

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA  
FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”

ANA GEOVANNA ARAUJO BOTELHO

**A DESCRIMINALIZAÇÃO DO COMÉRCIO DE ÓRGÃOS NO  
BRASIL FRENTE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA**

Uberlândia

2021

ANA GEOVANNA ARAUJO BOTELHO

**A DESCRIMINALIZAÇÃO DO COMÉRCIO DE ÓRGÃOS NO  
BRASILFRENTE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado à Faculdade de Direito  
“Prof. Jacy de Assis” da Universidade  
Federal de Uberlândia como requisito  
parcial para obtenção do título de  
bacharel.

Orientadora: Cláudia Regina de Oliveira  
Magalhães da Silva Loureiro

Uberlândia

2021

ANA GEOVANNA ARAUJO BOTELHO

**A DESCRIMINALIZAÇÃO DO COMÉRCIO DE ÓRGÃOS NO  
BRASILFRENTE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA**

Relatório final, apresentado a Universidade Federal de  
Uberlândia, como requisito parcial para a obtenção do  
título de Bacharel. Uberlândia, \_\_\_\_\_, de  
\_\_\_\_\_, de \_\_\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dra. Cláudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro  
Professora orientadora

---

Prof. Dr. Marco Aurélio Nogueira  
Professor avaliador

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais, primeiramente, por terem sido o meu suporte durante os 5 anos de curso. Agradeço pela presença que nunca me faltou, o carinho, o apoio e o amor incondicional que sempre me impulsionou a ser melhor a cada dia.

A minha tia Léo, pelo cuidado e proteção ao longo da vida, e por permitir que eu apreciasse de perto sua garra e determinação, servindo-me de espelho e um objetivo a ser alcançado.

As minhas irmãs, que nunca deixaram com que eu me sentisse triste e sozinha. Não há trio melhor que o nosso. Obrigada por tudo!

Aos meus amigos Gustavo, Vanessa e Mariana, devo um agradecimento especial. A jornada acadêmica com vocês do lado se tornou leve e maravilhosa de trilhar.

E aos meus professores, que tanto ajudaram no meu processo de formação, em especial a minha orientadora Cláudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro, pela paciência e disponibilidade.

## RESUMO

Com o constante avanço da biomedicina, a transplantação de órgãos, tecidos e partes do corpo faz parte da realidade de todos os países, e é associada à uma melhora na qualidade e expectativa de vida de pacientes com doenças irreversíveis. No Brasil, adota-se o sistema altruísta para a captação de órgãos, no entanto, com o refinamento das técnicas e o advento de drogas imunossupressoras, o encaminhamento de pacientes para realizar o procedimento cresceu exponencialmente, ao passo que a oferta de órgãos restou estagnada. A escassez de órgãos dá início a longas listas de espera, nas quais é possível constatar óbitos daqueles que aguardavam. Em decorrência de tal cenário, são criados os mercados ilegais, onde traficantes promovem a compra e venda de órgãos, explorando essencialmente os indivíduos economicamente vulneráveis. Diante disso, surgem diversas propostas que visam a descriminalização do comércio de órgãos, para que assim possa ser criado um mercado lícito e regulamentado, de modo a suprir a demanda atribuindo incentivos financeiros às doações. Entretanto, tais propostas levantam debates éticos, jurídicos e econômicos, que contestam sua validade frente ao princípio da dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito. Destarte, o objeto central deste trabalho é analisar os argumentos que norteiam as correntes favoráveis e contrárias à descriminalização do comércio de órgãos no Brasil. Para tanto, o presente estudo foi realizado através de pesquisa qualitativa e quantitativa de dados, com a utilização do método dedutivo científico e de procedimentos técnicos bibliográficos e documentais. O trabalho foi estruturado a partir de uma análise aprofundada do princípio da dignidade humana e sua proteção no ordenamento jurídico brasileiro, perpassou pelo exame do panorama geral de transplantação de órgãos no Brasil, explorando as informações referentes à sistematização das instituições que compõe o Sistema Nacional de Transplantes, a legislação vigente acerca do tema e a realidade nacional do cenário de doação de órgãos. Após, buscou-se realizar um estudo de dois modelos de captação de órgãos antagônicos, um fundado no altruísmo e o outro em um sistema de compensação financeira, de modo que os dados obtidos pudessem contribuir com a premissa final defendida. Foi desenvolvida uma pesquisa sobre as mazelas do Tráfico de Órgãos, com ênfase na política nacional de enfrentamento ao tráfico. Por fim, houve a explanação das concepções favoráveis e contrárias à descriminalização do comércio de órgãos e sua conseqüente regulamentação, concluindo pela impossibilidade de tal feito, vez que viola os princípios constitucionais e bioéticos. Constatou-se mediante o estudo que há outras medidas cabíveis e eficientes a se adotar para promover e fomentar a captação de órgãos no Brasil.

