**TRÁFICO DE ÓRGÃOS, PATERNALISMO JURÍDICO E DIREITO
À INTEGRIDADE MORAL: A DIGNIDADE HUMANA TEM PREÇO?
TRÁFICO DE ÓRGANOS, PATERNALISMO JURÍDICO Y DERECHO
A LA INTEGRIDAD MORAL: ¿LA DIGNIDAD HUMANA TIENE PRECIO?**

*Gisele Mendes de Carvalho*¹

*Karla Jezualdo Cardoso*²

Resumo: O presente artigo tem por escopo analisar a Lei 9.434/1997, que regulamenta os transplantes de órgãos, tecidos e partes do corpo, especialmente quanto à responsabilidade jurídica pela realização dos mesmos, e alguns pontos polêmicos dessa legislação, relativos à possível legalização do comércio de órgãos humanos. Para tanto, o trabalho faz um conciso esboço sobre os direitos da personalidade, enfatizando o direito à vida e a integridade física, frente ao direito pessoal de disposição ao próprio corpo e seus limites legais, constantes do art. 13 do Código Civil. É apresentado breve delineamento histórico da legislação, especificamente quanto à problemática da legitimidade do consentimento para a doação *post mortem*. O artigo dedica-se ainda a apurar a possibilidade um certo traço de paternalismo jurídico na legislação nacional, que limita o exercício da autonomia pessoal, com vistas à proteção da integridade física. O foco principal é encontrar o fundamento da proibição do tráfico de órgãos, tecidos e partes do corpo humano no Brasil, e se este fundamento pode justificar a atitude paternalista (e, para alguns, moralista) do legislador. Por fim, a análise aos artigos que abrangem as condutas tipificadas na Lei 9.434/97 como crime, demonstra que a intenção do legislador ao incriminar o tráfico de órgãos não foi uma simples proteção paternalista da integridade física, e tampouco a tutela da saúde pública, mas sim o resguardo da própria dignidade humana, concretizada especificamente em um novo e importante direito da personalidade: a integridade moral do ser humano, que ao ser tratado como coisa perde sua própria essência, colocando em risco a dignidade da humanidade como um todo.

Palavras-chave: transplantes de órgãos; tráfico de órgãos; integridade física e moral; consentimento.

Resumen: El presente artículo tiene la finalidad de analizar la Ley 9.434/1997, que reglamenta los trasplantes de órganos, tejidos y partes del cuerpo humano, especialmente en cuanto a la responsabilidad jurídica por la realización de los mismos, y algunos puntos polémicos de esta legislación, relativos a la posible legalización del comercio de órganos humanos. Para ello, el trabajo hace un conciso estudio de los derechos de la personalidad, destacando el derecho a la vida y a la integridad física, ante el derecho personal de disposición del propio cuerpo y sus límites legales, constantes del art. 13 del Código Civil. Se presenta un corto delineamiento histórico de la legislación, específicamente en cuanto a la problemática de la legitimidad del consentimiento para donación *post mortem*. El artículo se dedica asimismo a apurar la posibilidad de un cierto rasgo de paternalismo jurídico en la legislación nacional, que limita el ejercicio de la autonomía personal, con el fin de protección de la integridad física. El principal foco es encontrar el fundamento de la prohibición del tráfico de órganos, tejidos y partes del cuerpo humano en Brasil, y si este fundamento puede justificar la actuación paternalista (para

¹ Doutora e Pós-Doutora em Direito Penal pela Universidad de Zaragoza, Espanha. Professora da Universidade Estadual de Maringá (UEM) e do Centro Universitário de Maringá (CESUMAR).

² Bacharel em Direito e Mestranda pelo CESUMAR. Advogada. Especialista em Direito Constitucional (IDCC).

algunos, moralista) del legislador. Por fin, el análisis de los artículos que tipifican algunas conductas como crimen demuestra que la intención del legislador al incriminar el tráfico de órganos no ha sido una mera protección paternalista de la integridad física, y tampoco de la salud pública, sino el resguardo de la propia dignidad de la persona, concretada específicamente en un nuevo e importante derecho de la personalidad: la integridad moral del hombre, que al tratarse como cosa pierde su propia esencia, colocándose en riesgo la dignidad de la humanidad en general.

Palabras-clave: trasplantes de órganos; tráfico de órganos; integridad física y moral; consentimiento.

1 INTRODUÇÃO

A liberdade individual é um dos bens mais preciosos que possui o ser humano. No entanto, constata-se que o direito de disposição do próprio corpo encontra limites quando conflitante com outros direitos da personalidade, que são fundamentais à sua própria subexistência, como a vida e a integridade física, não se olvidando ainda a dignidade da pessoa humana, princípio basilar do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF).

Observe-se, porém, que as características de indisponibilidade e intransmissibilidade da integridade física são relativas, posto que o ordenamento jurídico brasileiro, no art. 13 do Código Civil, permite a autolesão nos casos em que não sejam contrários aos bons costumes, e quando a mesma não importar diminuição permanente da integridade física, ou para fins de transplante, conforme legislação vigente.

Destarte, embora o procedimento de transplantes de órgãos, tecidos e partes do corpo³ seja praticado entre pessoas desde tempos remotos, a sua legalidade é muito recente no País, pois se trata de assunto disciplinado constitucionalmente, conforme o art. 199, § 4º, da Constituição Federal, e é atualmente normatizado pela Lei 9.434 de 1997, que apresenta uma considerável evolução nessa realidade frente às leis que antes trataram deste tema.

Imprescindível a abordagem desse tema, tendo em vista que embora todos busquem uma vida longa, saudável, e a princípio sejam favoráveis à doação de órgãos, escassos são os consentimentos para doação em prol da grande quantidade de pacientes que correm risco de morte, na longa lista única de espera existente no Brasil.

³ A palavra “transplante” vem do verbo transplantar, que significa transferir órgão, ou porção deste, de um indivíduo morto ou vivo para outro indivíduo. Sua origem vem da junção da preposição latina “trans” (além de, para lá) e “plantare” (plantar, semear). Os *implantes*, por sua vez, são realizados com material não-orgânico (ex., fios sintéticos de cabelo). Os *autotransplantes* são aqueles realizados com partes do próprio corpo (p. ex., pontes de safena), enquanto os *homotransplantes* são feitos entre diferentes pessoas e os *heterotransplantes* (ou *xenotransplantes*) implicam a transferência de órgãos ou tecidos entre o homem e um animal (p. ex., válvulas cardíacas de boi). Vide, a respeito, CARNEIRO, Eliana Faleiros Vendramini. Transplante de Órgãos. In: GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (Coords.). *Legislação penal especial*. São Paulo: RT, 2010, p. 1136-1137.

Com o início das realizações de transplantes de órgãos e tecidos no País e as antigas legislações que pouco normatizavam a respeito, diversos foram os crimes cometidos contra a vida e integridade física da pessoa humana para a remoção e comercialização de órgãos humanos, o que resultou em medo e insegurança da sociedade. Por outro lado, diante da cada vez maior lista de espera, algumas vezes se levantam em prol de um debate a respeito da possibilidade de legalização da compra e venda de órgãos no Brasil⁴.

Nesse sentido, resulta importante a elucidação sobre os limites da Lei 9.434/1997, com vistas a aprofundar o conhecimento sobre a nova sistemática de normatização da referida legislação, apresentando suas problemáticas e esclarecimentos sobre a morte encefálica, a validade e legitimidade do consentimento do doador ou de seus familiares, entre outros requisitos de cumprimento obrigatório, que, inclusive, se forem desrespeitados, são tipificados como crime. Mas também necessário se faz questionar se, tendo em conta o respeito à autonomia pessoal, por um lado, e à dignidade humana, por outro, estariam corretos aqueles que defendem uma intervenção mais tímida do legislador nesta seara, com vistas a autorizar o comércio de órgãos no País. Sobre todos esses interessantes pontos tratar-se-á a seguir.

2 OS TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS EM FACE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E O PATERNALISMO JURÍDICO

2.1 Os direitos da personalidade e a tutela jurídica da integridade física

Os direitos da personalidade são direitos subjetivos da pessoa desde a sua existência, que objetivam proteger os bens e os valores essenciais do indivíduo, seja no plano físico, moral ou intelectual, resguardando a dignidade da pessoa humana.

Para Antônio Chaves, são características dos direitos da personalidade:

(serem) direitos originários ou inatos, por se adquirirem pelo simples nascimento; são, em princípio, direitos subjetivos privados, correspondendo aos indivíduos como simples seres humanos; são absolutos ou de exclusão, tendo em vista a sua oponibilidade *erga omnes*; são pessoais, ou melhor, extrapatrimoniais; são intransmissíveis e não suscetíveis de disposição pelo titular. São irrenunciáveis e imprescritíveis⁵.

⁴ Vide, por exemplo, SCHWARTZMAN, Hélio. Mercado de órgãos. *Folha de S. Paulo*. <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaio/41535-mercado-de-orgaos.shtml>. Acesso em: 8 maio 2012. O argumento, porém, não é recente. Já na década de 70 salientava Jesse DUKEMINIER que a necessidade constante de se contar com uma fonte de tecidos e órgãos para a realização de transplantes constitui um argumento prático em favor da onerosidade (vide *Supplying organs for transplantation*. *Michigan Law Review*, n. 5, 1970, p. 68-84).

⁵ CHAVES, Antônio. *Lições de Direito Civil*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 168.

Em análise dessas características, pode-se observar que são direitos ínsitos a pessoa humana, de modo que o próprio titular dos mesmos sofre limitações ao seu exercício, tendo em vista que, salvo os casos previstos em lei, são intransmissíveis, pela impossibilidade de serem deslocados à esfera jurídica de outrem, irrenunciáveis, porque não pode haver renúncia de forma absoluta e irreversível, e indisponíveis, não podendo o seu titular deles dispor (art. 11 do Código Civil).

Em síntese, são direitos fundamentais que o indivíduo tem sobre si mesmo, existindo a partir do nascimento com vida, para só se extinguirem com sua morte, valendo ressaltar que alguns deles são protegidos até mesmo após a morte do seu titular, como ocorre com o direito autoral, o direito à honra e o direito a partes separadas do próprio corpo, entre outros⁶.

Dentre todos os direitos personalíssimos, o direito à vida, que tem garantida sua inviolabilidade na Constituição Federal, art. 5º, *caput*, tem importância primordial, por ser essencial ao ser humano, e por dele dependerem todos os demais direitos da personalidade.

