ME [morte encefálica]”.

A partir de todas as questões postas, pode-se concluir que há consenso na literatura médica especializada no sentido de que a morte encefálica significa que todo o encéfalo parou de funcionar de maneira irreversível, mas algumas funções vitais ainda podem permanecer por mais algum tempo. Isso se verifica porque a morte não é um momento certo e bem delimitado, mas um processo gradual, em que os órgãos vão parando de funcionar aos poucos, de modo que, dentro de certo intervalo, a ocasião escolhida como o momento preciso do óbito acaba sendo discricionária. Essa constatação, entretanto, não enfraquece a necessidade de definição legal de um critério, a partir do qual as repercussões jurídicas que decorrem do fim da personalidade da pessoa natural serão produzidas.

2 Critérios para o momento declarativo da morte

A partir da análise empreendida, é possível indicar alguns caminhos a serem seguidos no tocante à definição do critério de morte. Contudo, nenhum deles é isento de críticas.

Uma primeira possibilidade seria a adoção de dois (ou mais) critérios distintos, a depender da finalidade. Pensando nos marcos mais empregados na atualidade, poder-se-ia defender a utilização da morte encefálica para fins de autorização da retirada de órgãos destinados a transplantes; e da morte cardiorrespiratória

²⁹ MACEDO, Juliana Lopes de. As regras do jogo da morte encefálica. *Revista Antropologia*, São Paulo, v. 59, n. 2, ago. 2016. p. 38.

para todas as demais situações.³⁰ Esse parece ser o posicionamento de Maria Alice Zaratín Lotufo, segundo a qual:

A personalidade extingue-se com a morte. Esta atinge a todos, inexoravelmente, sendo a única certeza que o ser humano tem durante a sua existência. No entanto, se durante muito tempo se constatou a morte no momento da cessação dos batimentos cardíacos, da respiração e da contração das pupilas, as descobertas científicas no campo da medicina permitiram uma outra conclusão, a de que vida termina com a cessação das atividades cerebrais, o que permitiu que os cientistas chegassem a admitir, nesses casos, a licitude da remoção de órgãos para transplantes, ou outras finalidades científicas. [...] Sob a ótica jurídica, para que se considere como finda a personalidade e se processe a sucessão com a conseqüente transmissão dos bens, é necessária a constatação da morte física, com a parada do sistema vascular. O indivíduo pode permanecer anos em coma profundo, com diagnóstico de morte cerebral, porém conservará a sua personalidade, até que o seu coração para de bater e não mais apresente qualquer sinal de vida.³¹

Muito embora seja essa a situação que parece ser identificada no contexto brasileiro atualmente, ela denota uma inaceitável falta de coerência sistêmica, uma vez que um sujeito estaria vivo a partir de um critério e morto sob a ótica de outro, ambos adotados por um mesmo ordenamento jurídico. Assim, acredita-se não ser desejável que essa duplicidade seja mantida ou até mesmo reforçada por uma eventual positivação legal.

Uma segunda possibilidade seria deixar a decisão do momento da morte a cargo de cada pessoa, no exercício de sua autonomia privada, o que garantiria o respeito às convicções religiosas, morais e sociais de cada um. Brunello Stancioli e outros defendem que, por meio da elaboração de instrumentos como o *living will* (ou testamento vital), o sujeito poderia escolher o momento da sua morte, respeitando alguns limites construídos intersubjetivamente³² para balizar esse espaço

³⁰ De acordo com João de Oliveira Galdes, os Estados Unidos adotam oficialmente os dois critérios. Nas palavras do autor: "Com efeito, mantém-se ainda hoje em vigor, nos Estados Unidos da América, um *critério declarativo principal*, correspondente ao *critério tradicional* da cessação irreversível da função cardíaco-respiratória, associado a um *critério declarativo especial*, correspondente ao critério da *morte cerebral total*" (GERALDES, João de Oliveira. *Finis vitae ou ficta mortis?* In: *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*. Lisboa: Universidade Católica, 2011. v. 2).

³¹ LOTUFO, Maria Alice Zaratín. Das pessoas naturais. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 234.