**PALAVRAS- CHAVE:** Comércio de órgãos. Dignidade Humana. Tráfico de órgãos. Lei de Transplantes.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>7</b>
<b>2. O PRIMADO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO ORDENAMENTO JURÍDICO.....</b>	<b>9</b>
2.1.A tutela da dignidade humana na Constituição Federal de 1988 – direitos e garantias fundamentais.....	13
2.2.Os direitos da personalidade como manifestação da dignidade humana.....	18
2.3.A tutela do ser humano frente aos avanços da biomedicina por meio da bioética e do biodireito.....	20
<b>3. PANORAMA GERAL DA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS, TECIDOS E PARTES DO CORPO NO BRASIL.....</b>	<b>23</b>
3.1.Modelo organizacional do Sistema Nacional de Transplantes.....	25
3.2.A atual Lei de Transplantes – Lei 9434/97.....	28
3.2.1. <i>Doação post mortem</i> .....	30
3.2.2. <i>Doação intervivos</i> .....	36
<b>4. MODELOS INTERNACIONAIS.....</b>	<b>39</b>
4.1. Modelo espanhol e o sucesso na captação de órgãos <i>post mortem</i> .....	40
4.2.Sistema regulado de compensação na doação <i>intervivos</i> entre não-relacionados – Irã.....	43
<b>5. TRÁFICO DE ÓRGÃOS.....</b>	<b>47</b>
5.1. Análise jurídico-penal no direito brasileiro e nos documentos internacionais.....	47
<b>6. A (DES)CRIMINALIZAÇÃO DO COMÉRCIO DE ÓRGÃOS, TECIDOS E PARTES DO CORPO.....</b>	<b>53</b>
6.1.Correntes favoráveis à descriminalização.....	53
6.2.Correntes contrárias à descriminalização.....	56
<b>7. CONCLUSÃO.....</b>	<b>59</b>
<b>8. REFERÊNCIAS.....</b>	<b>62</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Com a evolução da biomedicina no campo dos transplantes de órgãos, o refinamento das técnicas cirúrgicas e a introdução dos medicamentos imunossupressores no final da década de 50, tornou-se possível que pacientes com doenças irreversíveis retomassem a sua qualidade de vida e obtivessem esperanças quanto ao seu quadro clínico. Tal conquista médica resultou em diversos reflexos nas relações sociais, como era de se esperar, tendo em vista que para se realizar o procedimento é necessário incluir uma terceira pessoa entre a relação médico-paciente, o doador. Dessa forma, de modo a salvaguardar as situações emergidas com a transplantação, fez-se mister a intervenção do Direito para regulamentar a prática de retirada de órgãos.

Hodiernamente no Brasil, os procedimentos envolvendo transplantação de órgãos são regulados por legislação própria – Lei 9.434/97, denominada Lei de Transplantes – e foram elevados à matéria constitucional com a redação do art. 199, §4º da Constituição Federal de 1988, que vedou qualquer tipo de comercialização de órgãos. A Carta Magna, dessa forma, harmoniza-se com os preceitos internacionais que impedem a prática da compra e venda de órgãos, tais como, o Protocolo de Palermo e a Declaração de Istambul.

Destarte, o modelo para captação de órgãos vigente é inteiramente baseado no altruísmo, fundado no princípio da solidariedade, sendo abastecido por doações nas modalidades *post mortem* e *intervivos*. Entretanto, em razão da alta demanda em face da tímida oferta, esse modelo vêm recebendo duras críticas quanto à sua eficácia. Agrava-se este cenário quando, pela escassez de órgãos, surge um mercado ilegal de compra e venda de órgãos. O Tráfico de Órgãos, aproveita de duas situações distintas com vistas à obter lucro: a necessidade de pacientes doentes e debilitados, e a miséria. Nesse terreno de mazelas, o tráfico cria suas raízes e se espalha por todo o território mundial, sendo uma das 3 modalidades de contrabando mais rentáveis.

