



DOAÇÃO DE ÓRGÃOS DE ANENCÉFALOS

SILVA, Alam de Oliveira da¹; ALVARES, Silvio Carlos².

RESUMO - O presente estudo tem por objeto expor os benefícios, assim como contrapontos, da doação de órgãos de anencéfalos. O tema é de grande relevância e tem igual repercussão polêmica na sociedade. Embora se trate de oportunidade para sobrevivência de bebês que necessitam de órgãos logo ao nascerem, há de se considerar as vertentes dos familiares do doador, os fatores psicológicos, afetivos, humanos daqueles que concordarão com a continuação da gestação com escopo de salvar outras vidas com o término do feto gerado.

Palavras Chave: Anencéfalo. Doação. Gestação. Órgãos.

ABSTRACT - This study aims to expose the benefits, as well as counterpoints, of organ donation of anencephalic. The theme is of great relevance and has equal controversial repercussion in society. Although this is an opportunity for the survival of babies who need organs at birth, the aspects of donor family members, the psychological, affective, human factors of those who will agree to continue the pregnancy with the scope of saving other lives should be considered. the termination of the generated fetus.

Keywords: Anencephalon. Donation. Pregnancy. Organs

¹ Discente do Curso de Direito da Faculdade de Ensino Superior e Formação Integral -FAEF – alamcortez4@gmail.com

² Docente do Curso de Direito da Faculdade de Ensino Superior e Formação Integral -FAEF – salvares@tjsp.jus.br



1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro fundamenta suas garantias no direito à vida. Uma vez que este é imprescindível para que demais direitos sejam adquiridos pela pessoa. É de clareza e compreensível a importância dispendida a essa prerrogativa.

Nesse diapasão, surgem diversas controvérsias quanto ao modo de se utilizar esse bem tão valioso e, como é de se esperar, não há um meio objetivo para resolver essas discrepâncias.

Assim, a presente pesquisa tem por objeto a doação de órgão do anencéfalo, analisando o fator psicológico, social e moral dessa conduta ainda que seja para beneficiar outra vida.

A relevância dessa temática se dá ante a necessidade de doação de órgãos para recém-nascido e a falta destes, o que gera a morte do bebê por ficar na lista de transplante sem conseguir o auxílio.

Em contrapartida, devemos refletir, também, quanto à condição da gestante, que prolongará a gestação para fazer a doação de órgãos do seu filho que não possui perspectiva de vida.

Para o desenvolvimento do projeto será averiguada a previsão legal do tema, bem como verificar o posicionamento social, se entende a situação de forma moral ou com repúdio.

O direito da gestante de ter sua dignidade, saúde mental protegida, sobressai ao direito à vida dos recém-nascidos que esperam na fila de transplante por um órgão? Existe violação na intervenção estatal ao impor a doação de órgãos do anencéfalo?

Essas questões serão analisadas no decorrer do estudo, mas vale ressaltar que não existe soberania entre direitos fundamentais, de forma que nenhum direito é absoluto, todavia, é imprescindível que haja vida para que se usufrua das demais garantias constitucionais existentes.



Através de livros, artigos, legislação comparada, entendimento jurisprudencial, é que será desfiado o tema em epígrafe, tornando mais compreensível a ideia discutida, possibilitando uma solução mais consensual, ou aceitável, do assunto.

2. DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA

A vida é o bem mais valioso do ser humano e, como dispõe a Constituição Federal de 1988 (CF/88), é uma garantia fundamental a todo ser humano.

A partir da vida é que o ser humano adquire todos os demais direitos e garantias legais previstos no ordenamento jurídico brasileiro, bem como nos tratados e convenções internacionais.