Nesse sentido, são ilustrativas são as palavras de Zulmar Fachin:

A vida, protegida pela Constituição, é a vida humana. Mais do que isso: a vida humana vivida com dignidade. A vida é o bem mais precioso da pessoa humana. Somente quem a tem pode exercer direitos. Logo, o direito à vida é um pressuposto para o exercício dos direitos fundamentais protegidos pelo ordenamento jurídico de um País.⁷

Além do direito à vida digna, também é reconhecido como direito da personalidade o direito à integridade física, sintetizado por Ana Cláudia Pirajá Bandeira do seguinte modo:

O direito à integridade física decorre do reconhecimento jurídico do interesse que cada indivíduo e a sociedade têm, em princípio, de manter, sem diminuições e alterações, as qualidades inerentes à pessoa. Trata-se de um direito essencial da pessoa, por ser um direito de personalidade. Busca-se a proteção à intangibilidade do sujeito, desde o começo até o término da vida, advindo daí ser o direito à integridade corporal um bem em si, protegido pelo Direito⁸.

A integridade física possui todas as características comuns aos direitos da personalidade. No entanto, sua inviolabilidade e indisponibilidade são relativas, pois o ordenamento jurídico, especificamente no art. 13, do Código Civil, salvo por exigência médica, repele as agressões corporais que importarem diminuição permanente da integridade física ou que contrariarem os bons costumes.

⁶ RODRIGUES, Ivana Bonesi. *Responsabilidade Civil por Danos Causados aos Direitos da Personalidade*. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 02, nº 09, p.119-141, jan-mar de 2002.

⁷ FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Método, 2008, p. 227.

⁸ BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá. *A questão jurídica do consentimento no transplante de órgãos*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 77.

Além dos casos mencionados, este preceito possibilita a disposição do próprio corpo, mesmo que cause diminuição permanente, para fins de transplante entre pessoas vivas, com amparo constitucional no art. 199, §4º, CF, que delega à Lei 9.434/1997 a missão de dispor sobre a remoção de órgãos, tecidos e substâncias do corpo humano para tais fins, exceto quanto ao sangue, óvulo e espermatozoide, que são disciplinados por outros diplomas normativos⁹.

A Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos define o transplante como um procedimento cirúrgico que consiste na reposição de um órgão ou tecido de uma pessoa doente (receptor) por outro órgão normal de um doador, morto ou vivo. É um tratamento que pode prolongar a vida com melhor qualidade, ou seja, é uma forma de substituir um problema de saúde incontrolável por outro sobre o qual se tem controle¹⁰.

A tutela dos transplantes leva em consideração a integridade física, a liberdade e a solidariedade humanas¹¹, por isso permite-se somente a doação por pessoas vivas quando comprovada a indispensabilidade do transplante para o receptor, e, ainda, a doação somente de órgãos duplos (p. ex. rins), parte de órgãos regenerativos (p. ex. fígado) ou tecidos (p. ex. medula óssea, pele), e de partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e desde que não lhe represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável (art. 9º, § 3º, da Lei 9.434/97).

Nas doações *post mortem*, estas devem ser sempre precedidas do diagnóstico de morte encefálica, conceituado pela American Society of Neurobiology como:

o estado irreversível de cessação de todo o encéfalo e funções neurais, resultante de edema e maciça destruição dos tecidos encefálicos apesar da atividade cardiopulmonar poder ser mantida por avançados sistemas de suporte vital e mecanismos de ventilação.¹²

⁹ A Lei 10.205/2001 regula a doação de sangue humano, estabelecendo desde o princípio, em seu art. 1º, que “esta Lei dispõe sobre a captação, proteção ao doador e ao receptor, coleta, processamento, estocagem, distribuição e transfusão do sangue, de seus componentes e derivados, vedada a compra, venda ou qualquer outro tipo de comercialização do sangue, componentes e hemoderivados, em todo o território nacional, seja por pessoas físicas ou jurídicas, em caráter eventual ou permanente, que estejam em desacordo com o ordenamento institucional estabelecido nesta Lei” (grifou-se). A doação de gametas humanos (óvulos e espermatozoides) não possui regulação legislativa, mas é objeto da Resolução nº 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina, que em seu Capítulo IV, 1, determina que “a doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial”.

¹⁰ BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá, op. cit., p. 28.

¹¹ Do ponto de vista econômico, o custo de um transplante de rim, por exemplo, não chega à metade do valor que um paciente renal gasta anualmente com o seu tratamento. Por outro lado, do ponto de vista da solidariedade, considera-se que a realização de um transplante, indubitavelmente, supera qualquer previsão utilitária, pois o recebimento do órgão pode significar uma garantia de vida para o enfermo, ou aumentar consideravelmente suas expectativas, em detrimento da hemodiálise. Trata-se de uma autêntica reabilitação humana, familiar e social do doente (vide ROMEO CASABONA, Carlos M. *Los trasplantes de órganos*. Barcelona: Bosch, 1979, p. 12).

¹² SANTOS, Rita Maria Paulina dos. *Dos transplantes de órgãos à clonagem: nova forma de experimentação humana rumo à imortalidade?* Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 41.

Com a morte, extinguem-se a personalidade e os direitos a ela relativos. o termo final da vida humana foi por muito tempo identificado com a cessação das atividades pulmonares e da circulação sanguínea¹³. Todavia, os avanços operados na Medicina, mormente no campo da reanimação, e o desenvolvimento de aparelhos aptos a substituir as funções cardíaca e respiratória (os batimentos cardíacos passaram a ser estimulados e mantidos por marcapassos e a respiração foi substituída pela ventilação mecânica) demonstraram que essas atividades podem ser artificialmente mantidas durante longos períodos, o que levou à necessidade de se abandonar o conceito clássico de morte¹⁴. Destarte, teve lugar a elaboração do conceito de morte com lastro na extinção das funções cerebrais em sua totalidade (córtex cerebral e encéfalo). A morte encefálica requer a falência completa da atividade daquele órgão central – desse modo, lesões cerebrais, ainda que gravíssimas, como nos casos de inconsciência irreversível ou morte cortical, seriam insuficientes para sua decretação.

A morte encefálica consiste, portanto, na cessação definitiva das funções cerebrais e do tronco do encéfalo, independentemente do fato de que sejam artificialmente mantidas as atividades cardiorrespiratórias. A manutenção artificial das funções vegetativas só se justifica quando se visa conservar órgãos para transplantes e apenas durante o tempo estritamente necessário. Do exposto, ressaí que o próprio conceito legal de morte vem a corroborar a qualificação da vida humana como dependente de critérios valorativos, não sendo o corpo

¹³ De uma perspectiva histórica, tem-se que a primeira definição clássica dos signos do falecimento se deve a Hipócrates, que na obra intitulada *De morbis*, datada de 500 a.C., descreveu as sucessivas modificações operadas no rosto no período imediato após a morte, expressão que ficou conhecida como *facies hipocratica*. Entre os gregos, a morte era determinada pela parada cardíaca. O cristianismo trouxe a noção de que a morte viria sempre acompanhada pela ausência de respiração – o ser humano morria quando exalava seu último suspiro (pneuma). A primeira definição científica de morte, porém, só vem a lume no século XVII, quando François Bichat (*Recherche sur la vie et la mort*) afirma que o homem está morto no momento em que se verificam, simultaneamente, a cessação dos batimentos cardíacos, a ausência de movimentos respiratórios e a destruição traumática do sistema nervoso central – a denominada trípole de Bichat, na qual as funções vitais do organismo humano são sustentadas pelo coração, pulmão e cérebro. A partir de então, o estudos dos signos da morte foram em grande parte impulsionados pela necessidade de critérios fiáveis que indicassem com precisão o diagnóstico da morte. Na Europa, durante o século XVIII, eram frequentes os casos de enterramentos em vida. Tanto que em 1793, na Alemanha e na Itália, são criadas as chamadas câmaras mortuárias de espera. A partir do século seguinte, a práxis médica e a teoria jurídica cuidaram de assinalar os primeiros parâmetros do momento da morte, que fixavam o desaparecimento das funções circulatória e respiratória de forma definitiva como o sinal inconfundível da inviabilidade de restauração dos sinais vitais. Essa fórmula, que ficou conhecida por “conceito clássico de morte”, permaneceu inquestionável até meados da década de 60 (vide SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Transplante de órgãos e eutanásia: liberdade e responsabilidade*. São Paulo, Saraiva, 1992, p.07-09).

¹⁴ O critério decisivo para a substituição do conceito clássico foi o da reversibilidade do processo da morte cardiorrespiratória. Isso porque as diferentes células do corpo humano possuem prazos de reanimação diversos, vale dizer, o período de sobrevivência sem afluxo de sangue oxigenado varia segundo as diferentes espécies de células. Assim, o cérebro morre dentro de três a quatro minutos após a cessação da circulação (à exceção dos neonatos, cujo prazo de sobrevivência é de oito a quinze minutos); outros órgãos, como o fígado, o pulmão, a vesícula, o coração e os rins, resistem ainda de trinta a noventa minutos, enquanto que as córneas falecem em até seis horas. Essa diferença nos prazos de sobrevivência das diversas células faz com que uma reanimação tardia possa restabelecer a circulação e a respiração, enquanto o cérebro remanesce irreparável em todas as suas funções (vide LÜTTGER, Hans. *Medicina y Derecho Penal*. Trad. Enrique Bacigalupo. Madrid, Edersa, 1984, p.97 e ss.).

humano um mero repositório de órgãos e tecidos, uma vez que, ainda que conservadas funções biológicas (respiração e circulação), já não mais existe vida digna de proteção quando verificada a morte encefálica, de modo que a vida humana se afirma como algo mais que um processo puramente biológico.

Viu-se que o sujeito nasce com todos os direitos da personalidade e esses possuem suas características, como é o caso da inviolabilidade a irrenunciabilidade, entre outras. Sanadas as considerações com respeito à personalidade, bem como sobre os direitos à vida digna e à integridade física, em conexão com o instituto dos transplantes de órgãos e tecidos, passa-se a um breve estudo sobre o paternalismo jurídico e sua relação com o respeito à autonomia.

2.2 O paternalismo jurídico e o conflito com a autonomia individual

De modo geral, pode-se destacar como clássica a definição de paternalismo dada por Gerald Dworkin, que o conceitua como:

a interferência na liberdade de ação de uma pessoa que se justifica por razões referidas ao bem-estar, bem, felicidade, necessidades, interesses ou valores da própria pessoa coagida¹⁵.

Embora a definição de Dworkin sintetize os principais elementos do conceito de paternalismo, isso não exclui a necessidade de se realizar uma análise um pouco mais detalhada dos matizes que caracterizam esse fenômeno.

De modo geral, portanto, é possível afirmar que o paternalismo aparece sempre que se adote uma medida de limitação da autonomia pessoal de alguém com o fim de protegê-lo de um mal, isto é, de algo que o sujeito paternalista considera prejudicial ao sujeito cuja liberdade é limitada, de acordo com o seu próprio ponto de vista. Do ponto de vista da Filosofia moral, o termo “paternalismo” é empregado especialmente com o fim de aludir a uma atuação que opera uma restrição da autonomia dos indivíduos. Contudo, essa limitação da liberdade individual não acontece de forma injustificada, mas fundamenta-se precisamente na promoção do bem-estar do sujeito cuja autonomia é restringida.

