

ASPECTOS JURÍDICOS DOS TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS DE FETOS ANENCÉFALOS

LEGAL ASPECTS OF ORGAN TRANSPLANTS OF ANCEPHALIC FAULTS

Gustavo Wentz¹

Lilian Hanel Lang²

RESUMO

O presente artigo tem como tema os aspectos jurídicos dos transplante de órgãos de anencéfalos e propõe-se a apresentar a percepção da legislação brasileira sobre os transplantes de órgãos e tecidos de fetos anencéfalos. Inicialmente serão feitas algumas considerações sobre a evolução da legislação brasileira atinente aos transplantes com a apresentação de alguns índices de órgãos transplantados nos últimos anos. Em seguida, será conceituada a anencefalia e relatadas informações relevantes que possibilitam a análise de sobrevivência dos bebês que detêm esta condição. O entendimento do Conselho Federal de Medicina, sobre os critérios do diagnóstico de morte encefálica e a forma como este conceito de morte encefálica implica nos transplantes de fetos anencéfalos será, por fim, discutido. Os temas apresentados têm grande repercussão na sociedade, vez que englobam posicionamentos do nosso ordenamento jurídico, do Conselho Federal de Medicina e de diversos doutrinadores do direito.

PALAVRAS-CHAVE: Transplante de órgãos; Morte Encefálica; Anencefalia; Jurídico.

ABSTRACT

This article deals with the legal aspects of transplantation of anencephalic organs and proposes to present the perception of Brazilian legislation on organ and tissue transplantation of anencephalic fetuses. Initially some considerations will be made on the evolution of Brazilian legislation regarding transplants with the presentation of some indices of transplanted organs in recent years. Next, anencephaly will be conceptualized and relevant information will be reported that will allow the analysis of the survival of the babies that have this condition. The understanding of the Federal Council of Medicine on the criteria for diagnosis of brain death, and how this concept of encephalic death implies in the transplants of anencephalic fetuses will be finally discussed. The themes presented have great repercussions in society encompassing positions in our legal system and the Federal Council of Medicine and several legal scholars.

¹ Coordenador do Curso de Direito da Faculdade IDEAU de Getúlio Vargas/RS. Mestre em Direito, Democracia e Sustentabilidade pela IMED/RS. Especialista em Direito Civil e Processo Civil (Universidade de Passo Fundo). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais (Universidade de Passo Fundo 2004 - 2008). Advogado OAB/RS 76449.

² Graduada em Direito (URI – 2006). Especialista em Direito do Trabalho (UPF - 2008), e Gestão Pública e Gestão das Organizações Públicas em Saúde (UFSM – 2011 e 2013). Mestre em História (UPF 2012). Servidora do INSS. Advogada OAB/RS 74282. Docente do Curso de Direito da Faculdade IDEAU de Getúlio Vargas/RS.

KEYWORDS: Transplantation of organs; Brain Death; Anencephaly; Legal.

INTRODUÇÃO

Ainda que o transplante de órgãos seja um método antigo, sua regulamentação legal no direito brasileiro ainda suscita muitas interpretações. Com a unificação dos critérios e conceitos médicos e jurídicos para conceituação da morte encefálica, há uma dificuldade de utilização dos órgãos e tecidos de anencéfalos para fins de transplante. O presente artigo busca identificar a evolução legislativa brasileira deste assunto, bem como verificar a possibilidade de serem aplicados parâmetros diversos de definição de morte em fetos anencéfalos.

1 CONJUNTURA JURÍDICA DOS TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS E TECIDOS

O ideal de transferir órgãos e tecidos de um corpo para outro não é recente. A medicina antiga, com suas lendas, alquimistas e curandeiros realizava atos cirúrgicos envolvendo transplantes. Mas os registros mais exitosos datam do final do século XIX e meados do século XX, com o aprimoramento das técnicas e a adoção dos princípios basilares da cirurgia moderna (anestesia, antissepsia e principalmente o combate à rejeição) é que o transplante de órgãos e tecidos passou a ser considerado um procedimento científico (Chaves, 1994, p. 214).

No Brasil o primeiro diploma legislativo que regulou a matéria sobre transplantes foi a Lei n 4.280, de 06 de novembro de 1963, que disciplinava “a extirpação de órgãos ou tecidos de pessoa falecida”. Com apenas nove artigos principais, esta lei subordinava a realização do transplante à autorização escrita do *de cuius* ou à não oposição do cônjuge ou parentes até o segundo grau. Essa lei foi revogada pela de nº 5.489, de 10 de agosto de 1968, que passou a normatizar a “retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes do cadáver, e outras providências”, que, regulava não só a retirada de tecidos, órgãos e partes do cadáver, como também a retirada em vida.