O essencial, antes de adentrar na problematização em epígrafe, é expor a importância da vida dentre todos os demais fatores e, para tanto, temos, nesse sentido, a opinião de Cunha Junior:

O direito a vida é o direito legítimo de defender a própria existência e de existir com dignidade (...) Envolve o direito à preservação dos atributos físico-psíquicos e espirituais-morais da pessoa humana, sendo, por isso mesmo, o mais fundamental de todos os direitos, condição sine qua non para o exercício dos demais. (CUNHA JUNIOR, 2015, p.549).

Nesse diapasão é que seguiremos o estudo, considerando as vertentes da condição humana além da letra do texto legal, que não capta a essência do caso concreto e não prevê todas as possibilidades cabíveis advindas da capacidade de decisão do homem.

A vida, embora tutelada pelo texto constitucional, não é um direito absoluto, e percebemos isso com as exceções expressas, inclusive nesse mesmo texto constitucional, notadamente no art. 5º, XLVII, “a”, que dispõe a regra sobre não haver pena de morte salvo em casos de guerra declarada.



Fora dos limites expressos da Constituição Federal existe a previsão de outras exceções ao direito à vida, quais sejam, excludentes de ilicitude e aborto legal, ambos disposto no Código Penal Brasileiro.

Conforme disposto no art.23 do CP, amparado por uma das hipóteses previstas em seus incisos, o agente que praticar o ato que atente contra a vida não será penalizado uma vez que o legislador dispôs sobre circunstâncias em que não pode se exigir de um ser humano que ofereça sua vida em sacrifício embasado no princípio em análise.

Art.23 – Não há crime quando o agente pratica o fato:

- I- em estado de necessidade;
- II- em legítima defesa;
- III- em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. (BRASIL, 1940)

Essas hipóteses nos remetem a outro significado do direito à vida, qual seja, a vida digna. Estar vivo não significa, por si só, que o ser humano usufrui dela com dignidade. Pensando nisso o legislador trata como exceção essa vertente onde a vida, quando comparada a outra, não pode ser mensurada.

O aborto, por exemplo, no caso de estupro, é permitido para que se resguarde o princípio da dignidade da pessoa humana aplicado a gestante. Embora esse ato em outro contexto seja considerado crime, nessa circunstância a preocupação é de manter a vida digna da mulher que já sofreu danos psicológicos em demorado.

Nas palavras sempre oportunas de Nathalia Masson temos:

No que se refere à proteção da vida digna, que expande o conceito de viver para além da simples subsistência física, temos uma íntima e indissociável relação com a dignidade da pessoa humana (...) resguardar a vida com dignidade é tarefa multifacetária, que exige que o Estado assegure ao indivíduo o acesso à bens e utilidades necessárias para uma vida apropriada. (MASSON, 2015, p.213).



Assim, como veremos a seguir, o direito à vida bem como a dignidade da pessoa humana, são inerentes um ao outro para que se possa falar em vida digna, capaz de refletir a essência do que esperou o legislador ao implementar essas garantias no ordenamento jurídico vigente.

2. PROTEÇÃO INFRACONSTITUCIONAL DO DIREITO A VIDA

O ordenamento jurídico brasileiro possui normas gerais e específicas sobre a proteção do direito à vida. Além da previsão constitucional que dá roupagem de garantia fundamental a esse direito, temos ainda o Código Penal, tratando dos crimes contra a vida, e a Lei dos Crimes Hediondos, que tem inserido em seu rol o homicídio, em sua forma qualificada, que é tratado com maior severidade ante seu grau elevado de impudor.

O Pacto de San José da Costa Rica, em que o Brasil faz parte também protege à vida como bem valioso e importante que o ser humano possui. Traz, ainda, em seu bojo, em seu artigo 4º essa definição:

Artigo 4º - Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

Fica demonstrado que não somente em nosso ordenamento jurídico zelamos pela vida, mas também nos tratados internacionais. Importante lembrar que o Brasil é um país pacífico, que defende a paz com rigor, tomando outras medidas em casos excepcionais como, por exemplo, guerra declarada.