Assim, um dos traços principais do paternalismo, e que teoricamente lhe serve de justificação, é o propósito beneficente da medida coercitiva imposta: a intervenção se dá sempre com o fim de proteger o “bem” ou os “interesses” do indivíduo protegido, inclusive quando este “bem” não coincida com o que o próprio indivíduo entenda ser o melhor para si mesmo (p. ex., quando o sujeito pretende vender algum órgão em troca de dinheiro). Daí

¹⁵ DWORKIN, G. Paternalism. In: FEINBERG, J.; GROSS, H. (Eds.). *Philosophy of Law*. California: Dickenson, 1975, p.175.

porque esse propósito beneficente venha sempre acompanhado de uma limitação da liberdade individual, pois essa intromissão na esfera de liberdade alheia é, muitas vezes, a única forma de garantir a realização desse “bem”.

Dentro da concepção de paternalismo, destaca-se que o *moralismo jurídico* é conceituado como a limitação da autonomia individual por parte do Estado com o fim de promover uma determinada concepção moral positiva¹⁶. Nesse sentido, pode-se identificar o moralismo como uma espécie de “paternalismo moral negativo”, pois através dele trata-se de evitar o mal que um sujeito possa causar-se a si mesmo, com a única peculiaridade de que esse dano não é físico, mas sim moral¹⁷.

Se o propósito de evitação de um dano é um dos traços característicos do paternalismo jurídico, cabe agora averiguar que classe de danos é possível evitar através da aplicação de medidas paternalistas. Para responder adequadamente a esta indagação, impõe distinguir entre as intervenções justificadas pelo chamado princípio do dano a terceiros (*harm to others principle*) e aquelas motivadas pela evitação de um dano que o indivíduo possa causar a si mesmo (*harm to self*)¹⁸. Nesse sentido, insta recordar que o paternalismo consiste essencialmente em adotar medidas com o fim de evitar que o sujeito protegido cause danos a si próprio, e não a terceiros.

No que diz respeito ao conteúdo do princípio do dano a terceiros, vale registrar que as contribuições mais significativas em seu favor, e conseqüentemente contrárias ao paternalismo, constituem os escritos de John Stuart Mill em sua obra *On liberty* (Sobre a liberdade), de 1859. Na obra, Mill se dedica a investigar a natureza e os limites do poder que pode ser exercido livremente pela sociedade sobre os indivíduos, e nessa trilha proclama que o princípio geral que deve reger de modo absoluto a conduta da coletividade com respeito a cada um dos seus cidadãos é o seguinte: o único fim legítimo que autoriza os homens, individual e coletivamente, a usar da força contra um membro de uma comunidade civilizada é o de impedir que ele prejudique os outros. O bem-estar deste mesmo indivíduo, seja físico ou moral, não é razão suficiente para que a sociedade limite sua liberdade de ação¹⁹. A consequência deste

¹⁶ Como destaca LAPORTA SAN MIGUEL, o moralismo, em sua vertente jurídica, propõe que as normas jurídicas devem incorporar as pautas de moralidade positiva vigentes em uma determinada sociedade, ou, dito de outro modo, “sugere que o fato de que certas pautas morais sejam assumidas e vividas em uma comunidade constitui razão suficiente para que as normas jurídicas lhes emprestem sua mecânica de coação e as imponham forçosamente” (LAPORTA SAN MIGUEL, Federico. *Entre el Derecho y la Moral*. México: Distribuciones Fontamara, 1993, p.48).

¹⁷ Nessa linha, vide, por exemplo, GARZÓN VALDÉS, Enrique. ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico? *Doxa*. Alicante: Universidad de Alicante, nº 5, 1988, p.156.

¹⁸ Sobre essa distinção, vide com maior detalhe FEINBERG, Joel. *Harm to Self* (vol.III da coleção intitulada *The Moral Limits of Criminal Law*). New York: Oxford University Press, 1986, p.22 e ss.

¹⁹ Vide MILL, John Stuart. *Sobre la libertad*. Trad. Josefa Sainz Pulido. Madrid: Aguilar, 1972, p.17.

pensamento é que, em palavras do próprio Mill, “sobre si mesmo, sobre seu próprio corpo e espírito, o indivíduo é soberano” e que “cada um é o melhor guardião de sua própria saúde, seja ela física, mental ou espiritual”²⁰.

Contudo, até mesmo a postura antipaternalista de Mill admite algumas exceções. Um importante exemplo oferecido por Mill para justificar em alguns casos as medidas paternalistas é o do contrato de escravidão. De acordo com o filósofo inglês, o compromisso pelo qual uma pessoa concordasse em ser traficada como escrava de outrem seria absolutamente nulo e sem valor, embora representasse manifestação de sua vontade, e ainda que ela pudesse obter vantagens com isso, pelo simples fato de que, ao vender-se como escravo, o homem abdica de sua própria liberdade, destruindo precisamente a razão pela qual lhe era permitido dispor livremente de sua pessoa²¹. Ao firmar um contrato dessa natureza, o indivíduo não só deixará de ser livre, como permanecerá em uma posição que presumivelmente não é de seu agrado, será tratado como coisa, de modo que seu comportamento passará a ser involuntário.

Do exposto, conclui-se que o paternalismo jurídico impõe a proteção do indivíduo contra atos voluntários praticados por ele que teoricamente resultariam em um dano a si mesmo (não do seu ponto de vista, mas sim do ponto de vista de terceiros), cerceando a sua liberdade. Contudo, viu-se também que até o mais radical dos filósofos antipaternalistas estima que ao ser mercantilizado, escravizado, o homem é tratado como coisa e não se poderia aceitar a sua vontade, mesmo que livremente manifestada, de se submeter a um contrato de escravidão. Isso porque ao ser traficada, ele perderia sua própria essência: a dignidade humana, que o faz diferente de todos os demais seres vivos. Mais adiante se verá como essa conclusão tem conexão com a discussão a respeito do comércio de órgãos e tecidos humanos e qual a melhor postura a ser adotada pelo legislador.

3 DOAÇÃO DE ÓRGÃOS *POST MORTEM* E A CELEUMA DA LEGITIMIDADE DO CONSENTIMENTO

A realização de transplantes de órgãos, tecidos ou partes do corpo no campo da Medicina brasileira teve início por volta de 1967, 1968, e se restringe historicamente a poucas legislações, como as revogadas Leis 4.280/1963, 5.479/1968 e 8.489/1992, todas insuficientes, pois apesar de permitirem os transplantes no País, pouco regulamentavam sobre o seu procedimento.

²⁰ Idem, *ibidem*, p. 18 e 22.

²¹ Idem, *ibidem*, p. 152.

Com a ascensão do número de transplantes, gritante se tornou a necessidade de uma regulamentação mais detalhada que as anteriores, promulgando-se então a vigente Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que embora tenha lacunas, imperfeições e polêmicas, significou indubitavelmente um avanço na legislação sobre o tema.

A Lei 9.434/1997 sofreu alterações em seu texto original por meio de medidas provisórias e principalmente pela Lei 10.211, de 23 de março de 2001, quanto ao consentimento para a remoção de órgãos *post mortem*, cuja polêmica instaurou-se logo após a promulgação da Lei de 1997, cuja redação original dispunha, no *caput* do art. 4º:

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

Este dispositivo instituiu o chamado consentimento presumido, visto que se o *de cujus* não fizesse constar em seus documentos de Carteira de Identidade Civil e na Carteira Nacional de Habilitação sua opção expressa como “não-doador de órgãos e tecidos”, presumia-se o consentimento e a autorização para a retirada de órgãos, sendo irrelevante a opinião dos familiares.

A imposição legal teve efeito contrário à sua finalidade de incentivo à doação, e a visão da doação compulsória de órgãos pela sociedade e seu conseqüente aumento geraram muita polêmica e reprovabilidade, principalmente pelo medo de o procedimento facilitar o tráfico e o comércio de órgãos sem o consentimento do doador.

A classe médica vivia um autêntico dilema entre a determinação legal e a contrariedade da família. Nesse sentido, expõe Maria de Fátima Freire de Sá:

[...] a difícil situação do médico e respectiva equipe [...] posto que uma vez constatada a morte encefálica do paciente nada poderia impedir o procedimento determinado pela Lei (isto se analisarmos, repita-se, o art. 4º apenas quanto à sua redação inicial), no sentido de que fossem notificadas as centrais de notificações [...]. A verdade é que o profissional enfrentou problemas de ética e de consciência, com a Lei de doação presumida. Não lhe seria suficiente invocar o Código de Ética Médica, precisamente seu art. 28, que permite ao profissional da medicina “recusar a realização de atos médicos que, embora permitidos pela lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência” porque, em face ao sistema de hierarquia, o Código de Ética é ato administrativo normativo, inferior à lei, pelo que deve ser interpretado de acordo com ela, jamais em contrário”.²²

Em análise do contexto fático e legal, restava injustificado o desrespeito à legislação, tanto pelo Código de Ética ser hierarquicamente inferior à Lei 9.434/97, quanto pelo fato de

²² SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos incluindo o estudo da Lei nº. 9.434/97, com as alterações introduzidas pela Lei nº. 10.211/01*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 63.

que a notificação da existência de paciente com diagnóstico de morte encefálica às centrais de notificação e remoção de órgãos tratava-se de ato meramente administrativo, que poderia ser realizado por qualquer funcionário do estabelecimento de saúde.

Em consonância com o exposto, o próprio Código de Ética Médica da época (Res. 1246/88 do CFM), em seu art. 43, vedava ao médico deixar de cumprir legislação específica, nos casos de transplante de órgãos, ou seja, esse descumprimento tratava-se de conduta antiética, e conseqüentemente feria o direito à vida daqueles que receberiam os órgãos, que, por omissão do médico, seriam descartados por um problema de ética e consciência pessoal.

Registre-se, ainda, que a citada Lei não obrigava o médico a realizar a remoção de órgãos do paciente, pois essa determinação poderia ser considerada arbitrária e contrária aos seus princípios éticos e morais; no entanto, a remoção era realizada por equipes especializadas e autorizadas pelo Ministério da Saúde, nas quais os médicos que a compõem, ingressavam facultativamente por meio de pedido de autorização.

Em uma tentativa de amenizar a desaprovação social ao consentimento presumido, foi acrescentado ao artigo 4º o parágrafo 6º, por meio da Medida Provisória nº 1.718/1998, determinando que “na ausência de manifestação de vontade do potencial doador, o pai, a mãe, o filho ou o cônjuge poderá manifestar-se contrariamente à doação, o que será obrigatoriamente acatado pelas equipes de transplante e remoção”.

