

UNICESUMAR - CENTRO UNIVERSITÁRIO DE MARINGÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS APLICADAS - CCHSA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**TRANSPLANTE DE ÓRGÃO DE ANENCÉFALOS: UMA ANÁLISE CIVIL
CONSTITUCIONAL SOB O PRISMA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE**

ÉRICA CAROLINE ZUCA

MARINGÁ – PR

2021

Érica Caroline Zuca

**TRANSPLANTE DE ÓRGÃO DE ANENCÉFALOS: UMA ANÁLISE CIVIL
CONSTITUCIONAL SOB O PRISMA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE**

Artigo apresentado ao Curso de Graduação em Arquitetura e Urbanismo da UniCesumar – Centro Universitário de Maringá como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel(a) em Direito, sob a orientação do Prof. Rodrigo Valente Giublin Teixeira.

MARINGÁ – PR

2021

FOLHA DE APROVAÇÃO

ÉRICA CAROLINE ZUCA

**TRANSPLANTE DE ÓRGÃO DE ANENCÉFALOS: UMA ANÁLISE CIVIL
CONSTITUCIONAL SOB O PRISMA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE**

Artigo apresentado ao Curso de Graduação em Direito da UniCesumar – Centro Universitário de Maringá como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel(a) em Direito, sob a orientação do Prof. Rodrigo Valente Giublin Teixeira.

Aprovado em: ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Nome do professor – (Titulação, nome e Instituição)

Nome do professor - (Titulação, nome e Instituição)

Nome do professor - (Titulação, nome e Instituição)

TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS DE ANENCÉFALOS: UMA ANÁLISE CIVIL CONSTITUCIONAL SOB O PRISMA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Érica Caroline Zuca

RESUMO

O presente artigo científico tem por objetivo realizar uma análise acerca da necessidade de criação de uma lei complementar sob a Lei de Transplante de Órgãos e Tecidos nº 9.434, de 1997, e de um protocolo para o transplante de órgãos de anencéfalos. Para tanto, será utilizada uma pesquisa de cunho bibliográfico e documental não experimental, de caráter qualitativo e quantitativo, sob o crivo do método hipotético-dedutivo e comparativo. Dada a inexistência, atualmente, de difusão do processo de protocolo de morte encefálica, a doação de órgãos, neste caso, também se torna um tema pouco discutido, estudado e aprofundado na seara jurídica e social. Com base nessas constatações, investiga-se o protocolo da captação de órgãos a nível nacional, atentando para a criação de leis de doação que visem a evitar os impactos causados, hoje, na sociedade. Além disso, será abordada a demanda de espera dos receptores em busca de órgãos, bem como o índice de mortalidade na faixa etária tanto de 6 dias quanto de 7 a 28 dias de vida. Todo esse percurso terá como pano de fundo os direitos da personalidade, com foco nas questões relativas ao início da vida e à morte no campo do Direito, bem como nos limites deste, nos avanços tecnológicos e no conhecimento que a medicina proporciona para esse procedimento, a fim de que ele seja efetivo e respeitoso para com todos os envolvidos.

Palavras-chave: Direitos da personalidade. Direito à vida. Direito Médico. Neonato. Anencéfalo.

ANENCEPHALIC ORGAN TRANSPLANTATION: A CONSTITUTIONAL CIVIL ANALYSIS UNDER THE PRISM OF PERSONALITY RIGHTS

ABSTRACT

This scientific article aims to conduct an analysis about the need to create a supplementary law under the Law of Organ and Tissue Transplantation No. 9434 of 1997, and a protocol for organ transplantation of anencephalic. To this end, a non-experimental bibliographical and documental research will be used, of qualitative and quantitative character, under the sieve of the hypothetical-deductive and comparative method. Given the current lack of diffusion of the brain death protocol process, organ donation, in this case, also becomes a little discussed, studied and deepened theme in the legal and social fields. Based on these findings, the organ harvesting protocol at a national level is investigated, paying attention to the creation of donation laws that aim to avoid the impacts caused, today, in society. In addition, the demand for waiting for organ recipients will be addressed, as well

as the mortality rate in the age group of 6 days and 7 to 28 days of life. The background for all this will be the rights of the personality, focusing on issues related to the beginning of life and death in the field of Law, as well as its limits, technological advances and the knowledge that medicine provides for this procedure, in order for it to be effective and respectful to all involved.

Key Words: Personality Rights. Right to life. Medical Right. Neonate. Anencephalic.

INTRODUÇÃO

A anencefalia, que se trata de uma malformação do tubo neural, ainda é um tema pouco discutido na sociedade brasileira. No entanto, ganhou repercussão quando, no ano de 2005, foi retratada, a partir do documentário *Uma história severina* (2005), dirigido pela antropóloga Débora Diniz e pela jornalista Eliane Brum, a história de Severina Maria Leôncio Ferreira, a qual, ao engravidar e gerar um feto anencéfalo, no seu quarto mês de gestação, entrou com um pedido para interromper a gravidez em um hospital localizado em Recife. Todavia, no mesmo dia em que deu entrada no hospital, saiu uma liminar do Supremo Tribunal Federal, determinada pelo Ministro Marco Aurélio Mello, que passou a proibir a interrupção desse perfil de gravidez.