³² Como limites, os autores sugerem: "como a morte é da pessoa, o parâmetro mínimo em um contexto ocidental seria a ausência, ainda que reversível e temporária, de condições para o exercício da personalidade.

de autonomia e evitar situações esdrúxulas, como uma pessoa consciente se autodeclarar morta, ou um cadáver em estado de putrefação ser considerado vivo. De todo modo, o critério da morte encefálica continuaria sendo utilizado de maneira supletiva.³³ Em que pesem os méritos dessa construção no sentido de valorização da autonomia da pessoa humana, entende-se que sua utilização ainda seria bastante reduzida no contexto brasileiro, no qual nem mesmo o testamento consegue ganhar popularidade. Para além disso, a segurança jurídica poderia ser comprometida na ausência de uma regulação mais específica e direitos de terceiros poderiam ser afetados. De todo modo, o problema persistiria no tocante à escolha de qual seria o critério supletivo adotado.

A incoerência sistemática (identificada na manutenção de duas hipóteses distintas para a declaração da morte) e a insegurança jurídica (trazida pela admissão da autonomia na escolha do que seria a morte) conduzem à necessidade de adoção de um critério único. Tendo em consideração o fato de que morrer é um processo que se concretiza no tempo, determinada ocorrência deve ser tomada como suficiente para assimilação do momento declarativo da morte, permitindo a consecutória produção de efeitos jurídicos.

No geral, no direito brasileiro, as questões controversas são ponderadas a partir da adoção de dois critérios distintos: a morte identificada pela parada cardiorrespiratória e a morte pelo diagnóstico da completa e irreversível interrupção de todas as funções ligadas ao encéfalo. Tendo em vista a predominância desses elementos nas reflexões de natureza jurídica, importa analisar qual deles se revelaria mais propício a ser adotado como solução uniforme para o problema da morte no ordenamento jurídico brasileiro.

A determinação da morte a partir do fim das funções cardiorrespiratórias revela-se como critério tradicional adotado por longo tempo no direito brasileiro. Como apontado por Caio Mário da Silva Pereira, “situava-se o momento da morte na cessação das grandes funções orgânicas: ausência de batimentos cardíacos, término dos movimentos respiratórios e da contração pupilar”.³⁴

Nesse sentido, a pessoa já poderia ser considerada morta, por exemplo, quando sofre uma parada cardíaca não seguida de reanimação após cinco minutos, ou quando o córtex cerebral encontra-se lesionado a ponto de impossibilitar, mesmo que momentaneamente, as funções superiores como consciência (estado vegetativo). No extremo oposto, o limite máximo de escolha poderia ser a morte total do encéfalo e mesmo de atividades em nível celular, como a secreção de hormônios” (STANCIOLI, Brunello; CARVALHO, Nara Pereira; RIBEIRO, Daniel Mendes; LARA, Mariana Alves. O Sistema Nacional de Transplantes: saúde e autonomia em discussão. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 11, 2011. p. 141).

³³ STANCIOLI, Brunello; CARVALHO, Nara Pereira; RIBEIRO, Daniel Mendes; LARA, Mariana Alves. O Sistema Nacional de Transplantes: saúde e autonomia em discussão. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 11, 2011. p. 141.

³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito privado* – Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil. Atualização de Maria Celina Bodin de Moraes. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1. p. 222.

Todavia, a adoção da morte cardiorrespiratória como critério universal traz consigo uma série de problemas. A primeira e mais importante objeção à sua utilização reside na inviabilização dos transplantes de órgãos, pois, para o sucesso dos procedimentos, o órgão é retirado do doador enquanto este mantém as funções cardiorrespiratórias, sob pena de se tornar inviável a sua utilização. Estando balizado o sistema jurídico no critério da morte cardiorrespiratória, estar-se-ia admitindo a retirada de órgãos de pessoa viva, levando ao atentado de sua integridade física e, por consequência, de sua vida. Para além disso, haveria a possibilidade de que parentes optassem por manter aparelhos ligados, sustentando as funções cardiorrespiratórias, com o intuito de intervenção em processos sucessórios. É de se questionar, ainda, se a adoção desse critério único não deslegitimaria os procedimentos de desligamento de aparelhos, em situações de morte encefálica diagnosticada, por atentarem contra o direito à vida de uma pessoa. Essa realidade levaria a uma grande ocupação de leitos hospitalares, que poderia impactar significativamente a disponibilização de aparatos médicos para o atendimento de novos pacientes.