A alteração possibilitava que a família se manifestasse contrariamente à remoção dos órgãos se o *de cuius* não houvesse se manifestado, mas se a família silenciasse, em tempo falhamente não regulamentado, novamente presumia-se a concordância pela doação e surgiam dúvidas quanto ao consentimento dos entes familiares (se havia uma ordem de preferência ou se o consentimento de todos deveria ter igual valor).

Na seqüência, o art. 4º foi revogado pela Medida Provisória 1.959-27, que em 24 de outubro de 2000 eliminou de vez a figura do consentimento presumido, preceituando que a disposição *post mortem* “dependerá da autorização de qualquer um de seus parentes maiores, na linha reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, ou do cônjuge, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte”.

A nova redação teve por consequência a revogação da validade de manifestação de vontade do *de cuius*, inclusive em seus documentos pessoais, e condicionou a remoção de órgãos *post mortem* ao consentimento expresso familiar, de qualquer um dos parentes ou dos cônjuges.

A Medida Provisória foi finalmente convertida na Lei 10.211/2001, que novamente alterou o art. 4º da Lei 9.434/97, sendo nela inserido o vigente dispositivo:

Art. 4º. A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

Cumprido destacar, neste passo, que a redação tanto do texto anterior, quanto na imposta pela Lei 10.211/2001, deixou de prever e regulamentar o direito de manifestação de vontade em vida pelo próprio *de cujus* sobre a própria doação de seus órgãos, desrespeitando sua liberdade individual e seu direito de dispor do próprio corpo, que ficou a cargo exclusivamente de seus familiares.

O Brasil adota, assim, o sistema do consentimento familiar. São, portanto, três os principais sistemas a respeito do consentimento nos transplantes *post mortem*²³: 1) o da vontade expressa do *de cujus*, pelo qual qualquer manifestação de vontade do doador em vida deve ser levada em consideração pela equipe médica, ainda que a família pense de forma diversa. Por este sistema, a vontade dos familiares só é levada em conta se não houver nenhum indício do que queria o falecido em vida. É o sistema adotado em diversos países europeus (Itália, Alemanha, Holanda, Noruega, Suíça, Irlanda e Reino Unido) e no Japão; 2) o da prevalência do consentimento dos familiares, pelo qual, ainda que o *de cujus* houvesse manifestado sua opinião em vida, quem tem a palavra final é sempre um parente próximo, em linha de sucessão definida pelo legislador, com vistas a evitar os possíveis conflitos de opinião. Por este sistema, adotado em princípio no Brasil, os familiares podem se opor expressamente à extração dos órgãos, ainda que o falecido tivesse deixado constância de sua vontade de doar durante a vida²⁴; e 3) falta de oposição do *de cujus* ou de seus familiares (consentimento presumido): é o sistema adotado inicialmente pela Lei 9.434/97, que instituiu a doação compulsória de órgãos e tecidos do corpo humano, em não havendo oposição expressa do falecido ou de seus representantes legais, mas que foi posteriormente alterado pela Lei 10.211/2001²⁵. A Espanha, campeã mundial de transplantes de órgãos, abraça este sistema, assim como a França, a Bélgica, Grécia, Portugal e Suécia.

²³ Vide, a respeito, ROMEO CASABONA, Carlos M., op. cit., p. 71-72.

²⁴ Para ROMEO CASABONA, “a sociedade delega, em algumas ocasiões, aos familiares a tutela dos interesses do defunto, como representantes máximos da sua vontade. Contudo, frequentemente, a decisão dos familiares não corresponde ao respeito aos supostos interesses do defunto em vida, mas sim aos seus próprios interesses. De fato, muitas vezes chegam a considerar que possuem sobre o corpo do defunto um autêntico direito de propriedade, negando-se, sem mais, talvez pelos sentimentos de dor originados pela perda do ente querido, a toda e qualquer uso do cadáver, sem procurar buscar a verdadeira intenção do falecido. Por essa razão, e porque a sociedade está, sim, mudando, deve-se prescindir, em princípio, da intervenção dos familiares (...). De qualquer modo, *deve-se recordar que a saúde ou a vida de uma pessoa é mais importante que a dignidade de um cadáver, a qual é, em todo caso, respeitada*” (grifou-se) (op. cit., 76).

²⁵ Segundo ROMEO CASABONA, este último sistema demonstra uma clara tendência a reconhecer a função social do cadáver (op. cit., p.72).

Na opinião de Anderson Schreiber,

é evidente o retrocesso. Exigir autorização do cônjuge ou parente, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte, é impor burocracia que dificulta ao extremo a via já tormentosa do transplante *post mortem*. Pior: como restou vetado o parágrafo único, que dispensava a autorização dos familiares para a retirada dos órgãos diante de registro feito em vida pelo próprio falecido, a nova redação criada pela Lei 10.211 tem sido interpretada no sentido de que o aval da família se faz necessário mesmo nos casos em que o morto tenha deixado expressa autorização para o transplante²⁶.

Esse autor esclarece, ainda, que semelhante interpretação implicaria um grave atentado ao valor constitucional da dignidade humana, na medida em que subordina a autonomia corporal do indivíduo à vontade de terceiros, atribuindo aos parentes um inusitado “direito sobre o corpo alheio”²⁷. Seria uma injustificável e intolerável mostra de paternalismo jurídico presente em nossa legislação. No entanto, a melhor interpretação, segundo o mesmo autor, é no sentido de que o respeito à vontade do falecido está expressamente garantido no art. 14 do Código Civil, que permite a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte, com finalidade científica e fins altruísticos, ou seja, a qualquer pessoa é garantido dispor gratuitamente de seus órgãos, para fins de transplante, em prol de salvar vidas.

Bem interpretado, portanto, o art. 14 do Código Civil revela-se utilíssimo, pois como esta norma é posterior à Lei 9.434/97, e também à própria Lei 10.211/2001, permite uma construção mais compatível com os valores constitucionais, tais como o respeito à autonomia individual e à dignidade humana²⁸.

Assim, o art. 4º da Lei 9.434/97 passa a ter sua incidência limitada aos casos em que, não tendo havido manifestação de vontade em vida do doador, serão então os familiares chamados a decidir a respeito do destino dos órgãos do *de cuius*.

Nesse sentido, leciona Maria Celeste Cordeiro Leite Santos:

que toda pessoa viva, como sujeito de direitos, pode dispor em vida do destino do seu cadáver, no exercício legítimo de um direito da personalidade, estabelecendo as condições de sepultamento, embalsamento, proteção e incolumidade, já que a proteção da personalidade não reside só na pessoa viva, por reverência e respeito, mas no reconhecimento da dignidade humana. Trata-se de ato de disposição de última vontade²⁹.

Assim, embora a personalidade cesse com a morte, da mesma forma que a lei resguarda os direitos do nascituro desde a concepção, também resguarda os direitos *post mortem*, haja

²⁶ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 47.

²⁷ Idem, *ibidem*, p. 47.

²⁸ Idem, *ibidem*, p. 48. O autor lembra ainda que o Código “poderia ter remetido à legislação especial, mas não o fez. Pode-se concluir, portanto, que avocou para si o tratamento da matéria”.

²⁹ SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Transplante de órgãos e eutanásia*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 176-177.

vista que a manifestação do doador foi realizada em vida, enquanto sujeito de direitos, e após a morte apenas prolonga-se a efetivação dos efeitos dos direitos.

Nessa trilha, foi aprovado na IV Jornada de Direito Civil, o enunciado nº 277 do Conselho de Justiça Federal que:

“O art. 14 do Código Civil, ao afirmar a validade da disposição gratuita do próprio corpo, com objetivo científico ou altruístico, para depois da morte, determinou que a manifestação expressa do doador de órgãos em vida prevalece sobre a vontade dos familiares, portanto, a aplicação do art. 4º da Lei n. 9.434/97 ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador³⁰.

Não há previsão de requisitos formais para a expressão de vontade do doador, o que permite considerar que qualquer forma de manifestação de vontade é permitida (verbal, escrita, etc.)³¹.

Nessa linha de análise, as revogadas disposições de vontade de documentos pessoais seriam muito eficazes por sua facilidade na visualização da vontade do doador, diferentemente de um testamento, em que muitas vezes sequer se conhece a sua existência.

Além do mais, a praticidade e a rapidez na informação sobre o consentimento do doador são de fundamental importância, tendo em vista que o procedimento de remoção deve ser realizado de forma urgente, devido à rápida deterioração dos órgãos, impossibilitando-se assim o transplante.

Extensivamente, pode-se admitir até mesmo a manifestação verbal do doador, em caráter de exceção, comprovada mediante prova testemunhal³². A guisa de exemplo, pode-se citar um paciente que no seu leito de morte, em uma das frases de última vontade, manifesta-se para a família e os médicos no sentido da possibilidade de doação de seus órgãos.

Nos casos em que compete à família a decisão da doação, há outras problemáticas já existentes na Medida Provisória, pois esta não estabelecia uma ordem, simplesmente previa que quaisquer uns dos parentes maiores, até o segundo grau, ou o cônjuge, poderiam autorizar a remoção de órgãos, não regulamentando uma ordem, ou dirimindo os casos de divergência de entendimentos entre os entes familiares.

Como se pode observar, na redação atual, foram retiradas as palavras “qualquer um de seus parentes” e redigida sistematicamente uma relação preferencial, de modo que o primeiro legitimado é sempre o cônjuge, e, na falta deste, serão os demais parentes, obedecida a ordem sucessória, a qual remete ao art. 1.829 do Código Civil, ou seja, primeiramente os

³⁰ Portal da Justiça Federal: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IVJornada.pdf>. Acesso em: 20 set. 2011.

³¹ SCHREIBER, Anderson, op. cit., p. 49.

³² Vide, nesse sentido, ROMEO CASABONA, Carlos M., op. cit., p. 73.

descendentes, depois os ascendentes, após, os colaterais de 1º grau, e, por fim, os colaterais de 2º grau.

Este é também o entendimento de Maria de Fátima Freire de Sá³³, afirmando que a Lei 10.211/2001 modificou o art. 4º da Lei 9.434/97, e determinou ordem de prelação em relação à manifestação da família.

Cumpre salientar que da mesma forma que a Lei legitimou o cônjuge como o primeiro a decidir sobre a doação, deve-se considerar analogicamente o companheiro, reconhecido constitucionalmente como entidade familiar, conforme o art. 226, § 3º, da Constituição Federal.