Apesar do desejo de não levar a gestação até o final, devido ao fato de que o feto não possuía o tronco cerebral, o que inviabilizaria a vida dele, Severina conseguiu autorização para realizar o aborto terapêutico somente no sétimo mês, após ela e o marido lutarem judicialmente pela autorização, o que lhe causou grande sofrimento emocional.

Dessa maneira, este artigo tem por objetivo demonstrar que o transplante de órgãos do feto anencéfalo concederia à mulher uma terceira escolha, além do aborto terapêutico, hoje legitimado, e do aguardo de conclusão da gestação para o parto espontâneo. Para tanto, será abordada, primeiramente, a definição da anomalia, assim como a conceituação de morte encefálica, que possui uma abrangência de discussões, além de legislações e protocolos que autorizam o transplante de órgãos nesta situação. Após isso, para ressaltar a importância desse tema, serão apresentados as estatísticas da fila de espera na faixa etária pediátrica e o índice de mortalidade dos anencéfalos, apontando quantos transplantes de órgãos poderiam ter sido realizados com a aprovação deste procedimento.

1 ANENCEFALIA, MORTE ENCEFÁLICA E ESTATÍSTICAS

A anencefalia se trata da ausência de cérebro no feto, o qual pode ser considerado um natimorto ou alguém que viverá por algumas horas ou dias, devido à condição de não crescimento do telencéfalo, estrutura nervosa que diferencia os hemisférios cerebrais.

Não há especificação sobre a origem desse defeito, o que se sabe é que essa malformação fetal é possível de ser diagnosticada com 28 dias de concepção e pode ser evitada com a ingestão de ácido fólico antes da gestação, caso a mulher não tenha essa substância no organismo numa quantidade suficiente. Porém, ocorrendo a anencefalia, a condição do feto será letal, pois o cérebro, ao sofrer exposição ao líquido amniótico, tem desfeita a pequena camada de pele que o cobre, o que faz com que o órgão entre em estado necrótico (FITZGERALD, 1980).

Quanto à morte encefálica, esta possui o prognóstico diferente para sua declaração, pois ela ocorre em decorrência de algum trauma que pode derivar de traumatismo craniano, de hemorragia no cérebro ou de acidente vascular cerebral. Nessa situação, o resultado é irreversível, pois o paciente não possuirá mais reflexos de forma independente, a respiração será comandada por um ventilador mecânico e medicações realizarão a manutenção da pressão sanguínea (ASSOCIAÇÃO..., 2008).

Para a constatação real da morte, foi estabelecida, no ano de 2017, pelo Conselho Federal de Medicina, a Resolução nº 2.173, que define os critérios para o diagnóstico, os quais são a realização de dois exames clínicos da ausência de função do tronco encefálico e o teste de apneia para verificação da falta de movimentos respiratórios, que deverão ser executados por médicos de diferentes especialidades, como medicina intensiva, neurologia ou medicina de emergência, tendo o profissional, no mínimo, um ano de experiência (BRASIL, 2017). Após a conclusão dos exames, o resultado deverá ser informado aos familiares do paciente, os quais realizarão o preenchimento da declaração de óbito e do termo de declaração de morte encefálica (ASSOCIAÇÃO..., 2008).

A equipe médica e a Comissão Intra-Hospitalar de Doação de Órgãos e Tecidos para Transplantes (CIHDOTT) comunicam os familiares quando o paciente entra em morte encefálica, assim como informam sobre a doação de órgãos. Caso ocorra a recusa da família para a doação, serão suspensos os suportes terapêuticos que mantêm artificialmente os órgãos funcionando, conforme autoriza a Resolução CFM nº 1.826, de 2007 (BRASIL, 2007).

Já no caso de haver respaldo positivo da família ou do cônjuge, poderá ser executado o transplante de órgãos, de acordo com o que estabelece a Lei nº 9.434 de 1997 (BRASIL, 1997). No entanto, em se tratando de paciente juridicamente incapaz, a

autorização deve partir de seus pais ou responsáveis legais e, após o procedimento cirúrgico, o cadáver será necropsiado. O receptor do órgão deve estar cadastrado na lista de espera, regulamentada pela Lei nº 10.211, de 2001 (BRASIL, 2001), contudo, não é garantido direito de indenização caso o procedimento não venha a ocorrer pelo estado clínico dos órgãos.

Além disso, de acordo com as Resoluções nº 2.173, de 2017, e nº 1.826, de 2007, para que o transplante de órgãos, no contexto de morte encefálica, seja eficaz, é necessário o cumprimento de um longo protocolo, com determinações estritas a serem seguidas, o que demonstra a necessidade da criação de um protocolo específico para regular o procedimento, além de resoluções e legislações que o autorizem.