Para evitar que a escassez de órgãos faça mais vítimas, sendo elas pelo comércio ilegal ou pela demora na fila de transplantes, surgem diversas correntes que defendem a criação de um comércio regulado de órgãos. Muitas apontam para um sistema centralizado no poder Estatal, de forma a barrar o livre comércio e eventuais abusos. Entretanto, a comercialização de partes não regeneráveis do corpo humano esbarra em princípios

como o da dignidade humana, o direito à integridade física e moral dentre outros. Na contramão daqueles que pedem pela manutenção do atual sistema altruísta, os apoiadores do comércio lícito de órgãos, acusam o Estado de intervir indevidamente na liberdade individual das pessoas, ao limitar-lhes do pleno gozo de sua autonomia e poder de escolha.

Desta feita, o presente estudo visa destrinchar a seara da dignidade humana, bem como, os direitos reflexos à ela, como as garantias fundamentais presentes na Constituição Federal, os direitos da personalidade no Código Civil e os princípios bioéticos que regem o universo científico. Para que seja coerente uma averiguação entre as propostas apresentadas, faz-se mister também analisar o contexto atual de doação de órgãos no Brasil, o Sistema Nacional de Transplantes e a legislação vigente, pois só assim é possível entender com profundidade as razões do desequilíbrio entre oferta e demanda.

Com vistas à garantir ao estudo um campo de abrangência maior, pretendeu-se analisar dois modelos internacionais de captação de órgãos, de naturezas distintas – um baseado no altruísmo (modelo espanhol) e o outro no sistema de compensação financeira (modelo iraniano) – ambos com exponenciais resultados, para tornar possível a apreciação dos erros e acertos no modelo nacional vigente.

Parte-se então para o campo de análise do tráfico de órgãos, um mercado ilegal com raízes na escassez de órgãos para transplante, sob uma visão centralizada na legislação pátria atual e suas eventuais falhas.

Por fim, há a explanação dos argumentos favoráveis e contrários a descriminalização do comércio de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, momento em que encerra-se a parte de desenvolvimento do presente estudo e parte-se para a conclusão final obtida através das premissas arguidas no decorrer do trabalho.

## 2. O PRIMADO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Após a Segunda Guerra Mundial, onde o repertório de barbáries legitimado por regimes autoritários fora exposto diante o mundo todo, o Positivismo Jurídico tornou-se o centro de ataques, sendo acusado de possuir caráter neutro e contribuir para a exclusão da moralidade no campo normativo.<sup>1</sup> Há nesse cenário então, o surgimento de uma cultura pós-positivista, que reaproximou o Direito da filosofia moral e da filosofia política<sup>2</sup>, fazendo com que a ideia de dignidade humana passasse de um mero objetivo político a ser alcançado pelos Estados, para um direito juridicamente tutelado<sup>3</sup>.

A dignidade humana é o cerne do presente capítulo e dos tópicos que se seguem, pois possui inegável importância nos campos moral e jurídico do transplante de órgãos, tecidos e partes do corpo, objeto de estudo desta monografia, bem como no direito pátrio e internacional. Pode ser vista como o ponto de partida de várias outras ferramentas que objetivam a proteção do ser enquanto humano e não coisa, motivo pelo qual é veementemente usada para combater a ideia de um comércio de órgãos regulados.

Ainda no cenário pós-guerra supracitado, têm-se que a dignidade humana foi a ideia unificadora que gerou a reação contra o nazismo e tudo aquilo que ele representava. Dessa forma, foi sendo consolidado o consenso de ela ser um dos principais fundamentos dos direitos humanos<sup>4</sup>, como, por exemplo, na Declaração de Vienna de 1993, que dispôs em seu preâmbulo “*reconhecendo e afirmando que todos os direitos humanos têm origem na dignidade e valor inerente à pessoa humana [...]*”<sup>5</sup> e, também, na Declaração Universal

---

<sup>1</sup> BAHIA, Charles Nunes *et al.* POSITIVISMO JURÍDICO E NAZISMO: a superação do mito: legal positivism and nazism: overcoming the myth. **Revista Filosofia do Direito e Intersubjetividade**, [s. l.], v. 5, n. 1, p. 1-16, 2014. Disponível em: <https://www.univali.br/graduacao/direito-itajai/publicacoes/revista-filosofia-do-direito-e-intersubjetividade/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/138/3.04%20-%20POSITIVISMO%20E%20NAZISMO.pdf>. Acesso em: 16 set. 2021.

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Mimeografado, 2010. Versão provisória para debate público.