Porém, a Lei nº 5.489/68 não havia sido normatizada pelo Poder Executivo em todos os dispositivos que a integravam, ainda que a mesma mencionasse o prazo de sessenta dias para realização do ato regulamentador. Foi somente em 02 de setembro de 1992 que a Comissão de Seguridade social da Câmara dos Deputados aprovou projeto que intentava o aumento de doadores, argumentando que se a pessoa se manifestasse em vida como doadora não mais seria necessária a consulta à família para retirada de órgãos após sua morte. E, ao contrário da legislação anterior (1968), a morte encefálica devia ser atestada por dois médicos que não

pertencessem às equipes de transplantes. Finalmente esse projeto converteu-se na Lei nº 8.489, de 18 de novembro de 1992, sendo regulamentada pelo Decreto nº 879, de 22 de julho de 1993.

O principal avanço desta Lei foi a indicação de um critério para constatação da morte, uma vez que as legislações anteriores eram omissas à matéria. Entretanto, diversas interpretações surgiram para o artigo 3º, *caput* e incisos, pois se exigia a permissão manifestada documentadamente pelo doador, ou, na falta desse, a não-manifestação de ascendente, descendente ou cônjuge, a fim de proceder-se à extração dos órgãos e tecidos. A divergência imperou no caso de inexistência de permissão expressa pelo disponente e no silêncio dos familiares – que implicava na realização da retirada dos órgãos e tecidos.

Entretanto, o Decreto nº 879, de 22 de julho de 1993 dirimiu esse conflito, exigindo que os familiares do falecido declarassem, expressamente, se concordavam com a utilização dos órgãos e partes do corpo deste para as finalidades da Lei. De acordo com Leite (2000, p. 167) em 1995 havia grandes preocupações no sentido de aumentar o número de doadores *post mortem*, tendo em vista as longas filas de pacientes que necessitavam da prática. A partir daí, diversos estudos e discussões foram realizados, objetivando a alteração da Lei em vigor no sentido de adotar o modelo de oposição ou dissentimento. Esse modelo consistia no consentimento presumido, concedendo ao doador o direito de se opor, em vida, à retirada *post mortem* de seus órgãos e tecidos e já vinha sendo utilizado na França e em Portugal, tendo resultados fantásticos e otimistas (Vieira, 1999, p. 42).

Assim, entrava em vigor no Brasil a Lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, que dispunha “sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências”, regulamentada pelo Decreto nº 2.268, em 30 de junho do mesmo ano. Foi essa disposição legal que criou o Sistema Nacional de Transplantes (SNT) cuja finalidade é organizar o processo de captação e distribuição de tecidos, órgãos e partes retiradas do corpo humano; e as Centrais de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos (CNCDOs), que são unidades executivas das atividades do SNT. Entre outras disposições esta mesma lei proibiu a retirada de órgãos de pessoas não identificadas; afastou a imprescindibilidade do parentesco entre doador e receptor (transplantes entre pessoas vivas); regulou o autotransplante; estabeleceu a gratuidade das doações; exigiu o consentimento expresso do receptor para realização da cirurgia; decretou penas aplicáveis para práticas em desacordo com o texto legal; entre outras. Em razão desse avanço, o Conselho Federal de Medicina publicou sua Resolução de nº 1.480, estabelecendo critérios para caracterização da morte encefálica.

Poucos meses após a publicação da Lei 9.434/97 os meios de comunicação noticiavam o grande número de não-doadores que procurava os Institutos de Identificação para externar sua vontade. Na época, uma pesquisa realizada pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Goldin, 1998) divulgou que mais de 70% das famílias de pacientes com diagnóstico confirmado de morte encefálica autorizaram a retirada dos órgãos e tecidos para fins de transplantes. Porém, com o advento da nova Lei de Transplantes cerca de 88% das pessoas que fizeram Carteira de Identidade solicitaram a inscrição de “não doador”.

Sabedor do tema, Mesquita (1998, p. 11) salientou que:

não será uma lei que solucionará o transplante de órgãos no país. A solução passa por uma política clara e uma postura firme do Estado na captação e distribuição de órgãos. Juntam-se a isso campanhas nacionais de esclarecimento.

Mas não foi o mero desconhecimento que desencadeou a relutância da população em se declarar como doador de órgãos. A doação presumida não foi bem aceita também pelos médicos, que se viam em um dilema, já que os familiares não precisavam mais autorizar a retirada dos órgãos do *de cuius*.