Outro elemento capaz de demonstrar a necessidade da criação de lei complementar e do protocolo para transplante de órgãos de anencéfalo é a lista de espera na faixa etária pediátrica. Para ser incluído nessa lista e receber um novo órgão, o paciente será classificado pelo seu tipo de órgão e pelo tipo sanguíneo, além da gravidade de seu estado de saúde e da compatibilidade com o doador, uma vez que, nesse caso, a rejeição do órgão pode levar o receptor a óbito. Caso isto ocorra, e surgindo um novo receptor, a Portaria 2.600, de 2009, do Ministério da Saúde (BRASIL, 2009) estabelece, no Art. 43, que a ocorrência deverá ser comunicada à Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos, a qual autorizará o novo receptor a ser adicionado na Lista Única e, em caso de urgência, deverá conter justificativa (PROGRAMA..., 2019; BRASIL, 2009).

No ano de 2020, ingressaram 573 crianças na lista de espera, com 486 transplantados e 56 falecimentos. Além disso, em relação aos transplantes renais, na faixa etária infantil, houve 18% a menos de doadores falecidos comparado ao ano de 2019 e 63% a menos de doadores vivos, totalizando 81% de doadores a menos, considerando o fator atípico da pandemia derivada da Covid-19, que reduziu os voos, instrumento mais utilizado para o transporte dos órgãos (ASSOCIAÇÃO..., 2020).

Em relação ao transplante de fígado, na faixa etária infantil, os doadores vivos foram 63% e, dos 276 pacientes pediátricos, 72% foram transplantados. No entanto, faleceram 33 na lista de espera, havendo o total de 136 transplantes pediátricos de doador vivo e 350 de doador falecido, conforme consta na tabela a seguir.

Tabela 1 – Quantidade de transplantes pediátricos de órgãos sólidos – Brasil – 2020

Órgãos	Vivo	Falecido	Total	PMPP ¹	Nº Equipes
Coração	0	39	39	0,6	11
Fígado	126	74	200	3,2	27
Intestino	0	0	0	0,0	0
Pulmão	0	5	5	0,1	3
Rim	10	232	242	4,0	43
Total	136	350	486	7,9	84
Medula	Alogênico	Autólogo	Total	PMPP	Nº Equipes
Óssea	326	151	477	7,7	44

Fonte: Adaptado de Associação... (2020).

Em dezembro de 2020, havia o total de 902 pacientes pediátricos ativos na lista de espera, número próximo à quantidade que ingressou no respectivo ano, que foi de 1.220. Porém, no ano de 2019, em âmbito nacional, foram realizados vinte transplantes de órgãos e tecidos na faixa etária menor de seis anos de idade, de acordo com o que está exposto na Tabela 3. No mês de março de 2019, somando a quantidade de cada quadro de órgãos da Tabela 3, houve 1.320 pacientes pediátricos aguardando na lista de espera. Contudo, no último registro previsto na Tabela 3, foram totalizados, anualmente, 7.974 pessoas, na faixa pediátrica, à espera do procedimento de transplante e 806 com resultado de mortalidade.

Ao analisar os dados estatísticos, constata-se que a quantidade de transplantes de órgãos efetivos, na faixa etária pediátrica, no ano de 2019, está baixa se comparada à totalidade na lista de espera. Logo, o índice de mortalidade não chega próximo à demanda. Assim, ao se pensar uma forma de solução para reverter este quadro, a captação de órgãos e tecidos de anencéfalos se coloca como uma possibilidade.

Tabela 2 – Gênero, causa do óbito, perfil etário e grupo sanguíneo dos doadores de órgãos – Brasil – primeiro trimestre de 2019

	Gênero		Causa do óbito					Faixa Etária					Grupo sanguíneo			
	Masc	Fem	TC E	AV C	Outro s	<6	6- 10	11- 17	18- 34	35- 49	50- 64	≥65	A	A B	B	O
Total	537	335	279	464	128	20	7	24	185	263	277	99	296	43	84	446
Percentua l	62%	38%	32%	53%	15%	2 %	1 %	3 %	21 %	30 %	32 %	11 %	34 %	5%	10 %	51 %

Fonte: Adaptado de Associação... (2019).

¹ PMPP - Por milhão de população pediátrica.

Tabela 3 – Pacientes pediátricos ativos em lista de espera por órgão – Brasil – março de 2019

Rim	Fígado	Coração	Pulmão	Pâncreas	Pâncreas/Rim	Córnea	Total
316	55	41	22	0	0	226	660

Fonte: Adaptado de Associação... (2019).

Tabela 4 – Pacientes que ingressaram na lista de espera e índice de mortalidade por órgão – Brasil – primeiro trimestre de 2019

		Rim		Fígado		Coração		Pulmão		Pâncreas		Pâncreas/Rim		Córnea		Total	
		Total	Ped. ²	Total	Ped.	Total	Ped.	Total	Ped.	Total	Ped.	Total	Ped.	Total	Ped.	Total	Ped.
Total	Ingresso	2422	95	725	80	109	9	42	4	13	0	72	0	4591	131	7974	319
	Mortalidade	337	1	130	3	36	7	11	1	1	0	29	0	262	7	806	19

Fonte: Adaptado de Associação... (2019).