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Mimeografado, 2010. Versão provisória para debate público.

<sup>4</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Mimeografado, 2010. Versão provisória para debate público.

<sup>5</sup> Conferência Mundial sobre Direitos Humanos. **Declaração e Programa de Ação de Viena**, 1993 Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declara%C3%A7%C3%B5es-e-Tratados-Internacionais-de-Prote%C3%A7%C3%A3o/declaracao-e-programa-de-acao-de-viena.html> Acesso em: 10 set.

dos Direitos Humanos de 1948, que afirma “ [...] o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo [...] ”<sup>6</sup> .

A priori, o conceito de dignidade fundava-se em preceitos filosóficos, constituindo-se em um valor, ligado à ideia de bom, justo e virtuoso<sup>7</sup>. Nesse contexto, temos a iminente influência do pensamento Kantiano à sua concepção, em especial nas formulações acerca do imperativo categórico, autonomia e dignidade.

Para o filósofo, a ética prescreve leis destinadas a reger condutas, estas leis exprimem um imperativo, que, vindo a ser o categórico, determina condutas necessárias e boas em si mesmas<sup>8</sup>, consagrando assim uma forma de se conceber a ação ética, não sendo necessário dispor de forma exaustiva sobre cada virtude específica<sup>9</sup>. No tocante à autonomia, entende por ser a expressão da vontade livre e da capacidade do indivíduo de se autodeterminar em conformidade com a representação de certas leis, sendo estas últimas o resultado de uma autoregulação (onde a moralidade/conduta ética consiste em não se afastar do imperativo categórico) e não uma imposição externa.<sup>10</sup> Por fim, a dignidade é analisada no contexto do “reino dos fins” onde, para Kant:

*“[...] tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se por em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade”*<sup>11</sup>

Ao migrar para as vias políticas, a dignidade passa a integrar os documentos

---

2021

<sup>6</sup> Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal de Direitos Humanos, 10 dez. 1948** . Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> Acesso em: 10 set. 2021

<sup>7</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Mimeografado, 2010. Versão provisória para debate público.

<sup>8</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Mimeografado, 2010. Versão provisória para debate público. Apud. KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. 2004

<sup>9</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Mimeografado, 2010. Versão provisória para debate público. Apud. CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. 1999, p. 346

<sup>10</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Mimeografado, 2010. Versão provisória para debate público.

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Mimeografado, 2010. Versão provisória para debate público.. Apud. KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. 2004. p. 77

internacionais (como os referenciados anteriormente), sendo considerada um dos principais fundamentos dos Estados Democráticos. Mas é com a reaproximação do Direito à filosofia moral que a expressão adquire um conceito jurídico, com força normativa. Dessa forma, em acordo com as palavras do excelso Ministro Luis Roberto Barroso: “*a dignidade humana, sem deixar de ser um valor moral fundamental, ganha também status de princípio jurídico.*”<sup>12</sup>

Objetivando fornecer características básicas à noção da dignidade humana no cenário jurídico, deve-se afastar seus preceitos de quaisquer conteúdos totalizadores ou discursos que visem utilizá-la como um fundamento para posições moralistas, intolerantes e autoritárias. Dessa forma, deve ser delineada pela neutralidade política, laicidade, multiculturalidade e universalidade, de modo a ser um princípio compartilhado por todas as nações e populações<sup>13</sup>.

O princípio da dignidade da pessoa humana possui eficácia direta, subsumindo a realidade ao seu comando concreto; interpretativa, pois condiciona o sentido e alcance das regras; e negativa, pois, retira a validade de aplicação de qualquer norma ou ato que seja incompatível com seu mandamento<sup>14</sup>. Vale ressaltar que, os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância<sup>15</sup>, fazendo com que possam ser aplicados em graus diferentes, de acordo com as peculiaridades de cada caso<sup>16</sup>, motivo pelo qual podem ser chamados de mandados de otimização e estão sujeitos à ponderação e à proporcionalidade<sup>17</sup>.

Assim como fora exposto as três premissas do pensamento Kantiano que influenciaram a fundamentação em torno da dignidade humana, há também em sua

---

<sup>12</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Mimeografado, 2010. Versão provisória para debate público.

<sup>13</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Mimeografado, 2010. Versão provisória para debate público.

<sup>14</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Mimeografado, 2010. Versão provisória para debate público.

<sup>15</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Tradução e notas: Nelson Boeira

<sup>16</sup> MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p.217, Apud. Mendes, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.183

<sup>17</sup> MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

concepção atual, três conteúdos básicos essenciais: valor intrínseco, autonomia e valor social da pessoa humana.