2.1 Homicídio



Falar sobre homicídio é problemática bastante clichê nas pesquisas acadêmicas, isto porque o crime em questão não é novidade alguma.

O próprio texto bíblico dispõe sobre o primeiro fratricídio conhecido, que foi a morte de Abel pelas mãos do seu irmão Caim. Fazendo a devida atualização para o ordenamento jurídico brasileiro, teríamos, pela nossa legislação, o crime de homicídio com a qualificadora do motivo fútil. Genesis 4:8: “Disse, porém, Caim a seu irmão Abel: “Vamos para o campo”. Quando estavam lá, Caim atacou seu irmão Abel e o matou.”

Ainda no âmbito cristão, podemos citar que a prática do delito, antes de haver um regulamento, surge como um dos dez mandamentos de Deus (Exôdo 20:13) “não matarás” e, embora um Estado laico, onde até o ateísmo é aceito, os ensinamentos escritos à Moisés estão além de crenças, mas de atos humanos, leis que mesmo sem tipificação deveriam ser seguidas pelos homens por serem condutas éticas e morais.

O homem, entretanto, não se deixa guiar por normas que limitam suas condutas. Não. Aqueles que respeitam as regras impostas as seguem por ser intrínsecos a eles fazer o que é certo. O homem, ser racional, diferente de qualquer outra espécie vivente, age conduzido por seu extinto, igual a qualquer animal.

Usando as palavras de Magalhães Noronha (2004, p.20) que, em nosso cotidiano jurídico já é considerado um dito popular “o direito penal surge com o homem e o acompanha através dos tempos, isso porque o crime, qual sombra sinistra, nunca dele se afastou”. Essa definição, embora usada para definir um ramo do direito, não obsta sua aplicação à essência humana. A sombra sinistra dita pelo autor encimado são os pensamentos obscuros capazes de serem formados na mente de qualquer indivíduo, bastando as circunstâncias certas.

Já no âmbito do ordenamento jurídico hodierno, o homicídio trata-se de crime pelo qual uma pessoa interrompe a vida de outra com ou sem intenção. Tipificado não só no Código Penal, mas também presente no rol dos crimes



hediondos, quando for qualificado, crimes estes, tratados com mais rigor pela Lei. Nas palavras de Nucci o fim da vida “ocorre com a morte encefálica, que acarretará, inexoravelmente, a cessação das funções circulatórias e respiratórias” (2014, P. 510).

O Código Penal brasileiro foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, de maneira a respeitar seus princípios e garantias, dentre eles, o direito à vida.

Nesse sentido é que, no que tange aos crimes contra a vida, os que a interrompem são os considerados de maior gravidade.

O homicídio é condenado, em sua forma simples, com a pena de 06 a 20 anos, conforme artigo 121 do CP.

A lei 8.072/1990, Lei dos Crimes hediondos, traz em seu rol o homicídio, na sua forma qualificada, reafirmando a significância que ordenamento jurídico dispensa à vida. Importante salientar que o homicídio existe nas modalidades culposa e dolosa, o que diminui ou aumenta a pena de acordo com a forma do ilícito penal.

Importante trazer a baila que na Constituição vigente, não encontramos pena de morte para os que praticam o crime de homicídio, ainda que em sua forma qualificada, embora tal conduta traga muito mais repúdio social do que qualquer outra. Podemos notar a proteção que a Constituição atual assegura a toda nação, ainda quando os agentes cometem tal atrocidade.

Conhecida como constituição cidadã ela assegura o bem estar de todos, dando oportunidade para aqueles que cometerem o crime tipificado no art. 121 do Código Penal ter uma nova chance de se ressocializar na sociedade.

2.2 Infanticídio

Trata-se de crime onde a mãe comete homicídio contra o próprio filho durante o parto ou logo após, sob o puerpério. Portanto, a morte do feto é extrauterina, em momento posterior ao parto. A lei é omissa em relação a esse



tempo, não se sabe mensurar o período que ocorre o estado puerperal, fala-se em dias ou até semanas, mas não se tem uma exatidão. A medicina, a título ilustrativo, informa que a depressão pós-parto é uma espécie de estado puerperal e que, nesse caso, pode até durar anos.