Além dos registros de falecimento na faixa etária infantil – considerando ambos os sexos entre as idades de 6 dias e de 7 a 27 dias –, que constam na lista de espera para o transplante de órgãos, no período de 2018 a 2019, como mostra o levantamento de dados da *Pesquisa Estatísticas do Registro Civil de Mortalidade Infantil*, realizado pelo IBGE (INSTITUTO..., [2021]), foram computados, no ano de 2018, 712 óbitos na idade de 6 dias e 5.308 na idade de 7 a 27 dias, assim como, no ano de 2019, foram constatados 672 óbitos na idade de 6 dias e 5.159 na idade de 7 a 27 dias.

Vale ressaltar que o sistema de pesquisa não desmembra ao classificar a causa originária da morte de cada óbito, no entanto, segundo o Ministério da Saúde, em documento a respeito da Declaração de Óbito (BRASIL, 2009, p. 12), a morte natural está conceituada da seguinte forma: “óbito por causa natural é aquele cuja causa básica é uma doença ou estado mórbido”.

Assim, há de se considerar que parte dos falecimentos ocorridos entre os anos de 2018 e 2019 é de fetos anencéfalos, o que soma o total de 1.384 óbitos com a idade de 6 dias e 10.467 com a idade de 7 a 27 dias. Devido à baixa demanda de doador vivo compatível e aos óbitos derivados da morte encefálica serem baixos, ocorrem maiores perdas de pacientes que necessitam de um novo órgão, mas não encontram um doador disponível. Diante disso, não investir na temática do transplante de órgãos de anencéfalos causa perda de potenciais doadores que poderiam salvar vidas.

² Ped. = Pacientes pediátricos.

2 DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A VIDA DO ANENCÉFALO

A personalidade do homem se configura como o conjunto de direitos, como a liberdade e a honra, que são fundamentais para a dignidade humana, preceito ético estabelecido pela Constituição Federal de 1988, visando a incidir sobre a saúde, a integridade física e psicológica, protegendo e defendendo os indivíduos diante de suas manifestações (BELTRÃO, 2014).

Ainda segundo Beltrão (2014, p. 122), devido ao menor incapaz não possuir autonomia para praticar seus direitos, isto será responsabilidade dos seus genitores, os quais deverão presar pelos interesses daquele. Com relação ao questionamento sobre o transplante de órgãos poder infringir os direitos da personalidade do anencéfalo, é preciso enfatizar o conjunto que o compõe, além da proteção *post mortem*, uma vez que a anencefalia, conseqüentemente, resulta em óbito.

Quanto à integridade física, honra e liberdade, princípios que constituem o direito da personalidade, deve-se analisar que o transplante de órgãos respeita o corpo do paciente, captando somente os órgãos viáveis e entregando o corpo para família de forma adequada para o velório. Ademais, é evidenciado o direito à honra *post mortem*, a qual é associada às obras e às ações que o paciente fez em vida; sendo assim, no caso do anencéfalo, a honra *post mortem* estaria relacionada à boa ação de salvar uma outra vida, por meio da doação de órgãos. É nesse sentido, portanto, que a liberdade do anencéfalo estará sob a escolha dos seus genitores (BELTRÃO, 2014).

Ainda, conforme Teixeira e Winter Junior (2021, p. 219), os direitos da personalidade são um conjunto de princípios, e as manifestações não previstas neste grupo podem ser reconhecidas posteriormente como um princípio fundamental voltado para a dignidade humana:

Dentro deste complexo de princípios e normas no ordenamento jurídico pátrio, os direitos da personalidade não previstos expressamente acabam sendo reconhecidos dentro de um debate da doutrina e jurisprudência, que ao reconhecer ou não determinada manifestação humana como direito da personalidade, está deliberando também sobre os limites da dignidade humana.

Segundo a definição de doação de órgãos e tecidos dada por Garcia, Pereira e Garcia (2015), o procedimento é um ato voluntário e solidário da família do paciente, a qual colocará o indivíduo, que necessita de um novo órgão, em primeiro lugar, e isso contribuirá para o altruísmo. Para o Código Civil de 2002, no Art. 2^o³, o nascituro possui dignidade e direito à vida desde a sua concepção, e não apenas no nascimento, ou seja, ainda dentro do ventre materno, o feto possui a dignidade humana. Assim também entende Beltrão (2014, p. 150):

A vida que o direito da personalidade protege é a vida desde a concepção, garantido ao nascituro a sua devida proteção, passando pelo nascimento e posteriormente até a morte da pessoa humana.

Com base nessa discussão, um questionamento que surge é se este ser vivo seria utilizado apenas para este fim, de forma proposital. Todavia, quando a gestante é comunicada sobre a possibilidade de doação dos órgãos, ela tem apenas duas escolhas: realizar o aborto terapêutico ou aguardar até o final da gestação para realizar o parto espontâneo. Reforça-se, portanto, que, com a regularização da doação de órgãos para os anencéfalos, haveria mais uma alternativa de escolha para esta mulher quanto ao procedimento a ser realizado.

O progresso científico deve trazer benefícios à sociedade, e não legitimar práticas, como experiências em humanos, que, quando mal administradas, podem ser nocivas aos indivíduos. O transplante de órgãos de anencéfalos, por exemplo, pode ser considerado um benefício, na medida em que auxiliaria no salvamento de mais recém-nascidos, dando continuidade à vida destes. Ou seja, “o progresso científico não pode ser responsável, nem legitimador, por todo e qualquer tipo de experimentação em seres humanos, mesmo que os resultados sejam promissores para a humanidade” (OLIVEIRA, 2005, p. 162).