O valor intrínseco da pessoa humana está diretamente ligado à premissa da dignidade Kantiana, onde o ser é um fim em si mesmo, e não pode ser utilizado apenas como meio para alcançar um objetivo, tampouco, possa ser precificado, pois apenas as coisas possuem um preço<sup>18</sup>. Migrada para o plano jurídico, tal característica impõe sua inviolabilidade e da origem a uma série de direitos fundamentais, dentre eles, alguns destacam-se pela importância ao presente estudo, tais como, o direito à vida, à igualdade, à liberdade, que encontram amparo no direito pátrio no art. 5º da Constituição Federal. Seria justo pensar que uma pessoa disposta a vender um rim em troca de certa quantia em dinheiro estaria isenta de coações externas para exercer seu direito à liberdade de forma genuinamente livre? Ou seria legítimo ao Estado a promulgação de leis que limitam a autonomia e autodeterminação do indivíduo, com o condão de protegê-lo? Duas faces da mesma moeda que vão ser debatidas nos capítulos seguintes do presente trabalho.

No tocante à autonomia, têm-se a capacidade de autodeterminação do indivíduo, o direito de poder decidir livremente sobre os mais diversos aspectos da sua vida sem qualquer tipo de coerção externa, pois é considerado um ser moral e consciente, dotado de vontade, livre e responsável<sup>19</sup>. Entretanto, para que se tenha o pleno gozo dessa dimensão da dignidade humana, é preciso mais que condutas negativas do Estado, ou seja, não intervir no livre arbítrio do sujeito, é necessário garantir condições mínimas para o seu exercício, constituindo assim obrigações positivas da atuação estatal, através da promoção da igualdade.

Por fim, a dignidade como valor comunitário pode ser vista como uma limitação ao próprio exercício da liberdade enunciada acima, pois preocupa-se em coibir eventuais abusos ao uso de tal prerrogativa, visando a proteção do indivíduo em face de si mesmo, proteção de direitos de terceiros e da sociedade e seus valores, tal como a solidariedade<sup>20</sup>,

---

<sup>18</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Mimeografado, 2010. Versão provisória para debate público.

<sup>19</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Mimeografado, 2010. Versão provisória para debate público. Apud. CHAÚÍ, Marilena. Convite à filosofia. 1999, p. 337-38

<sup>20</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Mimeografado, 2010. Versão provisória

alicerce do modelo altruísta de captação de órgãos e tecidos vigente.

Nota-se que, por ter sido originada no campo filosófico, as vezes encontra-se uma certa dificuldade em tornar objetivo e concreto seu conceito, ainda mais estando em uma evolução constante, que amolda-se à realidade fática das sociedades, culturas e tempos. Entretanto, tais variações não excluem o conteúdo essencial da dignidade humana, pois, muito da concepção moderna possui uma inegável influência das premissas Kantianas. Dessa forma, assim como nas gerações de direitos fundamentais, pode-se deduzir que uma nova maneira de se enxergar a dignidade não exclui as outras já pre-existentes, mas as complementa.

Ante todo o exposto neste capítulo, observa-se que a dignidade da pessoa humana é um forte instrumento de proteção ao ser, tanto em suas relações privadas quanto nas relações com o Estado. No Brasil, é vista como um dos fundamentos básicos do ordenamento jurídico, figurando tanto no art. 1º, III da Constituição Federal, quanto no preâmbulo, ainda que por meio de suas diversas ramificações – “[...] assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade [...] a igualdade e a justiça como valores supremos uma sociedade fraterna [...]”<sup>21</sup>. Posto isso, passaremos a tratar das normas contidas nos documentos pátrios que visam positivar e solidificar a proteção à dignidade.

## **2.1. A tutela da dignidade humana na Constituição Federal – direitos e garantias fundamentais**

A Carta Magna do nosso ordenamento pátrio, promulgada em 1988, constitui o alicerce em que está ancorado o Direito Público. Trata-se de um conjunto de normas fundamentais e supremas, responsáveis pela criação, estruturação e organização político-jurídica de um Estado<sup>22</sup>. Nas palavras de U. L. Bulos: “*é o instrumento que ocasiona o abandono da sujeição absoluta às imposições pessoais dos governantes para a obediência voltada à entidade estatal.*”<sup>23</sup>

---

para debate público.