A par disso, encontra-se no Congresso Nacional um projeto de lei, com a intenção de transformar o infanticídio em homicídio privilegiado. O tipo penal inscrito no art. 123 seria, a partir da reforma, a eutanásia.

Ademais recorda Magalhães Noronha que em outrora, se previa penalidades desumanas como cozer o condenado em um saco com um cão, um galo, uma víbora, e uma macaca, lançando-o ao rio.

Tanto o art. 121, como o art. 127 discorrem sobre dois crimes contra a vida. Entretanto, no crime de infanticídio trata-se de tipo penal próprio, sendo, portanto, um homicídio privilegiado como dito pela maioria da doutrina e como planejado na reforma acima mencionada do Código Penal.

Conforme dito por Rogério Sanches Cunha, em manifestação soberba: “infanticídio é o homicídio praticado pela genitora contra o próprio filho, influenciado pelo estado puerperal, durante ou logo após o parto”. (CUNHA, p. 95, 2007).

Estado puerperal nas palavras de Guilherme De Souza Nucci (2013, p.665, apud, CUNHA, 2007, p.98):

É o estado que envolve a parturiente durante a expulsão da criança do ventre materno. Há profundas alterações psíquicas e físicas, que chega a transtornar a mãe, deixando-a sem plenas condições de entender o que está fazendo. É uma hipótese de semi-imputabilidade que foi tratada pelo legislador com a criação de um tipo especial. O puerpério é o período que se estende do início do parto até a volta da mulher às condições pré-gravidez. (NUCCI, 2013, p.665, apud, CUNHA, 2007, p.98)

Diante da inteligência da doutrina pode-se concluir que o crime de infanticídio, a condição “sine qua non” para sua caracterização é que a mulher,



no caso a mãe, do infante esteja em estado puerperal. Nesse caso, o crime estará caracterizado, na forma da lei.

Vejamos a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ERRO DE TIPO. CRIME IMPOSSÍVEL. CONTROVÉRSIA. HOMICÍDIO AFASTADO. INFANTICÍDIO. COMPROVADA INFLUÊNCIA DO ESTADO PUERPERAL NA CONDUTA DA MÃE. DESCLASSIFICAÇÃO NECESSÁRIA.

Existindo fortes indícios de que a acusada agiu com 'animus necandi', não há como acolher, de plano, a tese de erro de tipo, razão pela qual deverá a acusada ser submetida a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Se a prova dos autos, inclusive a de natureza pericial, atesta que a recorrente matou o seu filho, após o parto, sob a influência de estado puerperal, imperiosa a desclassificação da imputação de homicídio qualificado para que a pronunciada seja levada a julgamento pelo cometimento do crime de infanticídio (artigo 123 do Código Penal).

O tipo penal de homicídio foi desqualificado conforme exposto no início do tópico, evidenciando a situação em que a mãe agiu influenciada pelo estado pós-parto – puerperal. Nesse sentido, amparada pela perícia, podemos notar que o crime disciplinado no Código Penal Brasileiro de fato existe, não é mero instrumento de defesa para mitigar a pena do homicídio.

3. TRATAMENTO DO ABORTO NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

No que tange ao crime de aborto, embora tipificado pelo Código Penal brasileiro, paira grande polêmica sobre o assunto. Apesar de criminalizada essa conduta, alguns estudiosos afirmam que o feto, por estar intrínseco ao corpo da mulher, esta pode dispor dele por direito.