Os princípios da dignidade humana e da vida não podem ser violados, por isso a ciência deve realizar pesquisas e experimentos para valorizar a vida, e não para

³ Art. 2^o do Código Civil de 2002: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (BRASIL, 2002, *on-line*).

desrespeitá-la. Assim, pode-se afirmar que, em casos de doação de órgãos do anencéfalo, não há dano praticado contra ele, uma vez que é considerado natimorto, sendo, portanto, um passo a mais na evolução científica (POMIN; BUENO; FRACALOSSO, 2012).

Para que isso se efetive, é preciso vencer o mito de que a realização do transplante de órgãos do anencéfalo infringiria o direito à vida. O Art. 128 do Código Penal, de 1940, legitima o aborto do anencéfalo, pelo fato de que este nasce com condições precárias de vida e, por consequência disso, sobrevive por poucas horas ou dias, no entanto, a problemática de falecimento em curto período de vida seria solucionada se, ao nascer, fosse aplicado suporte intensivo ao anencéfalo, para que não ocorra o óbito derivado da insuficiência respiratória logo após o nascimento.

Quando o indivíduo está com insuficiência respiratória, é instalado nele um respirador que realiza a ventilação mecânica, assim como no paciente que sofre a morte encefálica, o qual faz uso desse equipamento para permanecer vivo durante o procedimento cirúrgico de remoção de órgãos. Se assim não o fosse, seu falecimento ocorreria em poucas horas ou dias, em decorrência de insuficiência respiratória. Com o uso do respirador, é possível realizar exames para averiguar as condições dos órgãos aptos à captação (SÃO PAULO, 1998).

Outro questionamento que resulta da discussão desse tema é se o anencéfalo poderia sentir dor ou sofrimento. Como já exposto neste artigo, o anencéfalo possui ausência de cérebro, logo não há consciência, o que elimina a hipótese de sofrimento. Com isso, enfatiza-se o direito da personalidade do anencéfalo. Conforme previsto no Art. 3º do Código Civil, de 2002, os menores de 16 anos são absolutamente incapazes, por isso, quem responderá por eles serão seus responsáveis. Dessa forma, quando há o desejo de realizar a captação de órgãos, não se pode configurar ato lesivo ao direito da personalidade, pois o ato é feito de forma consentida.

Isso é entendido por Beltrão (2014, p. 29, grifos do autor) da seguinte maneira:

O *acto* lesivo dos direitos da personalidade é lícito quando o lesado tenha consentido na lesão, desde que respeite consentimento não seja contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes. O consentimento do lesado é aqui um *acto* jurídico unilateral, meramente integrativo da exclusão da ilicitude, ou seja, não constitutivo, na medida em que não cria qualquer direito para o agente lesado.

Por muito anos, foi discutida, no Brasil, a legalização do aborto do anencéfalo, até ser aprovada, no ano de 2004. Um dos pilares basilares para que houvesse essa regularização foi o direito de escolha da mulher sobre seu corpo. Com isso, a legalização do transplante de órgãos de anencéfalos se adequa a mais um elemento de escolha da mulher, uma vez que esta tem o conhecimento de que o feto gerado, que não irá sobreviver, poderá salvar outras vidas. O direito, portanto, precisa acompanhar a evolução social, adequando-se a novos pareceres, como afirmam Vieira e Moraes (2020, p. 746):

Verifica-se a existência da denominada cláusula geral da dignidade humana que possibilita o operador do direito, nos casos em que se discuta interesse existencial da pessoa que não se encontra legislado, à tutela no caso em concreto, o que ocasiona uma flexibilização do direito e uma adequação aos anseios sociais, fazendo com que a legislação se amolde conforme o desenvolvimento social.

Dessa maneira, a necessidade de lei complementar sob a Lei de Transplante de Órgãos nº 9.434, de 1997, não será apenas para atingir a demanda na Lista de Espera de Órgãos, mas também diz respeito a uma terceira escolha da gestante, além do aborto e de prosseguir com a gestação até o final, aguardando o óbito da criança. Sobre isso, Andrade (2017, p. 11) afirma:

O Direito precisa acompanhar a evolução tecnológica e social e amoldar-se, a partir de reformas e novas interpretações, as novas relações sociais e as necessidades humanas e não estagnar-se permitindo que os Direitos Fundamentais das mulheres continuem sendo negligenciados e desrespeitados.

Nesse sentido, a regularização da doação de órgãos desse procedimento integra o direito de liberdade de escolha do casal ou unilateralmente da gestante, de acordo com seus princípios morais ou religiosos. Conforme previsto no Art. 196 da Constituição Federal, de 1988, o direito à saúde abrange a todos, e é dever do Estado, portanto, garantir a regularização do ato, que impossibilita o exercício de função dos profissionais de saúde (BRASIL, 1988). Assim, cabe a indagação: se o anencéfalo é considerado um natimorto, por que os operadores do Direito não permitem a legalização do transplante de órgãos para ele? (ANDRADE, 2017).