<sup>21</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) Acesso em: 10 set. 2021

<sup>22</sup> MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017

<sup>23</sup> MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p.27. Apud.

Em decorrência do princípio da supremacia da Constituição, as normas constitucionais são hierarquicamente superiores às demais normas jurídicas. Os dispositivos constantes na Carta Maior são ordenados e sistematizados, conferindo-lhes um sentido de todo unitário e harmônico com um alinhamento de preceitos fundamentais.<sup>24</sup>

Na Constituição Federal brasileira, a dignidade humana encontra-se disposta no art. 1º, III, no Título I - dos Princípios Fundamentais<sup>25</sup>. É mister ressaltar que, o constituinte ao destinar um título denominado “Princípios Fundamentais”, posto, estrategicamente como o primeiro no documento, deixou transparecer sua clara intenção de defini-los como núcleo essencial da nossa Constituição<sup>26</sup>.

O Título II do diploma constitucional trata dos direitos e garantias fundamentais, definidos nos arts. 5º a 17. Os direitos e garantias fundamentais possuem fundamento na dignidade da pessoa humana, e esta, por sua vez, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção daqueles. Tal relação se dá pelo fato de que as pessoas são titulares de direitos humanos em função de sua dignidade<sup>27</sup>. E, como acertadamente dispõe o autor e jurista Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p.45):, citando Miguel Angel Alegre Martinez:

*“ainda que a dignidade preexista ao direito, certo é que o seu reconhecimento e proteção por parte da ordem jurídica constituem requisito indispensável para que esta possa ser tida como legítima”*<sup>28</sup>

Os direitos fundamentais não estão dispostos em sua totalidade na Constituição, quiçá abarcados em um único agrupamento. Apesar de possuírem um título próprio e uma extensa lista de artigos e incisos, há direitos fundamentais esparsos pelo documento constitucional ou mesmo, direitos que ainda não foram positivados, mas podem ser percebidos por meio da aplicação do princípio da dignidade humana ao fato gerador de

---

Bulos, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 27

<sup>24</sup> MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, pg. 62

<sup>25</sup> BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988**. Art. 1º, III. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) Acesso em: 10 set. 2021

<sup>26</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 37.

<sup>27</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 37., pg. 48

<sup>28</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 37.. Apud. Cf. M. A. Alegre Martínez, **La dignidad de la persona...**, p. 29. Entre nós e dentre outros, v. E. Pereira de Farias, **Colisão de Direitos**, p. 51

determinada situação, tal como o direito ao esquecimento, que não possui previsão expressa mas encontra amparo na CF em decorrência do direito à privacidade, intimidade e honra, consagrados no art. 5º, X<sup>29</sup>.

Dito isso, podemos passar para uma análise das características inerentes à esses direitos. Grande parte da doutrina indica que as garantias fundamentais possuem 9 qualidades que lhe são associadas de forma constante: *universalidade*, que aponta a existência de um núcleo mínimo de direitos que deve estar presente em todo lugar e para todas as pessoas; *historicidade*, pois podem ser modificados ao longo do tempo e em virtude dos avanços da sociedade; *indivisibilidade*, pois formam um sistema harmônico, coerente e indissociável; *Imprescritibilidade e inalienabilidade*, pois os detentores dos direitos fundamentais não podem deles dispor e tampouco eles prescrevem; *relatividade*, pois nenhum direito é absoluto, e pode ser relativizado em conflito com outros direitos fundamentais; *inviolabilidade*, como a impossibilidade de desrespeito aos preceitos constitucionais via determinações infraconstitucionais; *complementariedade*, pois os direitos fundamentais são interpretados de forma conjugada, com o fito de conceder máxima proteção à dignidade humana; *efetividade*, como forma de guiar a atuação estatal para a máxima efetivação de tais direitos; e, por fim, *interdependência*, onde as previsões constitucionais que se traduzem em direitos fundamentais possuem ligações intrínsecas, com o intuito de intensificar sua aplicação e, dessa forma, garantir sua máxima efetivação.<sup>30</sup>

No tocante aos Direitos e Garantias Fundamentais dispostos no Título II da Carta Maior, temos a seguinte classificação: capítulo I – dos direitos e deveres individuais e coletivos (art.5º); capítulo II – dos direitos sociais (art. 6º ao 11); capítulo III – da nacionalidade (art. 12 e 13); capítulo IV – dos direitos políticos (art. 14 a 16); e capítulo V – dos partidos políticos (art. 17)<sup>31</sup>. Para o presente estudo, será de grande valia a análise dos dois primeiros capítulos, tão somente por isso nos atentaremos às suas especificações e desdobramentos, o que não significa dizer que são mais relevantes em detrimento dos outros, pois todos os direitos fundamentais possuem o mesmo grau de hierarquia.