O que podemos extrair da obra de Estefam:

(...) o aborto é praticado em larga escala como recurso contra gravidez indesejada. Pesquisas recentes revelam o número assustador de abortos praticados no Brasil, sendo, entretanto, escassos os números dos casos que chegaram ao



conhecimento da justiça. Essa cifra negra é, o numero de casos que permanecem oficialmente desconhecidos, indicam que o aborto é uma das maneiras mais eficazes que com frequência se empregam para restringir a natalidade. (ESTEFAM, 2017, p.181).

A Constituição Federal, embora respeite e garanta a livre expressão do pensamento, também protege a vida como bem maior do ser humano.

O aborto, como conhecemos, por mais celeuma que o assunto possa causar, é, indubitavelmente, a interrupção de uma vida. Nas palavras de Mirabete (2001, p.93) é possível e compreender a Carta Magna em todo seu conservadorismo:

Aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção (...). O aborto pode ser espontâneo ou natural (problemas de saúde da gestante), acidental (queda, atropelamento, etc.) ou provocado (aborto criminoso). (MIRABETE, 2001, p.93).

O encimado autor ainda esmiúça o aborto criminoso, apontando causas econômicas, moral e individual para o delito. É fato que os casos são subjetivos e o intuito não é generalizar a ocorrência do tipo penal, mas é importante, também, respeitar o que o ordenamento jurídico que nos rege, determina.

O Código Penal trata do aborto nos arts. 124 a 128, punindo não apenas a mãe que decide não gerar o feto, mas também qualquer pessoa que auxilie na interrupção da gravidez, seja de forma consensual ou não.

Como crime doloso que é, exige que o agente queira o resultado ou que assuma os riscos de produzi-lo, de maneira que não há que se falar em sua modalidade culposa.

Conhecida como Constituição Cidadão, a de 1988 se preocupa não apenas com a vida em sua literalidade, mas também com sua dignidade. Uma vida digna é escopo no ordenamento jurídico brasileiro, e veremos como está disposto no tópico a seguir.



3.1 Do Aborto Necessário

Como dito no decorrer desse estudo, o aborto é considerado crime em nosso país. Todavia, o legislador não ficou inerte ante possibilidades onde a gravidez cause danos físico e/ou psicológicos a gestante.

Nos termos do que dispõe o Código Penal, em alguns casos o aborto não é penalizado. Nesse exposto sentido, vejamos a redação do art. 128, a seguir transcrito:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (BRASIL, 1940)

A nova concepção constitucional para o anencéfalo através de decisão do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 – ADPF 54/DF assevera ser inconstitucional os artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro se tratando de anencefalia, motivo pelo qual, não há expectativa de vida após o parto. A Constituição vigente é extremamente rígida se tratando da vida. Relato dos médicos especialistas em anencefalia e das mães que geraram filhos anencéfalos foi de extrema importância para que a Suprema Corte declarasse constitucional o aborto em tal circunstância.

Tendo em vista, ainda, o princípio da dignidade da pessoa humana, é possível entender a decisão do Supremo. A vida é um bem precioso, é um direito, não um dever. É pressuposto para as demais garantias, mas não significa que sem os demais direitos será plena. Embora intrínseca a tudo, a vida precisa ser digna, com liberdade de ir e vir, de se expressar, de fazer escolhas.



Sendo assim, como o ordenamento jurídico poderia impor aos familiares, principalmente a mãe, que se sujeite a uma situação em que, paulatinamente o sofrimento lhe tira as esperanças e deturpa seu psicológico?

Nesse sentido, acertadamente o STF se manifestou, posicionando-se a favor da vida sem impor que uma vala mais que a outra e, assim, abrindo caminhos para novas esperanças mesmo em meio ao sofrimento da situação.

(...) A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher.