De modo diverso, a tomada da morte encefálica como critério geral demonstra maior ajustamento, principalmente, se a questão for analisada sob a perspectiva da coerência interna do sistema normativo. Em primeiro lugar, defende-se que a morte é o momento em que o sistema fisiológico do corpo deixa de constituir um todo integrado, ainda que a vida possa continuar em algumas células ou órgãos. Nesse sentido, a vida do organismo como um todo depende de uma integração complexa, arquitetada pelo encéfalo, sem a qual a pessoa não pode ser considerada viva.³⁵ Dessa feita, a pessoa está morta mesmo que a oxigenação e o metabolismo persistam em algumas células ou órgãos. Sob esse paradigma, a continuidade das funções respiratórias e circulatórias perde importância para a constatação do óbito. Na verdade, a cessação de maneira irreversível dessas funções acaba sendo relevante como comprovação de término das funções encefálicas. Isso porque só o encéfalo pode direcionar todo o organismo. Eventual suporte artificial para atividade cardiorrespiratória não é capaz de manter a integração sincronizada do corpo.^{36 37}

³⁵ PRESIDENT'S COMMISSION FOR THE STUDY OF ETHICAL PROBLEMS IN MEDICINE AND BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH. Defining death: a report on the medical, legal and ethical issues in the determination of death (excerpt). In: CHOLBI, Michael; TIMMERMAN, Travis (Org.). *Exploring the philosophy of death and dying*. Classical and contemporary perspective. Nova York: Routledge, 2021. p. 7.

³⁶ PRESIDENT'S COMMISSION FOR THE STUDY OF ETHICAL PROBLEMS IN MEDICINE AND BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH. Defining death: a report on the medical, legal and ethical issues in the determination of death (excerpt). In: CHOLBI, Michael; TIMMERMAN, Travis (Org.). *Exploring the philosophy of death and dying*. Classical and contemporary perspective. Nova York: Routledge, 2021. p. 7.

³⁷ Como um reforço de argumentação, John P. Lizza defende que recusar o critério de morte encefálica como morte levaria ao absurdo de considerar um corpo humano decapitado, mas artificialmente sustentado, como um ser humano vivo. Conclui o autor, então, que se nesse exemplo se entende que não há mais ser humano vivo, também não há no corpo com morte encefálica, mas com sustentação artificial de

Para além de essa visão ser a mais coerente, a adoção da morte encefálica como mandamento universal permite, sem quaisquer objeções, a realização dos transplantes, com utilização dos órgãos da pessoa que teve seu óbito encefálico diagnosticado. Não se estaria, portanto, retirando órgãos de pessoas vivas, o que acarretaria conflitos éticos e jurídicos. Também não haveria empecilhos legais ao desligamento de aparelhos de pacientes após o diagnóstico de morte encefálica, o que traria mais segurança para os médicos na realização dessa tarefa.

Entretanto, é preciso considerar que o diagnóstico de morte encefálica, nos termos da Resolução do CFM nº 2.173/2017, não será possível ou viável em uma série de casos, seja em razão de seus custos, da falta de aparatos adequados ou mesmo da ausência de tempo suficiente para a sua realização. Conforme já mencionado, a referida resolução se dirige a pacientes que apresentem coma não perceptível, ausência de reatividade supraespinhal e apneia persistente. Para os demais casos, acredita-se que o momento da morte pode ser atestado em consonância com o fim das funções cardiorrespiratórias, não por ser este o critério adotado, mas pelo fato de sua ocorrência denotar que a morte encefálica já aconteceu em momento anterior. Isto é, a pessoa que tem morte atestada pela ausência de batimentos cardíacos e movimentos respiratórios já tinha antecipadamente sofrido a interrupção definitiva das funções ligadas ao encéfalo, ainda que não seja possível aferir o momento exato de sua ocorrência.

É preciso ter em consideração que mesmo nas situações em que se tem o diagnóstico de morte encefálica concretizado, não é realizável precisar o exato instante em que se deu a sua ocorrência. Justamente em razão de tal fato, a Resolução nº 2.173/2017 adota como momento do óbito aquele correspondente à conclusão do último procedimento para determinação da morte encefálica. O mesmo ocorre nas situações em que se diagnostica a morte pela parada irreversível das funções cardiorrespiratórias: sabe-se que as funções encefálicas já estão extintas, mas não é possível precisar o momento de sua ocorrência. A situação mostra-se efetivamente problemática quando há um hiato significativo entre o diagnóstico da morte encefálica e a parada cardiorrespiratória irreversível, como ocorrido no caso da menina Jahi McMath, o que será abordado no próximo tópico.