Na tentativa de findar com a insegurança da população brasileira, foi editada a Medida Provisória nº 1.718, que objetivou assegurar à família o direito de manifestar a vontade do doador quando este não a tiver expresso em vida. Com isso, foi acrescentado o parágrafo sexto ao artigo quarto da Lei de Transplantes.

Contudo, a Lei 9.434/97 foi novamente alterada no ano de 2000, através de outra Medida Provisória, a de nº 1.959, que introduzia o modelo do consentimento informado para a doação de órgãos e tecidos humanos *post mortem*, com base no direito ao próprio corpo, que é fundamental de cada pessoa. Além disso, a aludida Medida Provisória estabeleceu a invalidação das manifestações de vontade relativas à retirada de órgãos e tecidos constantes nas Carteiras de Identidade Civil e Carteiras Nacionais de Habilitação.

A doutrina, anteriormente à alteração da Lei, já entendia o direito de proteção ao corpo humano após a morte transmitir-se à família do falecido, no intuito de lhe dar um destino que mantinha sua dignidade.

Atualmente, essa premissa permanece em vigor, sendo que, em caso de doador falecido, a doação de órgãos só será feita após a autorização familiar e morte encefálica. Existe também a doação por pessoa viva, que pode doar um dos rins, parte do fígado, parte da medula óssea ou parte do pulmão, desde que não prejudique a sua própria saúde. Pela lei, parentes até o quarto

grau e cônjuges podem ser doadores. Não parentes, só com autorização judicial (BRASIL, 2017).

Em todos os casos, os órgãos doados destinam-se a pacientes que necessitam de um transplante e estão aguardando em lista única, definida pela Central de Transplantes da Secretaria de Saúde de cada estado e controlada pelo Sistema Nacional de Transplantes.

A tabela abaixo demonstra a evolução do número de transplantes realizados no Brasil, visualizando os reflexos da legislação na prática:

Transplantes Realizados (Série Histórica) - Brasil																	
Brasil	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Coração	143	149	181	200	181	155	159	205	201	167	159	227	268	309	352	357	380
Fígado	548	659	803	924	947	990	1.004	1.136	1.322	1.404	1.469	1.576	1.726	1.756	1.816	1.880	2.118
Pâncreas	33	57	53	94	112	88	78	43	39	44	54	29	42	42	20	26	24
Pulmão	25	36	43	39	42	55	50	53	59	60	46	81	79	68	74	92	112
Rim	2.672	2.714	2.911	3.126	2.903	2.961	3.040	3.154	4.259	4.660	4.807	5.265	5.288	5.423	5.409	5.492	5.948
Pâncreas Rim	105	161	203	201	108	125	116	127	119	87	130	122	121	98	101	108	87
Total Órgãos Sólidos	3.526	3.776	4.194	4.584	4.293	4.374	4.447	4.718	5.999	6.422	6.665	7.300	7.524	7.696	7.772	7.955	8.669
Córnea	6.193	6.556	7.556	8.394	9.970	10.382	11.419	12.825	12.723	12.923	14.838	15.141	13.765	13.456	13.793	14.641	16.417
Medula Óssea	703	871	972	1.197	1.307	1.032	1.439	1.446	1.531	1.695	1.701	2.032	2.113	2.076	2.102	2.363	2.388
Total Geral	10.422	11.203	12.722	14.175	15.570	15.788	17.305	18.989	20.253	21.040	23.204	24.473	23.402	23.228	23.667	24.959	27.474

Fonte: Ministério da Saúde

O que se percebe é que, gradualmente, com exceção de 2013 e 2014, houve aumento da realização de transplantes realizados. De igual modo, os dados abaixo transcritos divulgam a realização de transplantes por espécie nos últimos anos, demonstrando a evolução da técnica:

Transplantes Realizados (Série Histórica) - RS																	
RS	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Coração	15	21	10	3	11	13	9	14	9	5	11	11	12	9	17	25	23
Fígado	93	112	127	81	120	99	127	101	107	98	123	107	138	139	148	150	147
Pâncreas	0	6	2	8	12	2	4	4	0	0	0	0	0	0	0	0	1
Pulmão	20	29	25	17	21	21	25	26	41	27	28	33	31	23	36	35	52
Rim	264	287	312	219	322	274	363	308	399	397	463	543	542	542	542	542	589
Pâncreas Rim	2	21	40	23	25	20	17	13	7	4	1	0	0	0	9	6	0
Total Órgãos Sólidos	394	476	516	351	511	429	545	466	503	531	626	694	723	713	752	758	812
Córnea	508	604	527	352	632	805	605	595	607	759	918	882	782	710	784	669	699
Medula Óssea	58	61	85	101	101	76	114	111	124	115	123	153	165	159	188	186	200
Total Geral	960	1.141	1.128	804	1.244	1.310	1.264	1.172	1.234	1.405	1.667	1.729	1.670	1.582	1.724	1.613	1.711