Nesse sentido, proferiu acórdão o Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

[...] 2- As partes do corpo integram a personalidade humana, portanto caracterizadas como coisa *extra commercium* sendo vedado ato de disposição oneroso (art. 199, § 4º, CF, art. 1º, da Lei 9.434/97), admitindo-se a disposição gratuita para fins terapêuticos que não cause prejuízo ao titular do direito. 3- A nova redação do art. 4º, da Lei 9.434/97 alterou a regra que permitia a chamada doação presumida, assim a Lei 10.211/2001 passou a exigir a autorização expressa do cônjuge, companheiro ou parente próximo, se não houve doação em vida pelo titular. [...] (200351010278010 RJ 2003.51.01.027801-0, Relator: Desembargador Federal RALDÊNIO BONIFACIO COSTA, Data de Julgamento: 20/04/2010, OITAVA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: E-DJF2R - Data:30/04/2010 - Página:351/352).³⁴

Inadequado seria esquecer também que a nova redação do art. 4º confirmou a ilegitimidade dos menores de 18 anos para deliberar quanto à autorização dos transplantes, redação um tanto quanto redundante, posto que o juridicamente incapaz, tanto pela menoridade, quanto pelas demais situações de incapacidade civil, não tem discernimento para decidir sobre a disposição de órgãos, conforme a própria Lei delimita em seu texto. Trata-se, porém, de uma manifestação aceitável do paternalismo jurídico, já que teoricamente são os responsáveis legais os que melhor decidem sobre o interesse do menor ou incapaz.

Nos casos em que na linha sucessória haja mais de um parente na mesma classe, com opiniões divergentes, como, por exemplo, filhos (descendentes) e pais (ascendentes), embora a Lei 9.034/97 não tenha exemplificado claramente essa hipótese, levando em consideração a igualdade de direitos, tanto previstos constitucionalmente, quanto nas sucessões, acredita-se que se faça necessário o respeito à negativa, que preserva a integridade física do doador.

Nesse mesmo sentido, é a interpretação de Guilherme de Souza Nucci :

Não havendo cônjuge ou companheiro (a), busca um parente próximo. Não há necessidade de consenso, o que tornará um dilema, não solucionado pela lei,

³³ SÁ, Maria de Fátima Freire, op. cit. p. 61-62.

³⁴ Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9203300/apelacao-reexame-necessario-apelreex-00351010278010-rj-20035101027801-0-trf2> Acesso em: 22 set. 2011.

quando dois filhos, maiores e capazes, entrarem em choque. Um deles autoriza remoção e o outro nega. Pensamos que outra solução não poderá haver, infelizmente, senão negar a remoção. Em igualdade de condições, deve prevalecer a voz de quem não deseja a remoção, visto ser o lucro o bem jurídico tutelado.³⁵

A esse respeito, importante lembrar que a legislação envolve direitos conflitantes, de um lado a liberdade individual, e de outro o interesse coletivo, que impõe a tutela do Estado em detrimento da autonomia pessoal, conforme os ensinamentos de Francisco Amaral:

No caso da lei dos transplantes, seu objetivo é harmonizar interesses, aparentemente contraditórios, o *interesse coletivo*, do desenvolvimento científico e da solidariedade social, que se traduz na possibilidade de aproveitamento do corpo humano, vivo ou morto para fins de transplantes ou tratamento, e o *interesse individual* no tocante ao direito à vida e à integridade física da pessoa, componentes do seu direito geral.³⁶

Razoável seria a alteração do art. 4º, para maiores esclarecimentos com vistas a sanar as dúvidas a respeito da legitimidade do consentimento, e ainda prever o respeito à vontade do *de cuius* quanto à sua manifestação em vida, regulamentando abertamente essa possibilidade de expressão, de modo a facilitar formas escritas e até mesmo exceções na forma verbal, e na ausência de manifestação, continuar valendo o consentimento do ente familiar.

4 A VEDAÇÃO DA COMERCIALIZAÇÃO DE ÓRGÃOS, TECIDOS E PARTES DO CORPO HUMANO

O tráfico de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano é crime no Brasil. Sejam os mesmos extraídos *post mortem* ou *ex vivo*, não se autoriza, no esteio do disposto no art. 199, § 4º da Constituição Federal, a compra e venda de órgãos e tecidos humanos ou a obtenção de qualquer vantagem em troca da doação dos mesmos. A responsabilidade penal prevista nos art.s 14 a 20 da Lei 9.434/1997 é uma de suas principais inovações, pois a mesma prevê sete tipos penais específicos ao desrespeito aos seus preceitos, que, apesar da pequena quantidade de dispositivos, são muito abrangentes e possuem diversas normas penais em branco, que exige a compreensão de toda lei e até mesmo de outros textos legais.

A vedação constitucional à comercialização de órgãos é fundamento basilar da Lei de transplantes, ratificando-o em seu primeiro artigo, onde se impõe que todas as disposições de

³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1213.

³⁶ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 261.

órgãos, para serem legalmente realizadas, devem ter natureza gratuita, além da observância de todos seus preceitos legais.

É importante frisar que a comercialização “cuida-se, portanto, de um negócio, visando-se lucro, o que confere um indevido caráter mercantilista a uma ação idealmente vista como solidária e fraterna”.³⁷

Nesse diapasão, consolidando a finalidade altruísta e beneficente da Lei, protegendo a saúde pública e a sociedade, e a fim de evitar a comercialização e tráfico de órgãos³⁸, há em seu art. 15 a tipificação das seguintes condutas:

Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano:
Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa.
Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou auferir qualquer vantagem com a transação.

Além da reprovabilidade da conduta lucrativa de qualquer pessoa que, dolosamente, comercialize ilegalmente órgãos, tecidos ou partes do corpo, há também a punição daquele que, de forma direta ou indireta, colabore com a transação, ou até mesmo aquele que tenha qualquer tipo de vantagem com a ação criminosa (p. ex., a troca de órgãos entre dois indivíduos³⁹).

Ao preceituar como conduta criminosa a atuação daquele que “auferir qualquer vantagem com a transação”, pode-se identificar a possibilidade do próprio receptor ser o sujeito ativo no crime, pois obterá diretamente uma vantagem com a transação, o recebimento do órgão, e de forma indireta, estaria tendo ilegalmente uma prerrogativa na fila única de espera dos transplantes de órgãos no Brasil.

Torna-se uma conduta razoável a se exigir tendo em vista que todos os pacientes que compõe a fila única de espera estão em risco de morte, em virtude da fragilidade de sua saúde, e ainda a própria política da lista, que tem por fundamento o atendimento daqueles que estão em situação mais grave primeiro, além de requisitos como compatibilidade, tipo sanguíneo e peso, analisados entre doador e receptor.

Embora não seja em princípio cabível a excludente de ilicitude do estado de necessidade (art. 24 do Código Penal), nada impede que o magistrado leve em consideração a situação fática, aplicando uma pena mais branda nesses casos, ou, até mesmo, deixando de considerar criminosa a conduta⁴⁰.

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit., p. 1221.

³⁸ CARNEIRO, Eliana Faleiros Vendramini, op. cit., p. 1146; fala na necessidade de proteção ao direito à vida (de terceiros, supõe-se) ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Legislação penal especial*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 620.

³⁹ CARNEIRO, Eliana Faleiros Vendramini, op. cit., p. 1145.

⁴⁰ Vide, nesse sentido, ANDREUCCI, Ricardo Antonio, op. cit., p. 621, para quem “em situação de evidente perigo atual, lança-se (por si ou por terceiro) no ‘mercado negro’ e adquire ilicitamente o órgão de que

A comercialização de órgãos no mercado negro, a corrupção, a fragilidade do sistema judiciário causam em muitas pessoas a desconfiança, o medo e a incredibilidade no procedimento, o que resulta em diversos pacientes na fila de espera frente ao desperdício de órgãos, no momento em que a família não consente na doação, ou até mesmo a falta de estrutura do Estado para coletá-los.

Para haver mudanças nesse quadro, diversas são as modificações necessárias, principalmente na conscientização da população da importância e da falta que faz cada órgão dissipado. Para isso, cabe ao Estado a realização de campanhas, para que a sociedade tenha segurança e transparência nos procedimentos para a realização de transplantes, campanhas estas que devem ser realizadas periodicamente por órgãos do governo, do Sistema Único de Saúde, por meios adequados de comunicação social, conforme regulamenta o art. 11 da própria Lei 9.434/97⁴¹.

Nesse sentido, esclarece Matilde Carone Slaibi Conti que⁴²:

A construção de uma cultura de doação de órgãos depende da organização conjunta de ações governamentais, órgãos de classe, associações de pacientes, imprensa e da sociedade organizada, entendendo o transplante de órgãos como um ato que se inicia na sociedade, na forma de doação, e retorna a ela como qualidade de vida que o transplante proporciona.

É também vedada a utilização dos meios de comunicação social de anúncio por estabelecimentos que desempenham essas atividades, para se promover, fazer propaganda da estrutura institucional, pois o meio de comunicação acabar sendo um veículo de competição entre esses estabelecimentos. E ainda, proíbe-se o apelo público para arrecadar fundos para o transplante em prol de particulares ou para doação à pessoa determinada, neste caso justificado em razão da obediência à fila única de transplantes. A realização de publicação de anúncio ou apelo público, em forma adversa ao disposto no art. 11, caracteriza crime previsto no art. 20, com a penalidade de multa, de 100 a 200 dias-multa.

Tendo em vista a relevância do dispositivo, que tem por objetivo inibir a utilização dos meios de comunicação, como classificados ilegais para publicidade e transação na doação de órgãos, tem-se mais uma sistemática da Lei para impedir a comercialização e valorizar a lista única de espera, a doutrina salienta que a penalidade para essas condutas é branda.

necessitava, possibilitando o transplante e salvando sua própria vida. Evidente o estado de necessidade. *Não seria exigível que aguardasse a morte para não violar bem jurídico alheio*” (grifou-se).

⁴¹ Informa-se que, em 2001, foi lançada uma campanha do Ministério da Saúde, em parceria com uma emissora de televisão, para cadastramento de doadores de medula óssea, tendo sido espantoso o resultado: um aumento de 7.803 para 28.127 voluntários cadastrados em apenas um ano (CARNEIRO, Eliana Faleiros Vendramini, op. cit., p. 1147, nota 98).

⁴² CONTI, Matilde Carone Slaibi. Transplante de Medula Óssea – Aspectos Jurídicos dos Transplantes. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, ano 55, nº 352, fev. 2007, p. 116.

Entretanto, nos casos de apelo público para arrecadar fundos para transplante, importante a interpretação de Alaércio Cardoso, para quem, desde que arrecadação não objetive o enriquecimento, sendo apenas valores necessários ao tratamento, e o que sobejar do valor arrecadado seja encaminhado em prol de outras pessoas com a mesma necessidade:

Esta campanha para arrecadação de recursos é permitida, porém, sem a utilização de meios de comunicação social. A rigor, não se justifica a proibição porque não há repulsa social alguma a essa finalidade, que até estimula a solidariedade humana e, além do mais, se há custos, e se esses custos são elevados, não podendo o doente ou sua família arcar com os mesmos, e se o Estado não oferece alternativa, que mal existe em uma pessoa, seus familiares e amigos, formularem apelo público, até mesmo pelos meios de comunicação, objetivando a arrecadação de recursos necessários?⁴³

A remoção de órgãos para fins terapêuticos ou para transplante pode ser realizada por pessoa viva ou *post mortem*, em ambos os casos são determinados requisitos a serem obedecidos na Lei 9.434/1997.