(...) Os tempos atuais, realço, requerem empatia, aceitação, humanidade e solidariedade para com essas mulheres. Pelo que ouvimos ou lemos nos depoimentos prestados na audiência pública, somente aquela que vive tamanha situação de angústia é capaz de mensurar o sofrimento a que se submete. Atuar com sapiência e justiça, calcados na Constituição da República e desprovidos de qualquer dogma ou paradigma moral e religioso, obriga-nos a garantir, sim, o direito da mulher de manifestar-se livremente, sem o temor de tornar-se ré em eventual ação por crime de aborto. (ADPF 54, 2012)

Nesse sentido podemos analisar o voto do Desembargador Guilherme de Souza Nucci, Presidente da Décima Sexta Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça paulista, ao analisar o recurso nº 1000337-79.2016.8.26.0076 sustentando a constitucionalidade da interrupção de feto anencéfalo, pedido este que foi acatado pelos demais colegas da Colenda Câmara, conforme se destaca adiante:

VOTO Nº. 14.848

Autorização judicial para interrupção de gravidez. Feto anencéfalo. Pedido negado em 1ª instância. O magistrado sentenciante não autorizou o aborto, por entender inexistir previsão legal, contemplando a lei hipóteses taxativas. Artigo 128, do Código Penal. Insurgência defensiva. Laudos médicos conclusivos. Fechamento do tubo neural, com ausência quase total da calota craniana. Feto comprovadamente anencéfalo. Aborto permitido. Exceção à proibição do chamado aborto eugênico. Decisão proferida pelo STF, na ADPF 54, por meio da qual se autorizou o aborto de anencéfalo, reconhecendo não



haver vida passível de tutela penal, diante de inviabilidade integral de sobrevivência do ser nascido, quando desprendido da gestante. Dignidade da pessoa humana. Interrupção autorizada, caso ainda seja de interessa da postulante. Recurso provido. (NUCCI, 2016)

Com supedâneo no presente estudo, podemos concluir que ao analisar o julgamento pelo STF na ADPF 54 e pelo voto dado pela Colenda Câmara, deve se sobressair a vontade da mãe em optar por interromper o parto, tendo em vista, o prestígio da dignidade da pessoa humana deve resplandecer ao qual o legislador nos arts. 124 a 126 do CP entendi ser conduta criminosa.

4. A DOAÇÃO DE ÓRGÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Doação de órgãos é ato nobre que provém da doação espontânea de parte do corpo humano para salvar uma vida, podendo ser doador a pessoa que está viva, bem como autorizada por esta em vida, ou parente próximo, para dispor logo após a sua morte. O Brasil é um dos países mais qualificados para o transplante de órgãos e referência no mundo. Conforme a Lei nº 9.434, promulgada no dia 04 de fevereiro de 1997, em seu art. 2º., que expressamente enuncia:

Art. 2º A realização de transplante ou enxertos de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano só poderá ser realizada por estabelecimento de saúde, público ou privado, e por equipes médico-cirúrgicas de remoção e transplante previamente autorizados pelo órgão de gestão nacional do Sistema Único de Saúde. (BRASIL, 1997).

Muito se fala em doação de órgãos, porém o número de doador ainda é baixo em relação a quantidade de pessoas em fila de espera. Isso porque as pessoas ainda não têm o habito de conversar com seus parentes em vida para falar sobre o assunto, dependendo da família para que venha a tomar decisão



na iminência da perda do ente que, em regra, não conheciam a vontade do falecido e acabam optando em não fazer a doação.

Vale ressaltar, também, que há diferença entre a doação e a transfusão, o primeiro, como já dito, consiste, conforme Lemos (2018), na “transplantação de órgão é o procedimento cirúrgico que consiste na retirada de um órgão ou tecido de um doador vivo ou morto para implanta-lo num receptor”, já o segundo é transferir o sangue de um doador para o sistema circulatório de um receptor.

Importante trazer a baila que para realização de transplante de órgão no Brasil o Sistema Único de Saúde deve autorizar o procedimento como dito em seu art. 2º da Lei de Transplante de Órgãos citado em epígrafe.