Fonte: Ministério da Saúde

Entretanto, como o objetivo do presente artigo é tratar do transplante de órgãos e tecidos de fetos anencéfalos, mister apresentar seu enquadramento jurídico.

2 A PERSONALIDADE JURÍDICA DO ANENCÉFALO: ÊNFASE AO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Desde a concepção, o ser humano passa pelos processos de gestação, nascimento, crescimento, maturidade, envelhecimento e morte. Os processos evolutivos e psíquicos do homem ocorrem concomitante e reciprocamente. Assim, para que a personalidade humana seja tutelada, é necessário considerar o homem em todas as suas etapas evolutivas.

O artigo 2º da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil preceitua que: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Desse modo, tem-se duas fases distintas quanto ao começo da personalidade: a que antecede o nascimento e a do próprio nascimento.

O direito brasileiro assenta a regra do direito romano, pela qual a personalidade coincide com o nascimento, sendo que antes não há de se falar em sujeito de direito. Contudo, a legislação assegura proteção especial que resguarda o nascituro desde a concepção. Partindo dessa premissa, conclui-se que somente com a morte real cessa a personalidade da pessoa natural e, em regra os direitos inerentes a ela. Para Bruno (2004) a proteção que o direito concede à vida humana vem desde o momento em que o novo ser é geração. Formado o ovo, depois embrião e feto, para resguardá-los existe a ação penal.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, posteriormente ratificada pelo Brasil, é convergente com a teoria da personalidade de que, *in verbis*, “toda pessoa tem direito a que se respeite sua vida. Este direito estará protegido pela lei, no geral, a partir do momento da concepção”. Outro dispositivo legal nesse sentido é a Convenção sobre os Direitos da Criança, citada por Fonteles (2004), que, em seu primeiro artigo reconhece o direito intrínseco à vida que tem todo ser humano concebido: “a criança, por falta da maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidados especiais, aí incluída a proteção legal, tanto antes como depois do nascimento”.

Em suma, o direito brasileiro respeita o direito à vida desde a concepção, necessitando, entretanto, do nascimento com vida para retroação dos direitos do nascituro à época da sua geração. O Conselho Federal de Medicina (CFM), objetivando aumentar o número de transplantes em bebês e crianças e, tendo em vista o entendimento de que o anencéfalo seria um natimorto cerebral, editou, em 2012, a Resolução 1999/2012, que dispunha sobre a antecipação terapêutica do parto nos casos de gestação de feto anencéfalo para fins de transplante (CFM, 1999).

De acordo com a medicina, a anencefalia caracteriza-se como a má formação congênita que apresenta defeito de fechamento do tubo neural, levando a ausência completa ou parcial do cérebro e do crânio. Isto ocorre entre o 23º e o 26º dia de gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico.

Não há malformação em outros órgãos. Isso significa que a anencefalia é, como se percebe da análise literal, ausência do encéfalo, e todo o feto que se forma, por ser destituído de cérebro, é incompatível com a vida, sendo fatal em todos os casos e não havendo controvérsia sobre o tema na literatura científica ou na experiência médica. A ausência de cérebro importa na inexistência de todas as funções superiores do sistema nervoso central, responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade (Freitas, 2007).

Segundo a Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASCO), a anencefalia é a malformação fetal mais frequente. Estimativas apontam para a incidência de aproximadamente um em cada 1.600 nascidos vivos (Febrasco, 2015). As diretrizes do CFM definem que o diagnóstico de anencefalia deverá ser feito por exame ultrassonográfico realizado a partir da 12ª semana de gestação. Esse exame deverá conter duas fotografias, identificadas e datadas: uma com a face do feto em posição sagital; a outra, com a visualização do polo cefálico no corte transversal, demonstrando a ausência da calota craniana e de parênquima cerebral identificável. É obrigatório ainda um laudo assinado por dois médicos capacitados para tal diagnóstico (CFM, 2017).