Na disposição *post mortem*, para haver possibilidade de remoção de órgãos, como já destacado, deve ser diagnosticada a morte encefálica, e esta comprovação deve ser constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, ou ainda, se a família assim o exigir, a presença de médico de sua confiança, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por Resolução do Conselho Federal de Medicina (Resolução 1.480/1997).

Aquele que remover órgão, tecido ou partes do corpo, em desacordo aos procedimentos referentes à remoção, incidirá no crime previsto no art. 14, *caput*:

Art. 14. Remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições desta Lei:
Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa, de 100 a 360 dias-multa.

O tipo penal em questão demonstra claramente a permissão da remoção de órgãos para fins de transplante desde que seja feita em conformidade com os seus dispositivos, posto que a remoção em conduta adversa na forma dolosa se torna ilícita, ao agredir a incolumidade pública, especificamente a saúde pública e integridade física da pessoa humana.

O § 1º do art. 14 qualifica a conduta cometida no *caput* quando esta for realizada mediante paga ou promessa de recompensa ou por outro motivo torpe, com pena de reclusão, de três a oito anos, e multa. Trata-se, aqui, do tráfico de órgãos cometido sem a autorização do pretenso “doador”, em tudo reprovável, já que viola a autonomia pessoal visando apenas o lucro. Mais grave ainda seria o ato de provocar a morte do paciente com o fim de extrair os

⁴³ CARDOSO, Alaércio. *Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 333.

órgãos para comercialização, fato que caracteriza homicídio qualificado cometido por motivo torpe (art. 121, §2º, I, do Código Penal), tal como o ocorrido em um hospital de Taubaté (SP), na década de 80⁴⁴.

Embora proibido no Brasil, o comércio de órgãos e outros derivados do corpo humano é admissível em países como os Estados Unidos, onde a doação de sangue é remunerada⁴⁵, e onde recentemente um tribunal decidiu, em demanda movida por um grupo de pacientes com câncer contra a legislação de 1984 que proíbe a compra e venda de órgãos e tecidos humanos, incluindo a medula óssea, que a quantia de três mil dólares é uma recompensa justa a ser paga pelo doador disposto a se livrar da fila de espera. O argumento utilizado pelo magistrado foi o de que o avanço na técnica de extração do material para transplante de medula transformou o procedimento em algo tão simples como a doação de sangue. Ao invés da punção na espinha, o novo mecanismo extrai as células hematopoiéticas diretamente do sangue, em um processo semelhante à hemodiálise, denominado aférese. Quando extraídas dessa forma, para tratamento da leucemia e de linfomas, o juiz norte-americano estimou que as células hematopoiéticas podem ser vendidas livremente⁴⁶.

A liberação da compra e venda aparece, assim, como uma solução para a escassez de órgãos no mercado e para a diminuição do perigoso mercado negro, que movimentava bilhões de dólares por ano⁴⁷. Reduziria ainda o tempo médio de espera por um órgão na fila única, que no caso da medula óssea, no Brasil, costuma ser de seis meses, sendo o número de pacientes na

⁴⁴ Segundo a acusação, os médicos falsificaram prontuários de pacientes vivos, informando que estavam com morte encefálica para convencer suas famílias a autorizar a retirada dos órgãos para doação, de acordo com a denúncia. A acusação da Promotoria contra os médicos se baseou somente no homicídio doloso. Segundo o promotor Friggi de Carvalho, laudos do Instituto Médico-Legal (IML), da Polícia Técnico Científica e do Cremesp concluíram que os pacientes não estavam mortos antes da retirada dos rins. Durante o processo, testemunhas relataram que até uma espécie de “médium” foi apresentado pelos médicos aos parentes para dizer que havia entrado em contato com o suposto morto no plano espiritual e ele havia pedido para os familiares autorizarem a doação (vide <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2011/10/medicos-sao-condenados-por-retirar-orgaos-de-pacientes-vivos-em-sp.html>). Acesso em: 11 fev. 2013).

⁴⁵ Nos países latino-americanos, contudo, a tese da gratuidade tem prevalecido de modo geral. No México, porém, o Código Sanitário de 1973 assinala no art. 206 que o sangue pode obter-se de voluntários que o proporcionem gratuitamente ou de provedores autorizados que o façam mediante retribuição.

⁴⁶ Vide a reportagem “Medula óssea a preço de mercado?”. *Revista Veja*. São Paulo: Abril, 18 jul. 2012, p. 100.

⁴⁷ Segundo dados recentemente publicados pela UNODC (*Expert Group Meeting on Trafficking in Organs*), os órgãos mais procurados no mercado negro do tráfico são os rins e o fígado. Estes números têm crescido consideravelmente com o aumento da demanda por transplantes de doador vivo, em razão do incremento significativo entre as taxas de pacientes com doença renal crônica e de doação de órgãos de doadores falecidos. O mesmo grupo denuncia ainda que cerca de 10% dos transplantes no mundo envolvem órgãos traficados, e que não existe qualquer chance de doadores suficientes para a crescente demanda de doados necessitados (vide www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/egm-vienna-organ-trafficking.html). Acesso em: 11 fev. 2013). No Brasil, sob o pretexto de doações, anunciam-se em jornais rins a preços oscilantes entre 10 e 20 mil dólares, segundo denúncia de BERLINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei. *O mercado humano: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo*. Brasília: UnB, 1996, p. 38-39 e 84-89). Em 1986, delatava-se que até mesmo presidiários se valiam de tais anúncios para obter lucro (vide PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de Bioética*. São Paulo: Loyola, 1994, p. 271).

fila superior a mil. A lógica por trás da legalização do tráfico seria a de que, se um médico e sua equipe podem ser remunerados quando faz, por exemplo, uma sofisticada inseminação artificial, por que o doador deve ser excluído dos lucros?⁴⁸ A lista pública seria mantida, mas os que quisessem pagar pelo órgão ou tecido o teria de forma mais rápida e segura, em um procedimento cujo principal objetivo seria salvar vidas.

Contra o sistema norte-americano de venda do sangue, o sociólogo britânico Richard Titmuss escreveu, já em 1970, a obra intitulada “A relação de doação” (*The Gift Relationship*), em que compara o sistema gratuito de doações de seu país com o vigente nos EUA, argumentando que a comercialização de sangue humano termina sendo mais desvantajosa, pois o sistema leva a escassez crônica, desperdício de sangue, custos mais altos e maior risco de contaminação⁴⁹. Mas o principal argumento utilizado pelo sociólogo contra a compra e venda de sangue humano é que o mercado de sangue explora os pobres, pois os bancos de sangue nos EUA recrutam boa parte de seus doadores entre moradores de bairros pobres e favelas da periferia⁵⁰. Outra objeção apresentada por Titmuss é a de que transformar o sangue em mercadoria corrói o sentimento altruísta que envolve a doação, o que acaba afastando uma boa parte dos doadores voluntários⁵¹. E alerta ainda para o fato de que o declínio do altruísmo nessa esfera das atividades humanas seja acompanhado de alterações semelhantes em outras esferas dos relacionamentos⁵².

Certamente, ao se pensar em tráfico de órgãos e tecidos humanos, o primeiro que se imagina é que apenas os mais humildes e necessitados terminariam se submetendo ao

⁴⁸ O questionamento é de SCHWARTZMAN, Hélio, op. cit. Na doutrina, posicionam-se há tempos de forma francamente favorável à legalização do comércio de órgãos humanos, por exemplo, na Espanha, REYES MONTERREAL, José María. Problemática jurídica de los trasplantes de órganos. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1969, p. 409; RUIZ VADILLO, Enrique. El transplante de órganos y el ordenamiento jurídico español. *Boletín Informe del Ministerio de Justicia*, n. 777, 1968, p. 10; na Alemanha, vide BUBNOFF, E. Rechtsfragen zur homologen Organontransplantation aus der Sicht des Strafrechts. *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1968, p. 67.

⁴⁹ Vide TITMUSS, Richard M. *The Gift Relationship: from human blood to social policy*. Nova York: Pantheon, 1971, p. 231-232 *apud* SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 121-122.

⁵⁰ Idem, *ibidem*, p. 134-135 e 277, *apud* SANDEL, Michael J., op. cit., p. 122. Em sentido parecido, salienta Antonio Chaves a respeito do sistema norte-americano que “os que vendem seu sangue são exatamente os mais pobres e mais carentes. Por conseguinte, os mais vulneráveis a doenças, o que vale dizer transmissores em potencial. Quando o fazem ignoram que estão retirando proteína de suas veias, ou seja, sangue, em troca de algum dinheiro que lhes permita comprar proteína oral, isto é, comida. É um círculo vicioso” (*Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes*. São Paulo: RT, 1994, p. 178-179). Em idêntico sentido, vide CARNEIRO, Eliana Faleiros Vendramini, op. cit., p. 1136. De fato, pesquisas feitas em 1996 atestavam que a compra e venda de órgãos na Índia já havia alcançado níveis tais que a maior parte da população indigente do país já havia sido privada de um rim (BERLINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei, op. cit., p. 95).

⁵¹ Como observa Sendel, em comentário à obra de Titmuss, “a partir do momento em que começam a encarar o sangue como uma mercadoria normalmente vendida e comprada, as pessoas sentem-se menos inclinadas a uma responsabilidade moral pela doação”, pois “a generalizada compra e venda de sangue desmoraliza a prática da doação gratuita” (op. cit., p. 122).

⁵² Idem, *ibidem*, p. 224, *apud* SANDEL, Michael J., op. cit., p. 122.

procedimento de extração mediante pagamento, pois não haveria porque alguém sem estas mesmas necessidades colocar-se em semelhante risco para a própria vida ou saúde⁵³. Nesse sentido, a própria vulnerabilidade dos doadores seria um forte indício de que um certo grau de paternalismo deveria ser aceito, com o fim de proteger a própria dignidade – e mais, a autonomia – de tais “doadores”⁵⁴. Mas contra essa objeção de que apenas as pessoas com dificuldades econômicas entrariam nesse negócio, já que seria praticamente compelidas a venderem uma parte de si mesmas, argumenta-se que muita gente passa por constrangimentos financeiros, mas nem por isso toma, hoje, a decisão de se prostituir ou de vender uma parte do próprio corpo. Cada um seguiria sendo dono da própria moral, ou, em outras palavras, das condições de exercício da própria autonomia⁵⁵.