Os direitos da personalidade visam a garantir um conjunto de princípios que resulta no principal deste: a dignidade humana, e nela está incluído o transplante de órgãos, uma vez que ele é considerado um ato solidário à vida. Por isso, a possibilidade de esta ação advir do anencéfalo não descaracterizaria o preceito fundamental deste procedimento cirúrgico, além de expandir o direito de liberdade da mulher, possibilitando a ela uma nova alternativa no contexto da gestação de feto anencéfalo.

3 LEI COMPLEMENTAR SOB A LEI DE TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS (Nº 9.434/97)

No Direito, quando a lei é omissa, ela se adequa ao uso de jurisprudências ou legislação cabível, como a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (nº 4.657/1942), que estabelece, em seu Art. 4º, o seguinte: “[q]uando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (BRASIL, 1942, *on-line*).

Ainda que o Poder Judiciário esteja aberto a receber demandas jurisdicionais, como a oportunidade de a gestante grávida de feto anencéfalo pleitear seu direito por meio de uma ação judicial, é preciso destacar que todo processo leva tempo, e isso pode afetar no objetivo central da lide de obter a aprovação do procedimento de doação dentro do tempo necessário, como estabelece a *Declaração americana de direitos e deveres do homem*, de 1948, em seu artigo XVIII⁴.

A ação judicial cabível que se adequa ao pedido de autorização para transplante de órgãos do feto anencéfalo seria a obrigação de fazer. Segundo Tartuce (2021), a obrigação de fazer infungível possui a natureza de prestação, ou seja, com relação à temática tratada neste artigo, seria a obrigação do Estado de dar à cidadã gestante o direito de garantir sua vontade em caso de doação de órgãos e tecidos do anencéfalo.

Além da ação de obrigação de fazer, é preciso lembrar que a gestação de uma mulher possui o tempo de nove meses e, até a gestante tomar conhecimento da gravidez, possivelmente, terá decorrido o período de um mês, o que diminui ainda mais o tempo

⁴ Art. XVII da DADH/48: “Toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos. Deve poder contar, outrossim, com processo simples e breve, mediante o qual a justiça a proteja contra atos de autoridade que violem, em seu prejuízo, qualquer dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente” (DECLARAÇÃO..., 1948, *on-line*).

para requerer uma ação. Dessa maneira, visto que a ação não poderá ultrapassar nove meses, será necessário que o advogado da autora também proceda com uma tutela de urgência, conforme estabelece o Art. 300 do Código de Processo Civil de 2015⁵. Assim, o poder judiciário, ao analisar o pedido de tutela da gestante, deverá observar os resultados que o procedimento pode agregar. Teixeira e Lopes (2021, p. 3) complementam:

A concessão de tutelas antecipadas envolvendo direitos da personalidade é um tema sensível pois estes não raro estão envoltos em casos difíceis, frutos da complexidade e fluidez das relações sociais atuais, cabendo então ao juízo bem ponderar sobre a pretensão formulada, suas consequências e restrições inclusive em relação ao polo passivo, ou seja, diante daquele em face de quem a tutela antecipada, caso deferida, será cumprida.

Se o parecer do juiz competente for favorável à gestante para que ela proceda com a doação de órgãos do feto anencéfalo, conforme determina o Art. 497 do Código de Processo Civil, de 2015, o juiz concederá a tutela específica que assegura a obtenção do pedido (BRASIL, 2015). Todavia, mesmo quando a gestante obtém o pedido concedido para o procedimento, ainda poderá ocorrer contradição, pois, como exposto anteriormente, o transplante de órgãos necessita do cumprimento de protocolo específico.

Para que o procedimento se efetive, esse protocolo precisaria estar legitimado, pois, havendo esta lacuna, os profissionais de saúde não poderiam adaptar um protocolo diverso oriundo da morte encefálica para um caso específico de anencefalia. Assim, nota-se, a partir dessa reflexão, que a ação judicial seria ineficaz, demonstrando a necessidade de criação de lei complementar.

A Lei 9.434, de 1997, dispõe sobre a doação de órgãos no caso de morte encefálica. Para tratar da doação no caso de feto anencéfalo, seria necessária uma lei complementar, criada com base na lei já existente sobre transplante de órgãos. Dessa maneira, conforme previsto nos Arts. 1º e 2º da supracitada legislação, será permitida a disposição gratuita de tecidos, órgãos e parte do corpo humano do *post mortem*, condição

⁵ Art. 300 do CPC/15: “A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo” (BRASIL, 2015, *online*).

na qual se inclui o feto anencéfalo, uma vez que é considerado um natimorto. Na sequência, para a retirada dos órgãos, deverá ser realizado o diagnóstico de anencefalia, o qual é executado por dois médicos não participantes das equipes de transplante.

A remoção dos órgãos dependerá de autorização apenas dos genitores, descartando-se a necessidade de permissão de outros parentes. No Art. 3º da Lei 9.434, de 1997, há abertura de decisão para outros familiares, mas é necessário destacar que a escolha de doação de órgãos, no contexto de uma gestação, emana de um desejo particular da gestante, sendo esta a titular para autorizar o procedimento.