3 O diagnóstico da morte encefálica e suas repercussões jurídicas

Como visto, a maior parte da doutrina adota a morte encefálica como critério para estabelecimento do fim da personalidade jurídica. Apesar de ser afirmação

algumas funções vitais (LIZZA, John P. Defining death in a technological world: why brain death is death. In: CHOLBI, Michael; TIMMERMAN, Travis (Org.). *Exploring the philosophy of death and dying*. Classical and contemporary perspective. Nova York: Routledge, 2021. p. 13).

corriqueira, é preciso ter em consideração que adotar tal marco para a referida ocorrência traz consigo uma série de consequências, muitas vezes olvidadas pelo intérprete do direito. Caio Mário da Silva Pereira chama a atenção para problemas que precisam se dirimir, tendo em consideração os avanços da ciência que levaram à postulação da morte encefálica como critério geral. De acordo com o autor:

Uma tal proposição leva, contudo, o homem do Direito a uma dupla ordem de ponderações. A primeira, de cunho eminentemente civilista, a saber se, determinada a morte cerebral, considera-se aberta a sucessão, nos termos e para os efeitos do art. 1.784 do Código Civil, com a imediata transmissão da propriedade e posse da herança aos herdeiros legítimos e testamentários. É de se inscrever no Registro das Pessoas Naturais? Muda-se a titularidade do título dominial, inscrito no RGI? O patrimônio deixa de ser individual e se transforma em uma herança aberta? Numa outra ordem de ideias, pode efetivamente, considerar-se finda a integridade física do indivíduo, e rompida a unidade corporal para a extração de suas partes, sob inspiração científica, curativa, salvadora?³⁸

Os problemas levantados pelo autor somam-se a outros, relacionados diretamente aos variados efeitos jurídicos que advêm do evento morte.

Primeiramente, deve ser analisado o tratamento jurídico destinado ao corpo que é mantido ligado a aparelhos. Um caso ocorrido entre os anos de 2016 e 2017 permite uma necessária reflexão sobre as incertezas que envolvem o uso e a manutenção do corpo após o diagnóstico da morte encefálica. Aos 21 anos, Frankielen da Silva Zampoli, grávida de gêmeos, sofreu uma hemorragia cerebral, e, após três dias de internação, a morte encefálica foi diagnosticada.³⁹ Apesar do quadro clínico, a família da jovem e os médicos decidiram manter a paciente ligada aos aparelhos, com o intuito de que a gestação fosse preservada, de modo a garantir o desenvolvimento e o nascimento de seus filhos, o que de fato ocorreu após o transcurso de cento e vinte e três dias. Com a ocorrência do parto, ainda foram doados os órgãos de Frankielen e, somente em seguida, foram realizados o seu velório e o seu enterro.⁴⁰

³⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito privado* – Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil. Atualização de Maria Celina Bodin de Moraes. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1. p. 223.

³⁹ As reportagens da época apontam a ocorrência de morte cerebral. Contudo, como visto na primeira parte do presente trabalho, há um uso inadequado da expressão morte cerebral para designar a morte encefálica, quadro que parece ter sido o efetivamente delineado em razão da narrativa do caso, notadamente, pelo fato de os órgãos de Frankielen terem sido doados logo após o nascimento dos gêmeos.

⁴⁰ A narrativa tem base na descrição jornalística apresentada no portal de notícias *G1*, de autoria de Karine Garcia e Lina Hamdar (GARCIA, Karine; HAMDAR, Lina. Com morte cerebral, jovem é mantida viva no Paraná

Sendo adotado o critério da morte encefálica para o fim da pessoa natural, é imperioso concluir que a jovem já não detinha *status* jurídico de pessoa, após o aludido diagnóstico. Observa-se que, no caso, o seu corpo foi utilizado como uma incubadora, incorrendo em um tratamento reificado, com a finalidade precípua de alcançar adequado desenvolvimento intrauterino de seus filhos. Não obstante o nobre intuito da família e da equipe médica, a questão deve ser também refletida no campo jurídico, a partir de premissas normativas.

Em consonância com o art. 12 do Código Civil, é possível conceber a proteção da personalidade *post mortem*. Isso significa dizer que o direito brasileiro tutela, por meio do recurso à figura da situação jurídica,⁴¹ os direitos de personalidade, mesmo depois que o indivíduo tenha vindo a falecer.⁴² Para além do dispositivo mencionado, é preciso também ter atenção ao art. 14, que reconhece a autonomia da pessoa para dispor sobre o seu próprio corpo, após a ocorrência da sua morte. Assim, reconhecida a morte encefálica de Frankielen, resulta necessário refletir sobre a destinação de seu corpo, em consonância com a sua vontade.