No tocante ao transplante em crianças, diferente do que ocorre com um adulto que pode receber os órgãos de outra pessoa sendo da mesma faixa etária de idade ou diferente, a criança via, de regra não pode. Levando em conta que os órgãos da criança são pequenos só sendo possível a doação por outra criança de igual idade. Isso acaba dificultando o procedimento de transplante infantil que por sua vez é alta a necessidade.

Nesse contexto podemos entender a importância de ser um doador, já que a doação não é apenas de um órgão, mas sim de esperança para aqueles que estão prestes a perdê-la.

Lembrando que em nosso ordenamento jurídico não há burocracia, basta em vida expor a vontade para sua família dizendo que deseja ser doador, ademais, para fins de doação para pessoas que não são da mesma família é necessário ordem judicial, aprovação da Comissão de Ética do hospital transplantador e da CNCDO (Central de Notificação Captação e Doação de órgãos), assim como de comunicação ao Ministério Público.

5. A INTERVENÇÃO ESTATAL NA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS DO ANENCÉFALO



Nos termos do que dispõe a ADPF 54/2012, o STF entendeu que a prática da interrupção da vida do feto anencéfalo não viola o direito à vida previsto na Constituição Federal, tampouco há que se falar na punibilidade do ato conforme previsão do Código Penal.

O anencéfalo, como já discutido acima, não possui expectativa de vida uma vez que não tem a formação completa do cérebro. Por esse motivo é que a Corte Suprema decidiu pela dignidade da pessoa humana quanto a vida da gestante, que não deve ser obrigada a manter a gravidez sabendo que o feto gerado não se desenvolverá o suficiente para que sobreviva.

Compreendido esse pesaroso fato, o presente estudo vem tratar da possibilidade de, em meio ao caos da situação, gerar um pouco de esperança e, nesse diapasão é que surgiu a ideia da coercibilidade do Estado impor a gestante que optar pela continuação da gravidez do anencéfalo, a doação de seus órgãos aptos aos transplantes, imediatamente após sua morte atestada por uma junta clínica a ser designada pelo magistrado.

A ideia do STF ao permitir a interrupção do parto do anencéfalo é para proteção da dignidade, liberdade e autonomia da mãe. A partir do momento em que esta opta por prosseguir com a gestação até a parição, tendo em vista a grande necessidade de órgãos em doação para recém-nascidos, o Estado, como garantidor dos direitos fundamentais, prezando pela vida, deve intervir e determinar que os órgãos da criança com anomalia cerebral sejam destinados a salvarem vidas de crianças que, sem a doação, não sobreviveriam.

A imposição não viola os direitos da mãe, pois será ela a optar pela continuação da gravidez e, assim, não serão desrespeitados os direitos intrínsecos a sua vida. A interrupção foi permitida pois a proteção à vida não mensura seu valor.

Nesse diapasão, valiosa é a fala do Ministro Marco Aurélio em seu voto na ADPF 54:



(...) Inescapável é o confronto entre, de um lado, os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e, de outro, os interesses de parte da sociedade que deseja proteger todos que a integram – sejam os que nasceram, sejam os que estejam para nascer – independentemente da condição física ou viabilidade de sobrevivência. (AURÉLIO, 2012)

O interesse social de proteção a todo ser que possa ter expectativa de vida é tão relevante que, ao propormos a doação dos órgãos da criança anencéfala gerada por vontade da mãe, o escopo é a proteção da vida das demais crianças que, com o transplante obrigatório, desde que comprovada a morte e inviabilidade do feto por uma equipe nomeada pelo juiz, poderão ter suas vidas salvas.

O próprio Código Penal permite hipóteses em que a retirada de uma vida não será punida, e por esse motivo chegou-se ao entendimento da ADPF 54, resguardando a vida digna da gestante, quanto a sua decisão de gerar o feto até o final da gravidez. Todavia, embora não seja do mesmo sangue da gestante do anencéfalo, muitas crianças lutam pela sobrevivência até que lhe sejam direcionados órgãos. Assim, uma vez que não mensuramos o valor de uma vida em face de outra, é importante a responsabilidade de distinguir quando zelar e proteger uma vida, e esse é o dever do Estado.