O Art. 14 da mesma lei visa a estabelecer a sanção penal para remoção que estiver em desacordo com essa legislação. No caso da gestão de feto anencéfalo, esta condição não está mencionada nesta lei, assim, ainda que haja artigos cabíveis ao procedimento de remoção dos órgãos em caso de anencefalia, eles não estão claros ou não se adequam o suficiente para autorizar a cirurgia. Portanto, a ausência de lei complementar acarretaria crime.

Além da lei complementar, faz-se necessário a criação de protocolo, assim como há para o caso de morte encefálica. Conforme consta no Manual do Núcleo de Captação de Órgãos de 2014 (MOURA; SILVA, 2014), é preciso providenciar provas clínicas para comprovar a ausência de reflexos do tronco encefálico, as quais podem ser adquiridas desde a gestação, por meio de uma ultrassonografia que irá averiguar a situação.

Fases do protocolo, como reflexo fotomotor, que verifica a ausência de movimentação de pupilas mediante estímulo luminoso; reflexo oculocefálico, para verificar se os olhos acompanham a movimentação da cabeça; reflexo de vômito ou de tosse, que exige estimulação da região da faríngea ou introdução de sonda para observar esforço para tosse, podem ser desconsiderados assim que o diagnóstico de anencefalia conclui que o feto se trata de um natimorto e, conseqüentemente, que seu tronco encefálico não possui reflexos. Nesse momento, deve ser adotado o processo de oxigenação, pois o feto anencéfalo pode nascer com insuficiência respiratória, fato que comprova os resultados do teste de apneia, que se trata da ausência de respiração independente do paciente (MOURA; SILVA, 2014).

O protocolo menciona que não pode ocorrer o diagnóstico de morte encefálica em pacientes com menos de 36 semanas e, havendo prematuridade, será necessário aguardar

até atingir a quantidade de semanas adequadas. Além disso, é preciso contar sete dias de vida para abertura do protocolo. O documento, porém, não traz justificativa para essa espera, por isso, é importante destacar a possibilidade de realização de exames quando o feto ainda estiver no ventre, pois, se o feto nascer em grave estado de saúde, o procedimento de captação precisa ocorrer em um tempo adequado para que se obtenha sucesso (MOURA; SILVA, 2014).

Após a comprovação de ausência de reflexo do tronco cerebral, a equipe responsável e a Comissão Intra-Hospitalar de Doação de Órgãos e Tecidos para Transplantes (CIHDOTT) deve executar os exames de avaliação dos órgãos viáveis para doação. No protocolo atual, a família é questionada acerca dos hábitos alimentares e de outras práticas do falecido que poderiam prejudicar seus órgãos. No caso do anencéfalo, esses questionamentos precisariam ser direcionados à gestante, para investigar alguma comorbidade que poderia afetar o feto. Portanto, o adequado será analisar a gestante e o feto.

Uma questão crucial que deveria ser adaptada a esse protocolo específico voltado para o anencéfalo seria o suporte de ventilação mecânica no momento do parto, e não após o período de espera de sete dias de vida para realizar os exames, uma vez que, na anencefalia, o feto é considerado um *post mortem*. Compreende-se, a partir disso, que não há motivo para realizar diagnóstico de morte encefálica após o nascimento, já que isso poderia ser providenciado durante a gestação. Bastaria, então, efetuar exames para averiguar a situação dos órgãos viáveis de doação.

CONCLUSÃO

O feto anencéfalo é considerado um natimorto devido à ausência de cérebro. Isto posto, há de se considerar a possibilidade da doação de órgãos e tecidos do feto, procedimento que já é permitido para pacientes que sofrem morte encefálica. Ao analisar as demandas da fila de espera, além das constatações de óbitos derivados de causa natural, estima-se que, nos anos de 2018 e 2019, ocorreram grandes perdas de pacientes que poderiam sobreviver, ao mesmo tempo que houve muitos casos de pacientes que não foram considerados possíveis doadores, o que demonstra a negligência do Estado nesse âmbito.

A Constituição Federal, de 1988, protege a dignidade humana e garante o direito à vida ao *post mortem*, dentro da esfera dos direitos da personalidade. Ao observar esses pilares, foi possível constatar que a regularização da doação de órgãos, no caso de anencéfalos, não estaria violando esses princípios, visto que o consentimento dos genitores não configura lesão corporal ao feto. Além disso, esse procedimento está caracterizado como ato solidário. Assim, estendê-lo aos anencéfalos é um avanço, e não uma regressão.

Quando há uma lacuna na legislação, a gestante pode requisitar seus direitos por meio da via judicial. No entanto, a ausência de protocolo configura que somente o processo com pedido favorável não é o suficiente para exercer a escolha de doar os órgãos do filho.