Em 2019, o Superior Tribunal de Justiça julgou caso envolvendo um conflito entre irmãs sobre o destino a ser dado ao corpo de seu pai.⁴³ A filha mais nova tomou providências para que o corpo fosse submetido à técnica de criopreservação. As filhas mais velhas não concordaram com o procedimento e exigiram a repatriação do cadáver do pai (que não se encontrava em território brasileiro) para a realização do seu sepultamento. No caso, a Corte entendeu que a filha mais nova havia convivido mais proximamente ao genitor, tendo melhores condições de traduzir a vontade do falecido. O referido caso é ilustrativo dos conflitos que podem advir das decisões de manter o corpo de um indivíduo com diagnóstico de morte encefálica ligado a aparelhos. As circunstâncias do caso de Frankielen, por exemplo, poderiam ter ensejado conflitos quanto à manutenção ou não do seu corpo, para que fosse finalizada a gestação de seus filhos. Nessa hipótese, deveria ser buscada solução que primasse pela realização da vontade da jovem, em consonância com adequados indícios, conforme foi corretamente decidido pelo STJ, na narrativa apresentada. Não sendo encontrados semelhantes indícios, deve se

para dar à luz gêmeos. *G1*, 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2017/02/com-morte-cerebral-jovem-e-mantida-viva-no-parana-para-dar-luz-gemeos.html>. Acesso em: 2 ago. 2021).

⁴¹ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Honra e imagem do morto? Por uma crítica à tese da sobrevida dos direitos da personalidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 44, n. 175, p. 117-123, jul./set. 2007.

⁴² Para alguns autores, a referida tutela seria vista como uma hipótese de proteção dos familiares do *de cuius*. Nesse sentido, e com base no ordenamento jurídico português, Antônio Menezes Cordeiro sustenta que “a tutela *post mortem* é, na realidade, a proteção concedida ao direito que os familiares têm de exigir o respeito pelo descanso e pela memória de seus mortos” (CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil – Parte geral, Pessoas*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2017. v. IV. p. 549).

⁴³ STJ, Terceira Turma. Recurso Especial nº 1.693.718/RJ. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 26.3.2019.

ponderar a questão a partir da valoração de outros elementos presentes no caso, como a vontade da família ou mesmo a preservação da vida dos nascituros.

Uma segunda questão controvertida cinge-se ao fenômeno sucessório, que se revela como consecutório da morte.⁴⁴ Tendo em vista o termo da personalidade jurídica, há a transferência do patrimônio do *de cuius* para os seus herdeiros, em consonância com as normas contidas no Código Civil brasileiro. A referida lógica é extraída do denominado *droit de saisine*, previsto no art. 1.784,⁴⁵ que impede que o patrimônio deixado pelo falecido reste sem titular, mesmo que por curto lapso temporal.

Partindo do pressuposto de que a morte encefálica é tomada como o marco do fim da personalidade jurídica, questiona-se se com o seu diagnóstico já estaria aberta a sucessão. Conforme exposto acima, essa é uma das indagações sustentadas por Caio Mário da Silva Pereira. A conclusão parece necessariamente ser uma resposta positiva. Para o início do processo de inventário, a morte precisa estar provada, por meio da apresentação da certidão de óbito. Seguindo as instruções presentes na Resolução do CFM nº 2.173/2017, a declaração de óbito lavrada pelo médico deve considerar o momento do último ato realizado para o diagnóstico da morte encefálica. É esse o documento que serve de base para o registro civil e, logo, não se pode negar que a sucessão deve seguir a referida lógica, sob pena de ser gerada incoerência sistemática no ordenamento jurídico.

As questões ligadas à morte encefálica e à sua influência no fenômeno sucessório podem ser também perspectivadas a partir do herdeiro. Desse modo, tendo em vista os significativos intervalos que podem ocorrer entre a morte encefálica e o fim das funções cardiorrespiratórias, deve ser ponderado se alguém com o diagnóstico da primeira poderia vir a figurar como herdeiro em um processo de sucessão. Utilizado o critério da morte encefálica, tendo em vista estar configurado o fim da personalidade jurídica, a conclusão é de que não mais caberia a titularização de direitos, inclusive os sucessórios.