5 A PROTEÇÃO DA INTEGRIDADE MORAL E A VEDAÇÃO DA COISIFICAÇÃO DO CORPO HUMANO

Conforme já salientado, a doutrina majoritária costuma apontar na vedação ao tráfico de órgãos, tecidos e partes do corpo humano uma necessidade de proteção tanto de interesses individuais (a integridade física, como direito extrapatrimonial da personalidade) quanto coletivos (saúde pública e proteção daqueles que não podem pagar pelos órgãos). Contudo, como destacado no item dedicado à análise do paternalismo jurídico, não resta dúvida de que a proteção da integridade física contra a própria autonomia pessoal, proibindo que o ser humano maior e juridicamente capaz disponha voluntariamente do próprio corpo, é um forte indício da adoção de uma postura paternalista pela legislação pátria. Mais do que isso, em um primeiro momento, só se poderia vislumbrar um ponto de vista claramente *moralista* do legislador que proíbe o tráfico de órgãos humanos quando o doador condiciona a entrega dos mesmos ao receptor à obtenção de alguma vantagem⁵⁶. Não se concorda aqui, portanto, com o fato de que

⁵³ Como salienta ROMEO CASABONA, não haveria como evitar que “o motivo de sua cessão sejam suas pessoas e urgentes necessidades econômicas, o que poderia lhes inclinar a sucessivas cessões com o consequente perigo para a sua saúde” (op. cit., p. 60).

⁵⁴ Segundo a UNODC, maioria das vítimas de que se tem conhecimento vende seus órgãos motivados pelo desespero em acabar com a situação de pobreza (vide www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/egm-vienna-organ-trafficking.html. Acesso em: 11 jan. 2013). No mesmo sentido, vide as considerações FERRACIOLI, Jéssica. Tráfico de pessoas para fins de extração de órgãos, células e tecidos humanos e o Direito Penal brasileiro: uma breve análise. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, ano 19, nº 227, out. 2011, p. 11.

⁵⁵ SCHWARTZMAN, Hélio, op. cit.

⁵⁶ Nesse sentido, a opinião de ROMEO CASABONA, para quem a liberação do comércio de órgãos acabaria criando um “estúpido mercado de carne humana caracterizado por uma especulação imoral” (op. cit., p. 60) e de Antonio CHAVES, para quem “o que rege a matéria é afinal de contas o sentido da moralidade que prevalece em

a integridade física possa ser protegida em detrimento da liberdade individual, pois em alguns casos resulta defensável que o ser humano possa dispor até mesmo da própria vida⁵⁷ – e, com maior razão, deveria também poder fazê-lo com respeito à sua integridade física. Razões puramente morais, e não jurídicas, não poderiam, portanto, justificar uma incriminação como a do art. 14 da Lei 9.434/97.

Poder-se-ia imaginar, destarte, que apenas os fundamentos completamente alheios ao paternalismo, relacionados à tutela de direitos coletivos e a evitação de danos a terceiros (p. ex., a proteção da saúde pública) seriam a verdadeira razão da existência de tal proibição no ordenamento brasileiro. Contra tal argumento, apontam aqueles que se posicionam favoravelmente à legalização do tráfico de órgãos que com a possibilidade de remuneração, só aumentariam as chances de sobrevivência de muitos pacientes que se encontram na fila única de receptores e que, mesmo podendo pagar por um órgão, sequer têm a opção de fazê-lo e acabam morrendo à espera do mesmo. Além disso, por incrível que pareça, salienta-se que haveria mais igualdade quanto à distribuição dos órgãos, pois a liberação do tráfico reduziria o comércio ilegal, que hoje movimentava cerca de sete bilhões de dólares por ano, fazendo baixar os preços e estabelecendo certos parâmetros para a compra e venda das partes do corpo humano⁵⁸. Finalmente, aduz-se ainda que a saída dos pacientes com melhores condições econômicas da fila única gratuita liberaria vagas para aqueles sem condições de comprar os órgãos, que alcançariam mais rapidamente o seu objetivo. Ou seja, mesmo do ponto de vista da saúde pública, poderiam ser tecidos vários argumentos em favor da descriminalização desse comportamento.

Diante desse importante e quase irresolúvel dilema, propõe-se aqui analisar novamente a postura paternalista. Como se viu, até o mais liberal dos filósofos, John Stuart Mill, admitia uma certa dose de paternalismo na hipótese do contrato de escravidão, isto é, quando tratasse o

uma determinada época, o sentimento dos bons costumes do homem médio, que está, no entanto, sofrendo uma rápida evolução” (op. cit., p. 238).

⁵⁷ A respeito do polêmico tema da eutanásia e da disposição da própria vida, recentemente decidiu o Conselho Federal de Medicina, através das Resoluções nº 1.805/2006 e 1.995/2012, que o paciente em estado terminal de enfermidade grave e irreversível pode voluntariamente abandonar o tratamento médico, ainda que vital, ou fazer constar, antes da enfermidade, sua vontade de que essa recusa seja respeitada, em documento de instruções antecipadas, a ser divulgado quando se encontre em estado de inconsciência. A primeira Resolução teve sua constitucionalidade afirmada pela Justiça Federal do Distrito Federal em 2011, em razão de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Distrito Federal em 2007. Sobre o tema, vide CARVALHO, Gisele Mendes de; KAROLENSKY, Natalia Regina. Aspectos bioético-jurídicos da eutanásia: análise das recentes resoluções do c.f.m. e do anteprojeto de código penal de 2012. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho; SILVA, Monica Neves Aguiar da; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Anais do XXI Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 379-410.

⁵⁸ O argumento encontra-se na reportagem intitulada “Medula óssea a preço de mercado?”. *Revista Veja*. São Paulo: Abril, 18 jul. 2012, p. 100.

ser humano de colocar à venda o próprio corpo, coisificando-se e permitindo-se tratar-se a si mesmo como um mero objeto. Assim, quando o homem utilizasse sua autonomia para deixar de ser autônomo, o paternalismo deveria ser aceito ainda que para cercear a liberdade individual, sob pena de perder a humanidade a sua própria essência: a dignidade. Perdendo o homem a sua dignidade, que o diferencia dos demais seres vivos, não teria mais sentido proteger sua liberdade contra os arroubos do paternalismo, pois já não haveria liberdade a ser protegida.

Na Constituição Federal brasileira, a previsão da dignidade da pessoa humana como valor fundante do sistema de direitos fundamentais (art.1º, III, CF) implica o reconhecimento do homem como pessoa e não apenas como cidadão, outorgando-lhe um núcleo de prerrogativas que o Estado não pode deixar de reconhecer, como uma verdadeira esfera de ação dos indivíduos que delimita o poder estatal. Nessa trilha, tem-se que a dignidade humana não aparece como simples criação do legislador, pois sua existência é um dado anterior, aferido de modo prévio à normação jurídica. Constitui, portanto, um princípio de justiça material, de validade *a priori*, positivado jurídico-constitucionalmente⁵⁹. De conseguinte, a dignidade da pessoa humana antecede o juízo axiológico do legislador e vincula sua atividade normativa.

Contudo, não se pode olvidar que a dignidade humana não deve ser considerada um direito ou um bem jurídico específico e diferenciado, pois ela constitui uma “síntese da totalidade de dimensões físicas e espirituais específicas da pessoa humana que inspira e fundamenta todos os direitos fundamentais”⁶⁰. Assim, a proteção da dignidade humana, por si só, já implica a tutela de todos os demais direitos e liberdades fundamentais do indivíduo, visto que é impossível pensar que a lesão de bens jurídicos tão relevantes como a vida e a integridade física e moral não implicasse também, ainda que indiretamente, um atentado à sua dignidade pessoal⁶¹. Daí porque se diz, com razão, que a proteção da dignidade humana absorve a tutela de todos os direitos fundamentais e, dada sua condição de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, sua consagração implica sem dúvida a proteção da integridade física e moral (art.5º, III, CF) de todos os indivíduos.

⁵⁹ A dignidade da pessoa humana é, assim, “uma classe ou categoria que corresponde ao homem como ser dotado de inteligência e liberdade, distinto e superior a todo outro ser criado. Implica um tratamento de acordo com a natureza humana. Atentar-se-á contra a dignidade humana sempre que se esqueça dessa superioridade essencial do homem, considerando-o como qualquer outra parte da natureza” (GONZÁLEZ PÉREZ, Javier. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986, p.112).

⁶⁰ GRACIA MARTÍN, Luis; Díez Ripollés, José Luis *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales: vida humana independiente y libertad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p.419.

⁶¹ Vide MUÑOZ SÁNCHEZ, Javier. *Los delitos contra la integridad moral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p.22-23.

Ante o exposto, a relação entre os conceitos de *dignidade humana e integridade moral* resulta evidente. O reconhecimento constitucional da dignidade pessoal implica uma determinada concepção de ser humano, isto é, supõe a consagração de sua qualidade de ser humano em si mesmo, pelo mero fato de sê-lo. Desta afirmação se deduz não apenas a incondicional superioridade do homem frente aos demais seres e objetos da natureza, como também sua condição de igualdade em relação aos demais seres humanos, características que possui toda pessoa e que lhe não de ser reconhecidas independentemente de circunstâncias pessoais e sociais, de suas capacidades físicas ou mentais, de seu estado de saúde ou de sua própria conduta. Assim, um setor da doutrina costuma inserir o direito fundamental à integridade moral no contexto mais amplo do *direito à integridade ou inviolabilidade pessoal*, junto aos direitos à integridade física e psíquica, conceito que abarca a pessoa humana em suas dimensões física e imaterial, ou como uma realidade moral dotada de um substrato físico, de modo que é possível argumentar que se afeta a integridade moral quando se trata o ser humano como uma “mercadoria” ou “coisa”, quando se lhe reduz puramente à sua realidade física, rompendo com a inseparabilidade entre o físico e o moral, que lhe é inerente⁶².

Por outro lado, a proteção da dignidade humana implica o reconhecimento da racionalidade do homem, de modo que através de sua tutela o Direito protege a autonomia ou liberdade de decisão pessoal e o respeito devido a todos os indivíduos como seres humanos⁶³. Todavia, insta destacar que uma lesão à integridade moral não perderá sua relevância jurídica mesmo diante do consentimento do titular desse bem jurídico. A integridade moral, de acordo com esse entendimento, é um direito *indisponível*, cuja lesão, de forma objetiva, deve de ser avaliada independentemente da concreta sensação de degradação que possa sentir a vítima. Dado o caráter geral da dignidade humana, portanto, será a *integridade moral* que figurará como bem jurídico protegido pela criminalização do tráfico de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, ainda que o doador haja prestado validamente o seu consentimento.

Isso porque sendo a liberdade, ou a autonomia individual, uma manifestação da própria dignidade humana, pode-se argumentar que quando o homem dispõe de sua própria dignidade (ou integridade moral), abdica também da essência que o faz um ser autônomo e racional, distinto de qualquer outro animal ou coisa existente na natureza. Equipara-se, destarte, às

⁶² Vide GARCÍA ARÁN, Mercedes. La protección penal de la integridad moral. In: DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; ROMEO CASABONA, C. M.; GRACIA MARTÍN, L.; HIGUERA GUIMERÁ, J. F. (Eds.). *La Ciencia del Derecho Penal. Libro Homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002, p.1251.