Dessa maneira, é cabível salientar que, por conta da ausência de legislação, o Estado deve providenciar uma lei complementar sob a Lei nº 9.484, de 1994, além do protocolo específico, para desmistificar que o feto anencéfalo passaria por sofrimento na doação de órgãos ou que este ato estaria contra os direitos fundamentais. Assim como o aborto terapêutico foi regulamento com base na escolha da mulher sobre seu corpo, este procedimento seria uma nova escolha, além de beneficiar a salvamento de outros bebês.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, C. A. S. Antecipação terapêutica do parto nos casos de anencefalia: um estudo retrospectivo das decisões jurídicas. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 12, n. 1, 2017.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS. **Registro brasileiro de transplantes**. São Paulo: ABTO, 2019. Disponível em: <https://site.abto.org.br/publicacoes/rbt/>. Acesso em: 3 jul. 2021.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS. **Registro brasileiro de transplantes**. São Paulo: ABTO, 2020. Disponível em: <https://site.abto.org.br/publicacoes/rbt/>. Acesso em 3 jul. 2021.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS. **Registro brasileiro de transplantes**. São Paulo: ABTO, 2021. Disponível em: <https://site.abto.org.br/publicacoes/rbt/>. Acesso em: 3 jul. 2021.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS. Morte encefálica. **Biblioteca Virtual em Saúde**, 2008. Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/morte-encefalica/>. Acesso em: 29 jun. 2021.

BELTRÃO, S. R. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2014.
FITZGERALD, M. J. T. **Embriologia humana**. São Paulo: Row do Brasil, 1980.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 3 out. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil.. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 3 out. 2021.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 2.173, de 23 de novembro de 2017**. Define os critérios do diagnóstico de morte encefálica. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: <https://saude.rs.gov.br/upload/arquivos/carga20171205/19140504-resolucao-do-conselho-federal-de-medicina-2173-2017.pdf>. Acesso em: 4 out. 2021.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 1.826, de 6 de dezembro de 2007**. Dispõe sobre a legalidade e o caráter ético da suspensão dos procedimentos de suportes terapêuticos quando da determinação de morte encefálica de indivíduo não-doador. Brasília, DF: Presidência da República, [2007]. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2007/1826_2007.pdf. Acesso em: 4 out. 2021.

BRASIL. **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. Brasília, DF: Presidência da República, [1997]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm. Acesso em: 3 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.211, de 3 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. Brasília, DF: Presidência da República, [2001]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110211.htm. Acesso em: 3 out. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 2.600, de 21 de outubro de 2009**. Aprova o Regulamento Técnico do Sistema Nacional de Transplantes. Brasília, DF: Presidência da República, [2009]. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt2600_21_10_2009.html. Acesso em: 3 out. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, [2010]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 3 out. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **A declaração de óbito**: documento necessário e importante. Brasília: Ministério da Saúde, 2009. Disponível em: <https://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2015/agosto/14/Declaracao-de-Obito-WEB.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2021.

DECLARAÇÃO americana dos direitos e deveres do homem. **Comissão Internacional de Direitos Humanos**, 9º Conferência Internacional Americana, Bogotá, 1948. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm. Acesso em: 4 out. 2021.

GARCIA, C. D.; PEREIRA, J. D.; GARCIA, V. D. **Doação e transplante de órgãos e tecidos**. São Paulo: Segmento Farma, 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Pesquisa Estatísticas do Registro Civil. **IBGE**, [2021]. Disponível em:

<https://www.ibge.gov.br/busca.html?searchword=mortalidade+infantil>. Acesso em: 27 jul. 2021.

MOURA, L. C.; SILVA, V. S. e. (Coords.). **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.

POMIN, A. V. C.; BUENO, J. B. D.; FRACALLOSSI, W. Direitos da Personalidade Temas Avançados. Paraná: Humanistas Vivens, 2012.

PROGRAMA ESTADUAL DE TRANSPLANTES. Perguntas e Respostas. **Governo do estado do Rio de Janeiro**, 2019. Disponível em: <http://www.transplante.rj.gov.br/Site/Conteudo/PerguntasRespostas.aspx#espera>. Acesso em: 21 jul. 2021.

SÃO PAULO. Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. **Consulta nº 8.905**. São Paulo, 1998. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=s&ficha=1&id=3403&tipo=PAR ECER&orgao=Conselho%20Regional%20de%20Medicina%20do%20Estado%20de%20S%3o%20Paulo&numero=8905&situacao=&data=00-00-1998>. Acesso em: 27 ago. 2021.

TARTUCE, F. **Direito das obrigações e responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TEIXEIRA, R. V. G.; WINTER JUNIOR, A. Eficácia processual dos direitos da personalidade baseados nos precedentes normativos. *Revista Direito e Paz*, São Paulo, v.1, n. 44, 2021.

TEIXEIRA, R. V. G.; LOPES, M. D. O periculum in mora reverso como garantia dos direitos da personalidade. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, São Paulo, v. 9, n. 1, 2021.

UMA HISTÓRIA severina. Direção de Débora Diniz e Eliane Brum. Brasil: Imagens Livres, 2005. Vídeo (22min38s.), son., color. Disponível em: <https://www.videocamp.com/pt/movies/uma-historia-severina>. Acesso em: 4 out. 2021.

VIEIRA, D. F.; MORAES, C. A. O direito de convivência familiar é um direito da personalidade da criança e do adolescente. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, Portugal, n. 1, 2020.