No tocante aos contratos, os vínculos obrigacionais, como regra geral, são transmitidos para os herdeiros do *de cuius*. Não obstante, nas relações negociais firmadas em razão da pessoa (*intuitu personae*), a morte é causa de extinção contratual. Nessa última hipótese, Caio Mário da Silva Pereira considera até mesmo existir uma hipótese de “resilição convencional tácita, por entender-se que os

⁴⁴ Conforme sustenta Caio Mário da Silva Pereira, “com a morte abre-se a sucessão. Torna-se então indispensável a apuração de sua autenticidade. A transmissão hereditária opera-se com a morte, que deve ser provada, no plano biológico pelos meios de que se vale a Medicina Legal, e no plano jurídico, pela certidão passada pelo Oficial do Registro Civil, extraída do registro de óbito” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito privado – Direito das sucessões*. Atualização de Carlos Roberto Barbosa Moreira. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 6. p. 17).

⁴⁵ “Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

contratantes o avençaram com a cláusula implícita de extinção”.⁴⁶ Assim, a título de exemplo, nos casos de Jahi McMath e de Frankielen Zampoli, o evento morte teria impactado uma série de relações, como aquelas travadas em decorrência de um plano de saúde. Tomada a morte encefálica como termo da personalidade jurídica, é forçoso concluir que não mais haveria obrigações por parte de uma seguradora de saúde, notadamente no que concerne à manutenção da pessoa em leito hospitalar e seus correlatos custos médicos. Além disso, se houvesse a contratação de seguro de vida, os beneficiários já teriam a pretensão de exigir os valores fixados em contrato.

No que concerne à responsabilidade civil, um recurso julgado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em 2009,⁴⁷ permite avaliar as consequências jurídicas advindas do reconhecimento da morte encefálica como marco para o fim da personalidade jurídica. O caso tinha seu cerne no pleito indenizatório de uma mãe, que alegava ter o seu filho falecido em decorrência de uma queda de energia elétrica no hospital em que se encontrava internado, e que não detinha gerador elétrico em suas instalações. A parte ré, não obstante, alegou que o paciente já havia sido diagnosticado com morte encefálica, por meio da realização de todos os testes, antes da queda de energia elétrica. Ao analisar o caso, o desembargador relator entendeu:

A queda de energia pode ter sim apressado o desligamento dos aparelhos, mas é certo que o paciente já se encontrava morto, mantida a sua respiração somente artificialmente. Poder-se-ia também, olhando por outro ângulo, dizer que o resultado morte nada teve a ver com qualquer conduta do hospital, não existindo nexos causal entre tal evento e a falta de energia elétrica.

Na decisão do caso, com o diagnóstico da morte encefálica, entendeu-se que não havia mais sujeito em termos jurídicos e que, portanto, não haveria a possibilidade de qualificação de danos decorrentes de sua personalidade, como o dano à vida ou à integridade física. É importante destacar, contudo, que, por coerência normativa, em situações de prolongamento do intervalo entre a morte encefálica e o fim das funções cardiorrespiratórias, como nos casos de Jahi e Frankielen, também não se deveria cogitar de danos à pessoa humana e ainda menos de responsabilidade civil, salvo se relacionadas à tutela *post mortem* dos direitos de personalidade.

⁴⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito privado* – Contratos. Atualização de Caitlin Mulholland. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 3. p. 134.

⁴⁷ TJMG, 9ª Câmara Cível. Apelação Cível n. 1.0878.06.010920-3/001. Rel. Des. Generoso Filho, j. 28.7.2009.

Já no âmbito das relações de família, a adoção da morte também traz grande repercussão. Preambularmente, está configurado o fim da relação conjugal, habilitando, inclusive, o cônjuge supérstite a contrair novas núpcias, caso este seja seu desejo. Tendo em vista não mais existir pessoa em termos jurídicos, não haveria que se falar na obrigatoriedade de pagamento de pensão alimentícia. A título de exemplo, e com base no ordenamento jurídico brasileiro, no caso Jahi McMath, se houvesse obrigação alimentícia entre o pai e sua filha, com a ocorrência de morte encefálica, poderia ser questionada a imposição da manutenção dessa pensão, justamente pelo fato de não haver mais o reconhecimento de pessoa natural.

Outra questão sensível ao diagnóstico da morte encefálica reside na possibilidade ou não de a equipe médica seguir com o desligamento dos aparelhos, principalmente dos respiradores artificiais. Na realidade brasileira, em que faltam leitos para internação de pessoas enfermas, demonstra-se problemática a manutenção indefinida de indivíduos ligados a aparelhos, principalmente nas situações em que se verifica a utilização de recursos públicos na assistência à saúde.