3 A RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA E O CONCEITO DE MORTE

Em 2004, com a publicação da Resolução nº 1752/04, o Conselho Federal de Medicina externou sua posição de incentivo ao transplante de órgãos e tecidos de anencéfalos, entendendo ser possível o adiantamento do parto destes bebês para utilização de órgãos e tecidos viáveis para transplantes, principalmente em crianças. Desse modo, não era mais necessário esperar a morte do tronco cerebral e a cessação da vida vegetativa autônoma, pois nesse momento as crianças sem cérebro já eram consideradas – cientificamente – sem vida e incapazes de existir por si só (França, 2012).

Ocorre que, ainda que o próprio Supremo Tribunal Federal no processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54³ (Brasil, 2012) tenha entendido pela possibilidade de interrupção da gravidez em casos de anencefalia fetal embasado no fato de que a permanência de feto anômalo no útero da mãe mostra-se potencialmente perigoso para

³ Essa arguição de descumprimento de preceito fundamental teve por objetivo desautorizar a punição criminal em sede de aborto de feto anencefálico, porquanto haveria tão somente a antecipação terapêutica do parto, visto que o feto portador de anencefalia não tem qualquer perspectiva de vida extrauterina e, sendo inviável a sua sobrevivência, não estaria protegido pela legislação penal)

a saúde da genitora, em 10 de junho de 2010, através da Resolução 1949/2010, o CFM revogou a Resolução 1752/2004, praticamente dando fim ao transplante de órgãos e tecidos de fetos anencéfalos. A promulgação de tal dispositivo baseou-se na “inviabilidade de aplicação dos critérios de morte encefálica aos anencéfalos, em decorrência da ausência de cérebro e nos precários resultados obtidos com os órgãos transplantados” (CFM, 2010).

É justamente esta premissa que até hoje permeia o mundo jurídico: a morte encefálica precisa ser inequivocadamente comprovada para que seja autorizada a retirada de órgãos e tecidos para fins de transplante.

O Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução 2173/2017, estabelece que os procedimentos para a determinação da morte encefálica devem ser iniciados em todos os pacientes que apresentem coma não perceptivo, ausência de reatividade supra espinhal e apneia persistente (CFM, 2017).

O quadro clínico do paciente também deve apresentar todos os seguintes pré-requisitos: presença de lesão encefálica de causa conhecida e irreversível; ausência de fatores tratáveis que confundiriam o diagnóstico; tratamento e observação no hospital pelo período mínimo de seis horas; temperatura corporal superior a 35° graus; e saturação arterial de acordo com critérios estabelecidos pela Resolução. No caso de crianças, os parâmetros são um pouco diferentes, com um período de observação maior (CFM, 2017).

De que forma esses critérios podem ser aplicados em anencéfalos, levando-se em consideração que dos 60% que nascem vivos, apenas 8 % sobrevivem mais de uma semana, e somente 1% vive entre um e três meses? (Luz, 2008)

Quanto à viabilidade pós-natal, vale ressaltar que de um quarto a um terço dos anencéfalos dados à luz preenchem os critérios de nascido vivo e que, após o nascimento com vida, os centros respiratório e vasomotor, localizados no tronco encefálico, garantem a ele sobrevivência variável. Apesar do anencéfalo ser capaz de respirar de maneira autônoma, de executar movimentos com a musculatura voluntária e de apresentar quase todos os reflexos primitivos dos neonatos, entre eles, o reflexo de sucção, existe quem afirme tratar-se de uma malformação incompatível com a vida extrauterina. Há, ainda, quem entenda que as manifestações vitais do anencéfalo, pela brevidade de sua duração, não são suficientes para fazerem dele um ser vivo pleno (Carvalho, 2012).

Porém, conforme referido pelo Supremo Tribunal Federal:

aproximadamente setenta e cinco por cento dos fetos anencéfalos morrem dentro do útero. As estatísticas oscilam entre cinquenta e setenta e cinco por cento, porque dependem da legislação de cada país (...). Dos vinte e cinco por cento que chegam a

nascer, todos têm sobrevida vegetativa, que cessa, na maioria dos casos, dentro de vinte e quatro horas e os demais nas primeiras semanas de sobrevida” (segundo dia de audiência pública, transcrição, folha 97). Confirmando tais dados, remeto às informações prestadas pelo Dr. Rodolfo Acatauassú Nunes, no primeiro dia de audiência pública. Relatou que, consoante dados de Pomerance, a expectativa é de que 47% das crianças morram no 1º dia, 44% entre um dia e uma semana, 8% entre uma semana e um mês e 1% com cerca de três meses (transcrição, folha 27). Igualmente, (...)o feto anencéfalo padece de uma degeneração dos neurônios, circunstância que ocasiona a morte dentro de horas ou dias; que o período máximo encontrado de sobrevida na literatura médica foi de um ano e dois meses, sendo que, ocasionalmente, de sete a dez meses. (2012)