---

<sup>29</sup> MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p.247

<sup>30</sup> MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, pg. 206-208

<sup>31</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) Acesso em: 10 set. 2021

No “Capítulo I – dos direitos e deveres individuais e coletivos”, temos como titulares dos direitos individuais o sujeito individualmente considerado, enquanto nos direitos coletivos a titularização pertence à uma categoria de pessoas, ainda que elas não possam ser individualizadas de forma precisa. Dentre os principais e mais relevantes direitos contidos neste capítulo, podemos destacar os seguintes: direito à vida; direito à liberdade; direito à igualdade; direito à privacidade; direito à propriedade. Vamos nos ater principalmente aos dois primeiros, em razão do objeto de estudo do presente trabalho.

A vida humana é o bem jurídico mais importante dentre todos os direitos constitucionalmente tutelados<sup>32</sup> por uma questão um tanto quanto óbvia: estar vivo é um pressuposto para que se possa usufruir dos outros direitos. A doutrina costuma separá-lo mediante duas perspectivas: direito de continuar vivo e direito de ter uma vida digna. No primeiro, é preciso garantir proteção à existência e integridade física do sujeito, em face do Estado ou qualquer outro particular, como disposto no inc. XLVII, alínea a, art. 5º da CF/88. No tocante à vida digna, como já indica o nome, há uma intrínseca relação com a dignidade humana, onde o Estado deve adotar medidas que tenham o condão de garantir condições ao indivíduo para que ele possa viver e não apenas sobreviver. Deve fornecer acesso à bens e utilidades básicas, serviços essenciais e propiciar um contexto favorável para o pleno exercício de outros direitos constitucionalmente tutelados, tais como, direito à propriedade, trabalho entre outros, contribuindo assim, para que também seja assegurado materialmente o direito à liberdade.

A liberdade, nessa toada, pode ser observada como uma expressão da autonomia, um dos alicerces da concepção da dignidade da pessoa humana, e apresenta-se em duas facetas, elaboradas por Isaiah Berlin: (a) liberdade negativa, onde o indivíduo somente é livre se não há interferência em suas decisões, tanto pelo Estado quanto por um particular; e (b) liberdade positiva, onde o sujeito deve ter o poder e os recursos para determinar suas próprias ações, ter o “autodomínio” e ser “seu próprio senhor”<sup>33</sup>. O conceito de liberdade ora exposto, traçou o caminho para a normatização constitucional, engendrando os seguintes dispositivos: liberdade de ação (art. 5, inc. II, CF/88), constituindo-se como uma garantia constitucional do indivíduo de rechaçar qualquer imposição externa que não seja a

---

<sup>32</sup> MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 238

<sup>33</sup> MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. Apud BERLIN, Isaiah. **Dois conceitos de liberdade**. ” In: HARDY, H. e HAUSHEER, R. (orgs.) Isaiah Berlin: **Estudos sobre a Humanidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

legal; liberdade de pensamento e manifestação (art. 5º, inc. IV, CF/88; liberdade de consciência, crença e culto (art. 5º, incs. VI a VIII, CF/88); liberdade de profissão (art. 5º, inc. XIII, CF/88); liberdade de locomoção (art. 5º, inc. XV, CF/88); liberdade de reunião (art. 5º, inc. XVI, CF/88); e liberdade de associação (art. 5º, inc. XVII a XXI).

Partindo para a breve, porém importante, análise do “capítulo II – dos direitos sociais”, nota-se que o constituinte ao determinar, mesmo que de forma genérica, que os direitos sociais consistiriam em: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia etc, visou a garantia de direitos mínimos à coletividade, que assegurem uma existência digna para os indivíduos.

Em contraste com os direitos individuais elencados no capítulo anterior, que em sua maioria exigiam uma conduta negativa por parte dos Poderes Públicos, os direitos sociais têm em sua essência uma postura positiva, de fazer, ajudar, fornecer, ou seja, dependem de uma intervenção estatal. Em acordo com o pensamento de José Afonso da Silva:

*“[...] São, portanto, direitos que se ligam ao direito da igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da dignidade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”<sup>34</sup>*

Verifica-se então, de forma clara, o sistema harmônico criado no constitucionalismo brasileiro. Os direitos sociais são, em uma abstração simples e breve, mecanismos para melhorar a qualidade de vida dos indivíduos, proteger os setores sociais economicamente carentes e estruturalmente frágeis, de modo a preencher lacunas geradas pela desigualdade social. Com isso, os direitos sociais propiciam o contexto favorável para a efetivação dos direitos individuais.