Um caso ocorrido em 2016 trouxe à discussão a questão da manutenção de um corpo ligado a aparelhos, mesmo contra recomendação médica. Renan Grimaldi, um jovem de 18 anos, sofreu um acidente de carro, que resultou em uma série de lesões em seu corpo. Após alguns dias internado em um hospital público, o corpo médico realizou o diagnóstico de morte encefálica, no dia 27.9.2016, e informou à família que os aparelhos que mantinham a respiração e os batimentos cardíacos de Renan seriam desligados em 48 horas. A questão gerou uma grande comoção em redes sociais, que resultou na realização de vigílias por amigos e familiares com o intuito de manter a manutenção artificial da vida do jovem. O caso não chegou a ser judicializado, porém, depois de um apelo da família, o hospital decidiu não seguir com o protocolo de desligamento. Renan, entretanto, veio a falecer quatro dias após o diagnóstico da morte encefálica, no dia 1º.10.2016.⁴⁸

O caso de Renan se apresenta contrastado com os valores religiosos da família. Sua mãe, evangélica, em defesa do não desligamento dos aparelhos, chegou a afirmar sua “confiança no Deus que cura” e que “a Bíblia diz que a fé move montanhas”.⁴⁹ Esse é um elemento que pode estar presente de modo intenso em

⁴⁸ A narrativa tem base na descrição jornalística apresentada no portal de notícias *G1* (MORRE jovem que teve morte cerebral atestada na terça-feira, no Rio. *G1*, 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/10/morre-jovem-que-teve-morte-cerebral-atestada-na-terca-feira-no-rio.html>. Acesso em: 2 ago. 2021).

⁴⁹ A narrativa tem base na descrição jornalística apresentada no portal de notícias *O Globo* (COSTA, Célia; RESENDE, Dayana. Família apela a hospital para manter jovem que teve morte encefálica ligado a aparelhos. *G1*, 2016. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/familia-apela-hospital-para-manter-jovem-que-teve-morte-encefalica-ligado-aparelhos-20200838>. Acesso em: 2 ago. 2021).

ponderações relacionadas à manutenção artificial dos sinais vitais. Algumas concepções religiosas não absorvem a morte encefálica como marco demonstrativo do fim da vida de uma pessoa. Sobre o tema, discorrem Maria de Fátima Freire de Sá, Lucas Costa de Oliveira e Sarah Ananda Gomes:

Faz-se importante considerar que alguns pacientes têm crenças religiosas que se opõem à equivalência entre a morte encefálica e a morte *per se*. O judaísmo, o catolicismo e o islamismo não opõem limitações ao conceito de morte encefálica ou à retirada de órgãos. Em outras religiões, há algumas peculiaridades, como no caso dos ciganos que acreditam na necessidade de manter o corpo intacto por um ano após a morte para que a alma refaça seus passos, além do xintoísmo que acredita que o corpo morto é impuro e perigoso, fato que contribui para a dificuldade de aceitação da morte encefálica e dos transplantes no Japão.⁵⁰

A vivência religiosa torna a questão mais complexa e deve ser também ponderada no caso concreto. Todavia, tendo em vista a ocorrência do óbito, não há mais que se falar em titularidade de direito à saúde, redundando na possibilidade de desligamento do suporte artificial da vida. Caso a família eventualmente decida manter o corpo sustentado de modo artificial, deve arcar com os custos financeiros, não onerando os cofres públicos ou transferindo os encargos para terceiros.⁵¹

Essas situações exemplificativas ajudam a perceber as repercussões advindas da adoção do critério da morte encefálica como termo para a personalidade jurídica da pessoa natural. Apesar de aparentemente parecerem problemáticas, as soluções guardam coerência normativa e é preciso ter atenção à sua concretização no plano dos fatos, notadamente em razão do advento de técnicas médicas de manutenção de corpos cada vez mais elaboradas.

Conclusão

A existência humana é finita. Por mais que a humanidade venha se empenhando em prolongar ao máximo a vida, por meio do desenvolvimento da medicina

⁵⁰ SÁ, Maria de Fátima Freire de; OLIVEIRA, Lucas Costa de; GOMES, Sarah Ananda. Morte digna nos Estados Unidos da América: recusa ao diagnóstico de morte encefálica – Reflexões médico-jurídicas a partir do caso Jahi McMath. In: SÁ, Maria de Fátima de Freire; DADALTO, Luciana (Org.). *Direito e medicina: a morte digna nos tribunais*. Indaiatuba: Foco, 2020. p. 121.