Na seara médica, a doação de órgãos importa respeitável campo de avanços e pesquisas; na seara jurídica, objetivou-se regulamentar essa estreita relação, sem atender os recantos de sua complexidade, permitindo zonas cinzentas entre a ética jurídico-bio-médica (e os contornos que lhes emprestam a moralidade) (Pedra, 2008).

Resta evidente que o progresso da medicina tem expandido as chances de sucesso na realização de transplantes de órgãos, tecidos e outras partes do corpo humano, fazendo com que este seja visto como uma excelente alternativa (Pedra, 2008); entretanto, há que se ressaltar que mencionar a doação de órgãos, no Brasil, é sinônimo de fila de transplantes, o que significa falar, em última instância em fila da morte. Isso porque o sistema do consentimento (opting in system), que exige a expressa concordância do doador ou da sua família, adotado pelo Brasil (já referido anteriormente e disposto no art. 4º da Lei nº 9.434/97), e a falta de informação de familiares sobre a inequívoca vontade de doação de órgãos de seu ente querido falecido, aliada a dor da perda – inviabiliza, em larga medida o processo de salvação ou melhoria de outras vidas (Elias, 2001).

A utilização de órgãos para transplante advinda de crianças anencefálicas ganhou ampla publicidade no final de 1980, após o caso de Loma Linda, Baby Gabriel, em que foi realizado um transplante cardíaco a partir do órgão de um feto anencefálico (Ribeiro, 2012).

O nobre ato de prosseguir com uma gravidez cujo desenlace nefasto é inevitável, com o heroico fim de doar os órgãos do recém-nascido, deve ser voluntário, jamais imposto às gestantes. Tampouco as doações de sangue ou de medula óssea – capazes de salvar incontáveis vidas e não comparáveis ao sacrifício da mulher grávida de anencéfalo – podem ser obrigatórias. De igual modo, o transplante de órgãos não é compulsório; ao contrário: deve ser autorizado pela própria pessoa em vida ou por seus familiares, quando falecida (Bragança, 2009).

Na doação de órgãos especificamente de bebês anencefálicos deve-se levar em consideração a preocupação ontológica com o respeito à pessoa humana e sua dignidade, não

se podendo tratar os potenciais doadores como meros meios para a obtenção de órgãos (Ribeiro, 2012).

O conceito de morte encefálica, adotado pela legislação brasileira, permitiria a retirada de órgãos de fetos anencéfalos nascidos ao final da gestação, haja vista a equiparação que pode ser feita entre estes e os adultos sem atividade cerebral (Lucena, 2009). Ressalta-se que para a legislação brasileira os anencéfalos não se registram como seres detentores de direitos, haja vista não nascerem com vida ou não terem possibilidade de sobrevivência (Santos, 2008).

Assim, o próprio assentamento de nascimento e óbito, registrados no Brasil, de fetos anencéfalos, não deveria gerar efeitos civis, atendendo apenas às determinações burocráticas para o sepultamento dos restos biológicos não aproveitados para os transplantes de órgãos. Por isso os anencéfalos deveriam ser registrados como os natimortos. A maior dificuldade nos transplantes em recém-nascidos é a adequação dos órgãos disponíveis, pois as causas de morte cerebral em crianças nessa idade são raras e a disponibilidade de doadores é limitada aos casos de óbito por asfixia perinatal, morte súbita neonatal, acidentes e maus tratos. É inegável a necessidade de se encontrar um órgão para um recém-nascido que tem no transplante a única esperança de dar continuidade à sua vida. Argumenta-se, ainda, que o melhor seria deixar a criança nascer, aproveitar dela alguns órgãos vitais importantes (para transplantes) e só depois esperar a sua morte, o que é uma questão delicada, porque a extração de órgãos vitais só é permitida após a morte cerebral (Gomes, 2006). Contudo, é preciso ter presente que o anencéfalo, não nascerá com vida propriamente dita. Evidentemente que para o transplante de órgãos de anencéfalos deve ser declarada sua morte, tal como em outras pessoas; não podendo em qualquer hipótese a retirada de material biológico do anencéfalo vivo (Lucena, 2009).