6. PROJETO DE LEI TRATANDO DA INTREVENÇÃO ESTATAL NA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS DA CRIANÇA ANENCÉFALA

PROJETO DE LEI

Dá nova redação ao art. 128 do Decreto-Lei No 2.848, de 7 de dezembro de 1940, inserindo novo inciso ao dispositivo.

O Congresso Nacional decreta:



Art. 1º. Dê-se nova redação ao art.128 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, inserindo novo inciso ao dispositivo.

Interrupção da Gravidez nos casos de anencefalia

I – se comprovada situação de anencefalia do feto, através de laudo pericial formalizado por equipe a ser indicada pelo juiz, com a declaração expressa de causa de inexistência de expectativa de vida.

Obrigatoriedade da Doação de Órgãos do Anencéfalo

Art.128-A - Optando a gestante por levar a gravidez do feto comprovadamente anencéfalo até seu final, os órgãos da criança, após a comprovada morte, atestada por declaração de equipe médica, a ser nomeada por um juiz de direito, seus órgãos em condições de uso por outras pessoas serão destinados à doação imediata.

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

.....

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do presente estudo foi a análise da situação da gravidez de feto anencéfalo com posterior projeto de lei que ampare a doação de seus órgãos quando a genitora desejar prosseguir com a gestação.

Embora o intuito não seja o de polemizar a possibilidade da intervenção estatal na doação de órgãos do anencéfalo, é solar que a temática é complexa e possui visões contraditórias quanto aos direitos fundamentais, todavia, o que se almeja com a sugestão legal é tornar viável a doação de órgãos para que crianças com expectativa de vida mitigada pela necessidade do transplante possam realmente usufruir desse direito intrínseco ao ser.



REFERÊNCIAS

BRASIL. CÓDIGO PENAL. DECRETO-LEI DE 1.940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 30 de setembro de 2019.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPÚBLICA DE 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 28 de outubro de 2019.

BRASIL. **Lei 8.072/90**. Dispõe sobre os crimes hediondos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em 28 de outubro de 2019.

BRASIL. **Lei Nº 9.434/97**. DISPÕE SOBRE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS DO BRASIL. Disponível em site <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm> acesso em 08 de out de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianticiastf/anexo/adpf54.pdf>. Acesso em 23 de agosto de 2019.

BRASIL. Tribunal De Justiça de Minas Gerais. **Recurso em Sentido Estrito. Processo 1.0702.04.170251-6/001**. Relator: Desembargador Renato Martins Jacob. Minas Gerais, 16 de abril de 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Recurso de Apelação nº 1000337-79.2016.8.26.0076**. Relator: Desembargador Guilherme de Souza Nucci. São Paulo, 20 de setembro de 2016.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em: 16 de out. de 2019.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 9.ed. Salvador: Editora jusPODIVM, 2015. 549p.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**. 9.ed. Salvador: Editora jusPODIVM, 2017.



ESTEFAM, Andre. **Direito Penal Parte Especial (arts.121 a 234-B)**. 4.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

GENÊSIS. **Bíblia Sagrada NVI**. Disponível em <https://www.bibliaonline.com.br/nvi>. Acesso em: 24 de out. de 2019.

EXÔDO. **Bíblia Sagrada NVI**. Disponível em <https://www.bibliaonline.com.br/nvi>. Acesso em 24 de out. de 2019

LEMOS, Guilherme. **Os 20 Anos da Lei De Transplantes de Órgãos do Brasil**. Disponível em www.youtube.com/watch?v=yrqXIRg4JpA. Acesso em 18. set. 2019.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 3.ed. Salvador: Editora jusPODVM. 2015.

MIRABETI, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NORONHA, Magalhães. **Direito Penal Introdução e Parte Geral**. 38.ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10.ed. São Paulo: Editora Forense, 2014.