⁵¹ Nesse mesmo sentido, SÁ, Maria de Fátima Freire de; OLIVEIRA, Lucas Costa de; GOMES, Sarah Ananda. Morte digna nos Estados Unidos da América: recusa ao diagnóstico de morte encefálica – Reflexões médico-jurídicas a partir do caso Jahi McMath. In: SÁ, Maria de Fátima de Freire; DADALTO, Luciana (Org.). *Direito e medicina: a morte digna nos tribunais*. Indaiatuba: Foco, 2020. p. 123.

e de novas tecnologias, a imortalidade não passa de um sonho inalcançável. O corpo humano, como um conjunto de células, tecidos e órgãos, em que ocorrem processos fisiológicos e bioquímicos, não é eterno. Ao contrário, está fadado ao envelhecimento, ao adocimento e ao inevitável cessar de todas as suas atividades.

Contemporaneamente, a morte é compreendida como um fenômeno complexo e não como um momento único, o que faz com que a terminalidade da vida tenha caráter fortemente cultural, para além de biológico. Em última instância, a escolha do momento declarativo da morte é resultado de uma deliberação jurídico-política. Por óbvio, o diagnóstico e a constatação da morte serão sempre fornecidos pela medicina; mas, tendo em vista que a morte é um fato jurídico e que o direito busca segurança e estabilidade nas relações sociais, faz-se necessária uma correta definição quanto ao momento da sua ocorrência. O Código Civil brasileiro, todavia, não enfrentou essa temática e, ante a ausência de previsão de um parâmetro geral, continua-se a conviver, na prática, com variadas incertezas acerca do momento de sua ocorrência.

É preciso ter em consideração que o critério de definição da morte deve ser unívoco, não admitindo flexibilizações. Assim, não se pode considerar um indivíduo morto para a retirada de órgãos e vivo para que venha a figurar como herdeiro. Em paralelo, a necessidade de segurança jurídica e as reverberações na seara pública impedem que tal tema seja transferido à autonomia privada, dando ao indivíduo o poder de escolher o momento declarativo de seu óbito.

A partir dessas premissas, entende-se que o critério de morte encefálica, apresentado na Lei nº 9.434/1997 (Lei de Transplantes), deve ser adotado como critério uniforme da morte da pessoa natural, como meio de aplacar inseguranças e incongruências. O encéfalo é a sede da consciência e das funções intelectivas, de modo que, ausentes as suas atividades, não há que se falar em pessoa. A eventual manutenção artificial de funções cardiorrespiratórias não se revela como elemento suficiente a afastar tal configuração, notadamente em decorrência do fato de que a morte do encéfalo quebra a unidade sistemática que sustenta a compreensão do humano.

O diagnóstico específico de morte encefálica encontra, contudo, alguns limites de variadas ordens. Em alguns momentos, não há tempo para a sua realização em consonância com os procedimentos previstos na Resolução nº 2.173/2017, do Conselho Federal de Medicina. Em outros, faltam aparatos técnicos ou mesmo suporte financeiro para a sua realização. Quando for inviável a realização dos correlatos testes que buscam aferir a ausência de funções encefálicas, é possível o recurso a outros parâmetros. Desse modo, a identificação do perecimento das funções cardiorrespiratórias – que, em última instância, revela a ocorrência preliminar da morte encefálica – pode servir como comprovação da morte, tendo em

vista, inclusive, a sua caracterização como processo que se desenrola ao longo de um intercurso temporal.

Entretanto, quando a morte encefálica for diagnosticada, não deve o direito se furtar em reconhecer o fim da personalidade jurídica, com todos os seus correlatos efeitos. A partir da sua constatação, os órgãos podem ser doados, os aparelhos que mantêm artificialmente suas outras funções vitais podem ser desligados, a sucessão revela-se aberta, o agora *de cujus* passa a não mais poder figurar como herdeiro e suas relações jurídicas são extintas, sejam elas de natureza contratual, de direitos reais ou de direito de família. A inevitabilidade da morte deve ser sempre acompanhada da inevitabilidade de seus efeitos, quando constatada no plano jurídico.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PEREIRA, Fábio Queiroz; LARA, Mariana Alves. O momento declarativo da morte e as repercussões jurídicas de sua identificação com a morte encefálica. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 30, p. 93-115, out./dez. 2021. DOI: 10.33242/rbdc.2021.04.005.

Recebido em: 03.09.2021

Aprovado em: 11.11.2021