Assim, atualmente, resta dificultosa a utilização de órgãos e tecidos de fetos anencéfalos para fins de transplantes no Brasil, tendo em vista a quase que total impossibilidade de garantir a constatação da morte encefálica conforme disposto em legislação atinente concomitantemente com a sobrevivência do anencéfalo. Somente com a alteração de critérios de verificação da morte cerebral especificamente para os anencéfalos é que poderia se garantir a utilização dos seus órgãos.

CONCLUSÃO

É inegável o dilema intrínseco ao Transplante de Órgãos e Tecidos de Anencéfalos, seja do ponto de vista dos bebês que se encontram nessa situação ou do aspecto daqueles que precisam desses órgãos para sobreviver. Entretanto, a espera pela morte encefálica não acarreta

na impossibilidade de utilização dos órgãos de anencéfalos, pelo contrário, traz segurança jurídica ao princípio do primado direito à vida.

Mesmo que inicialmente o Conselho Federal de Medicina tenha tentado autorizar a retirada dos órgãos e tecidos quando da formação completa do feto, o direito impediu a prática, que além de ilegal poderia ser utilizada como um precedente para utilização em outras situações análogas. Isto sem falar na transgressão severa aos direitos da personalidade, intrínsecos ao ser humano.

Na visão jurídica, a personalidade inicia com o nascimento do ser humano com vida, sendo tutelados os direitos do nascituro. Assim, retroagem à concepção todos os direitos assegurados pelo ordenamento jurídico, com suas características de personalidade, indisponibilidade, extrapatrimonialidade, impenhorabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, vitaliciedade, e, finalmente, ilimitariedade. Como então podem os pais e/ou responsáveis, um médico ou até mesmo um Juiz de Direito dizer se este ser merece ou não ter sua pequena vida preservada?

Destarte, é juridicamente pacífico que o anencéfalo é uma pessoa, na medida em que nasce com vida, gerando todas as consequências jurídicas advindas ao fato de ser desta maneira considerado.

Inobstante, o imbróglio reside na quase que impossibilidade de utilização dos procedimentos de constatação do óbito (visto que a medicina legal entende a morte como um processo e não como um instante ou um momento) e a possibilidade de utilização dos órgãos e tecidos dos anencéfalos para fins de transplantes. Porém, a segurança jurídica deve ser garantida, sob pena de ser estendido entendimento de que é possível a abreviação da constatação de morte encefálica em casos análogos.

Por fim, cabe ressaltar que o bebê anencéfalo já terá uma vida curta, então, resta o respeito à sua dignidade e aos seus direitos. Não se pode promover a retirada de órgãos desses bebês até a cessação das funções encefálicas, garantindo a vigência dos atuais critérios para determinação de morte encefálica e a supremacia do direito à vida.

REFERÊNCIAS

ABCMED, 2013. *Anencefalia: causas, sinais e sintomas, diagnóstico, evolução*. Disponível em: <<https://www.abc.med.br/p/saude-da-mulher/340714/anencefalia-causas-sinais-e-sintomas-diagnostico-evolucao.htm>>. Acesso em: 1 nov. 2018.

BECKER, Marco Antônio. *CFM Aprova Resolução sobre Anencéfalos*. www.cremers.com.br/cremer/Interface/show_new.action?beanNew.idNew=487. Acesso em 15.set.2018.

BRAGANÇA, Bruno. A descriminalização do aborto do feto anencefálico como garantia aos direitos fundamentais da gestante. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre, v. 36, n. 113, pp. 397-416, mar., 2009

BRASIL. *Lei 9434, 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. Diário Oficial da União, Brasília, 5 de fevereiro de 1997.

_____. *Lei 10.106, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de janeiro de 2002.

_____. *Medida Provisória nº 1.718*, de 6 de outubro de 1998. Diário Oficial da União, Brasília, 7 de outubro de 1998.

_____. *Medida Provisória 1.959, de 24 de outubro de 2000*. Diário Oficial da União, Brasília, 25 de outubro de 2000.

_____. *Resolução nº 1.480/97, de 08 de agosto de 1997*. Dispõe sobre os Critérios para Caracterização da Morte Encefálica. Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm. Acesso em: 22 nov.2017.

_____. *Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.752*, de 08 de setembro de 2004. Autorização ética do uso de órgãos e/ou tecidos de anencéfalos para transplante, mediante autorização prévia dos pais. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 set. 2004. Seção I, p. 140.

CARVALHO, Fabiana Iglesias de. Crianças anencefálicas e doações de órgãos: questões legais e éticas no Brasil. *Saúde, Ética & Justiça*. 2012.

CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo: Intersexualidade, Transexualidade e Transplantes*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 214.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Processo-Consulta CFM nº 1.839/1998*. Disponível em: <www.portalmedico.org.br/pareceres/cfm/200324_2003.htm>. Acesso em 17 set.2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *RESOLUÇÃO CFM nº 1949/2010*. (Publicada no D.O.U., 6 julho de 2010, seção I, p.85). Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1949_2010.htm>. Acessado em 27 de maio de 2015.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE SÃO PAULO. *Processo-Consulta CFM nº 1.839/1998*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CRMSP/parececeres8905_1998.htm>. Acesso em 17 set.2017.

COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira. *Processo-Consulta CFM nº 1.839/1998*. Disponível em www.scielo.br/scielo.php?pid=pS0104-4230200400010016&script=sci_arttex&tlng=pt. Acesso em 08.out.2017.

COSTA, Sérgio Ibiapina. Anencefalia e Transplante. *Revista da Associação Médica Brasileira*, vol. 50. n. 1. São Paulo: 2004.

DOAÇÃO DE ÓRGÃOS NO BRASIL. Ministério da Saúde. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/transplantes/hotsite/doacao.htm>> Acesso em 17 ago. 2017.
ELIAS, Norbert. *A solidão dos moribundos*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. 112p.

FONTELES, Cláudio. Aborto: Feto Portador de Anencefalia. *Consulex*, ano VIII. N.184. 15 set. 04.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Doação de Órgãos de Anencéfalos*. Disponível em www.pbnet.com.br/openline/gvfranca/artigo_17.htm. Acesso em: 13 set.2007.

FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da Personalidade: coordenadas fundamentais. *Revista do Advogado*. {Associação dos Advogados de São Paulo}. São Paulo: LTR, nº 38, dez/1992, p. 8-11.

FRANÇA, Rubens Limongi. O Conceito de morte, diante do Direito ao Transplante e ao Direito Hereditário, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 84: 65-74, jul. 1995.

FREITAS, Paulo. Arguição de descumprimento de preceito fundamental como meio de defesa dos direitos humanos e o caso dos fetos anencéfalos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 15, n. 58, p. 235-262, jan.-mar., 2007.

GOMES, Luis Flávio. Aborto anencefálico: exclusão da tipicidade material. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: 2006.

JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Unisinos, 1999. p. 143.

LEITE, Rita de Cássia Curvo. *Transplantes de Órgãos e Tecidos e os Direitos da Personalidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

LUCENA, George Alexandre de Barros et al. Considerações éticas sobre o aborto e a doação de órgãos de fetos anencéfalos. *Bioética*. Brasília, v. 17, n. 3, pp. 391-405, set.-dez., 2009, p. 392.

LUZ, Marcelo. Fetos anencéfalos: quanto vale a chance de viver um instante? Uma questão moral e jurídica em busca de solução sob a ótica do direito penal. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*. Salvador, n. 16, pp. 281-306, jan., 2008.

MESQUITA, Waldir Paiva. O Sistema de Saúde e os Transplantes: Movimento Médico. *Conselho Federal de Medicina*, ano XII, n. 90, p. 11, fev 1998.

MINISTERIO DA SAUDE. *Transplantes Realizados*: Série Histórica. 2018. Disponível em: <<http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2018/junho/08/regiao-brasil-2/Brasil.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2018.

OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. Anencefalia e Transplante de Órgãos. *Revista Brasileira de Bioética*. Ano 1, vol. 1, 2005.

PEDRA, Adriano Santana. Transplante de órgãos de anencéfalos. *Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 36, pp. 255-267, out.-dez., 2008.

RAMOS, Dalton Luiz de Paula. *Alguns esclarecimentos sobre fetos anencéfalos: para não transformar o dramático em trágico*. Disponível em: <<http://www.pucsp.br/fecultura/0408.htm>>. Acesso em 29 maio 2017.

RIBEIRO, Elaine, Marques et al. Recém-nascidos anencéfalos como doadores de órgãos. *Bioética*. Brasília, v. 20, n. 1, p. 71-77, jan.-abr., 2012, p. 72.

SANTOS, Marília Andrade dos. *A aquisição de direitos pelo anencéfalo e a morte encefálica*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp>. Acesso em: 20. set. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=370733>>. Acesso em: 11 de julho de 2017.

VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro. Intervenção Fetal e a Dignidade Humana. *Justilex*. Ano III. N.31. Jul 04.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e Direito*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999. p. 42.