⁶³ Ressalte-se que é da autoconsciência do homem de sua própria dignidade que nasce a idéia de *pessoa*, segundo a qual “não se é homem pelo mero fato de existir, mas pelo significado ou sentido da existência” (REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 211).

mercadorias, vende-se, instrumentaliza-se em proveito de outros, afastando, assim, a premissa que lhe permite exercer a própria autonomia: a sua dignidade. Essa premissa encontra-se também na obra de outro célebre utilitarista: Cesare Bonessana, o Marquês de Beccaria, que já em seu clássico *Dos delitos e das penas* afirmava que “não haverá liberdade sempre que as leis permitirem que, em certas circunstâncias, o homem deixe de ser pessoa e se torne coisa”⁶⁴.

Portanto, também subjaz, por trás da incriminação do tráfico de órgãos, a proteção de um importante direito, mesmo quando seja este praticado com o consentimento de um doador completamente livre de qualquer influência econômica, resulta conformes com o princípio da ofensividade ou da exclusiva proteção de bens jurídicos, com base na proteção de um valor constitucional fundamental –a *dignidade da pessoa humana*– e, concretamente, do bem jurídico *integridade moral*.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos da personalidade são ínsitos a pessoa humana, mas o seu próprio titular sofre limitações ao seu exercício, tendo em vista a sua finalidade de proteger bens e valores essenciais, sendo seu princípio basilar o respeito à dignidade da pessoa humana.

Essa característica da indisponibilidade é relativa quanto à disposição de partes do corpo, havendo permissão na Constituição Federal e no Código Civil que o ser humano disponha de sua integridade física para fins de transplante de órgãos, tecidos e partes do corpo *inter vivos* e *post mortem*, tendo em vista sua finalidade altruísta e solidária.

A Lei 9.434 de 1997, que regulamenta os transplantes no Brasil, causou grande polêmica quando ao aspecto do titular do consentimento, e continuou causando, mesmo após a sua reformulação pela Lei 10.211/2001; no entanto, é imprescindível entender que a vontade do *de cuius* seja respeitada, conforme garantido no art. 14, do Código Civil, e, na ausência de expressão de vontade deste, é que a família deverá ser titular do direito de consentir.

Na ausência de requisitos formais para a expressão de vontade do *de cuius*, devem-se considerar todas as formas de manifestação, tanto escritas, quanto verbais, enfatizando-se inclusive a praticidade de informação, nos documentos pessoais, que deveriam ser uma faculdade para aquele que solicitar a expressão da sua vontade na doação de órgãos *post mortem*, prezando-se pela respeitabilidade aos efeitos de sua vontade.

⁶⁴ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983, p.73.

Quanto à obtenção do consentimento por representação, deve este ser redigido sistematicamente como uma relação preferencial, na forma de que o primeiro legitimado seja sempre o cônjuge, e, na falta deste, serão os parentes, obedecida a ordem sucessória, a qual remete ao art. 1829 do Código Civil, ou seja, primeiramente os descendentes, depois os ascendentes, após os colaterais de 1º grau, e, por fim, os colaterais de 2º grau.

Nos casos em que exista mais de um parente na mesma classe com opiniões divergentes, como, por exemplo, entre os filhos (descendentes) ou entre os pais (ascendentes), embora a lei não tenha exemplificado claramente essa hipótese, levando em consideração a igualdade de direitos tanto previsto constitucionalmente, quanto nas sucessões, acredita-se que se faça necessário prevalecer a negativa da doação.

Razoável seria a alteração do art. 4º da Lei 9.434/1997, para sanar as dúvidas a respeito da legitimidade do consentimento, e ainda prever o respeito à vontade do *de cuius* quanto à sua manifestação em vida, regulamentando essa possibilidade de expressão, de modo a facilitar as formas escritas e até mesmo as exceções na forma verbal, e, na ausência de manifestação, seguir adotando a obrigatoriedade do consentimento do ente familiar.

A vedação constitucional à comercialização de órgãos, insculpida no art. 199, §4º, CF, é fundamento basilar da Lei de transplantes, que a ratifica em seu primeiro artigo, impondo que todas as disposições de órgãos, para serem legalmente realizadas, devem ter natureza gratuita, além da observância de todos seus preceitos legais.

Para alguns defensores da legalização dessa forma de comércio, que se posicionam de forma bastante crítica com respeito à Lei 9.434/97, a proibição contida no art. 15 da mesma, relativa ao crime de comércio de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, seria mais uma manifestação de paternalismo jurídico – na verdade, uma forma de moralismo inaceitável. Mas acontece que o principal bem jurídico protegido nesse delito não se trata da moral, mas sim da *integridade moral* da pessoa que coloca o próprio corpo à venda. A existência desse bem jurídico, que constitui concretização direta do respeito devido à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), impede que a razão da criminalização do tráfico de órgãos, mesmo quando a vítima seja pessoa maior de 18 anos e capaz, seja o mero moralismo ou paternalismo do Estado, pois não se pode admitir que o ser humano, ou o seu corpo, sejam reduzidos à condição de mera “coisa” ou “mercadoria” suscetível de compra, venda, tráfico ou qualquer outra forma de exploração, ainda que para isso o titular da integridade física haja prestado o seu consentimento.

Não se pode perder de vista que a dignidade (art. 1º, III, CF) é um valor inerente à pessoa humana pelo mero fato de sê-lo, e que se manifesta também através da autodeterminação consciente e responsável da própria vida, levando consigo a pretensão de respeito por parte das outras pessoas. Daí porque, em última análise, a tutela penal da integridade moral nunca poderá ceder ante a liberdade ou autonomia pessoal quando se verifique, no caso concreto, que o consentimento do ofendido foi prestado por pressões relacionadas a circunstâncias socioeconômicas, como a miserabilidade, que hajam determinado a opção pela venda do próprio corpo. Afinal de contas, ninguém venderia um órgão, colocando voluntariamente a própria saúde em risco, se não fosse por necessidade da contraprestação que vai receber em troca dele. Nesses casos, não resta dúvida de que a integridade moral do doador resta indelevelmente lesionada, independentemente da identificação de qualquer traço de paternalismo ou moralismo nessa proibição, de modo que admitir uma só compra e venda de órgãos humanos colocaria em risco a dignidade da humanidade como um todo, e sem dignidade, não resta espaço algum para o exercício responsável da autonomia pessoal.

7 REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Legislação penal especial*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá. *A questão jurídica do consentimento no transplante de órgãos*. Curitiba: Juruá, 2001.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983.
- BERLINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei. *O mercado humano: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo*. Brasília: UnB, 1996.
- BUBNOFF, E. Rechtsfragen zur homologen Organontransplantation aus der Sicht des Strafrechts. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1968.
- CAHALI, Francisco José; GISELDA. *Direito das sucessões*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- CARDOSO, Alaércio. *Responsabilidade civil e penal dos médicos nos casos de transplantes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 333.
- CARNEIRO, Eliana Faleiros Vendramini. Transplante de Órgãos. In: GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (Coords.). *Legislação penal especial*. São Paulo: RT, 2010,

CARVALHO, Gisele Mendes de; KAROLENSKY, Natalia Regina. Aspectos bioético-jurídicos da eutanásia: análise das recentes resoluções do c.f.m. e do anteprojeto de código penal de 2012. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho; SILVA, Monica Neves Aguiar da; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Anais do XXI Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: FUNJAB, 2012.

CHAVES, Antônio. *Lições de Direito civil*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

__. *Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes*. São Paulo: RT, 1994.

CONTI, Matilde Carone Slaibi. Transplante de Medula Óssea – Aspectos Jurídicos dos Transplantes. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, ano 55, nº 352, p. 115-128, fev. 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. v. 1. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DUKEMINIER, Jesse. Supplying organs for transplantation. *Michigan Law Review*, n. 5, p. 68-84, 1970.

DWORKIN, Gerald. Paternalism. In: FEINBERG, J.; GROSS, H. (Eds.). *Philosophy of Law*. California: Dickenson, 1975.

FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 3 ed. São Paulo: Método, 2008.

FEINBERG, Joel. *Harm to Self* (vol.III da coleção intitulada *The Moral Limits of Criminal Law*). New York: Oxford University Press, 1986.

FERRACIOLI, Jéssica. Tráfico de pessoas para fins de extração de órgãos, células e tecidos humanos e o Direito Penal brasileiro: uma breve análise. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, ano 19, nº 227, out. 2011.

GARCÍA ARÁN, Mercedes. La protección penal de la integridad moral. In: DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.; ROMEO CASABONA, C. M.; GRACIA MARTÍN, L.; HIGUERA GUIMERÁ, J. F. (Eds.). *La Ciencia del Derecho Penal. Libro Homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002.

GARZÓN VALDÉS, Enrique. ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico? *Doxa*. Alicante: Universidad de Alicante, nº 5, 1988.

GONZÁLEZ PÉREZ, Javier. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986.

GRACIA MARTÍN, Luis; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales: vida humana independiente y libertad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

LAPORTA SAN MIGUEL, Federico. *Entre el Derecho y la Moral*. México: Distribuciones Fontamara, 1993.

LÜTTGER, Hans. *Medicina y Derecho Penal*. Trad. Enrique Bacigalupo. Madrid, Edersa, 1984.

MILL, John Stuart. *Sobre la libertad*. Trad. Josefa Sainz Pulido. Madrid: Aguilar, 1972.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*, v. 1. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MUÑOZ SÁNCHEZ, Javier. *Los delitos contra la integridad moral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 5 ed. Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de Bioética*. São Paulo: Loyola, 1994.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

REYES MONTERREAL, José María. Problemática jurídica de los trasplantes de órganos. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1969.

RODRIGUES, Ivana Bonesi. Responsabilidade Civil por Danos Causados aos Direitos da Personalidade. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 02, nº 09, p.119-141, jan-mar 2002.

ROMEO CASABONA, Carlos M. *Los trasplantes de órganos*. Barcelona: Bosch, 1979.

RUIZ VADILLO, Enrique. El transplante de órganos y el ordenamiento jurídico español. *Boletín Informe del Ministerio de Justicia*, n. 777, 1968.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos incluindo o estudo da Lei nº. 9.434/97, com as alterações introduzidas pela Lei nº. 10.211/01*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Transplante de órgãos e eutanásia: liberdade e responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 1992.

SANTOS, Rita Maria Paulina dos. *Dos Transplantes de órgãos à clonagem: nova forma de experimentação humana rumo à imortalidade?* Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

SCHWARTZMAN, Hélio. Mercado de órgãos. *Folha de S. Paulo*. <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaio/41535-mercado-de-orgaos.shtml>. Acesso em: 8 maio 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.