Em um contexto de mercado regulado de órgãos, a insuficiência estatal em tutelar os direitos sociais dos indivíduos seria evidente, vez que, em razão da desigualdade social, algumas pessoas seriam compelidas à dispor do próprio corpo para garantir sua existência digna. Na mesma linha de pensamento, Jandir Pauli acredita que a miséria dos desassistidos é o que permite o mercado de órgãos<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 322. Apud. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª ed. atual. São Paulo. Malheiros, 2010, p. 286-287.

<sup>35</sup> PAULI, Jandir. Doação organizacional em face ao mercado de órgãos: uma análise do modelo brasileiro de transplantação. **Nova Economia**, [S.L.], v. 29, n. 1, p. 339-363, abr. 2019. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/0103-6351/3528>.

## 2.2. Os direitos da personalidade como manifestação da dignidade humana

Os direitos da personalidade são, em acordo com o entendimento do Enunciado nº 274, aprovado na IV Jornada de Direito Civil de 2006, expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, prevista no art. 1º, inc. III, da CF/88<sup>36</sup>. Dessa forma denota-se que, assim como os direitos fundamentais foram os protagonistas na Constituição Federal para regular a matéria concernente à proteção da dignidade da pessoa humana, há também no Código Civil, diploma legal de Direito Privado, os direitos da personalidade que, nas palavras de Flávio

Tartuce: “[...] são aqueles inerentes à pessoa e à sua dignidade”<sup>37</sup>. Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho e Maria Helena Diniz entendem que os direitos da personalidade são aqueles que tem por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa, que traduzem-se em um direito subjetivo de defender o que lhe é próprio – integridade física, integridade intelectual e integridade moral<sup>38</sup>.

A partir da análise do entendimento doutrinário podemos perceber que, os direitos da personalidade são fruto da captação dos valores fundamentais contidos no diploma legal constitucional, transpostos ao Direito Civil. Destarte, devido a sua importância, o ordenamento brasileiro decidiu por tutelar a dignidade tanto no Direito Público quanto no Direito Privado, que atuam de maneira complementar e harmônica dentro da visão unitária do sistema jurídico.

Os direitos da personalidade estão previstos no rol dos arts. 11 a 21 do Capítulo II, Título I do Código Civil de 2002. Do artigo 11 podem ser extraídas algumas de suas características:

*“Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”<sup>39</sup>*

<sup>36</sup> IV Jornada de Direito Civil. **Enunciado 274**. 2006. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219> . Acessado em: 16 set. 2021

<sup>37</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: lei de introdução e parte geral. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

<sup>38</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: lei de introdução e parte geral. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Apud. Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho e Maria Helena Diniz.

<sup>39</sup> BRASIL. **Código Civil**, Lei nº 10.406 de 2002 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm) Acesso em: 16 set. 2021

São irrenunciáveis pois não podem ser objeto de renúncia por seu titular, tendo em vista sua natureza cogente. São intransmissíveis pois não admitem cessão de tais direitos, salvo disposição em contrário. Entretanto, há hipóteses em que se admite sua disponibilidade relativa, tais como: cessão onerosa dos direitos patrimoniais decorrentes da imagem; e a própria cessão gratuita de órgãos, tecidos ou partes do corpo, desde que sejam para fins altruísticos ou científicos, como consta no art. 13, P.U e art. 14, ambos previstos no rol de direitos da personalidade. Em atenção ao P.U do art. 13, a doação *inter vivos* só pode ocorrer quando se tratar de órgão duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não importe em grave risco para a vida do doador e de suas aptidões vitais, conforme o art. 9º, §3º da Lei 9434/97<sup>40</sup>, que trata sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo para fins de transplante e tratamento.

Os direitos da personalidade também são inatos ao ser, absolutos, imprescritíveis, impenhoráveis e ilimitados. Algumas dessas características comportam exceções, como posto, por exemplo, na previsão do Enunciado n. 139, da III Jornada de Direito Civil, segundo o qual “*os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariando a boa-fé objetiva e os bons costumes*”<sup>41</sup>, relativizando seu caráter absoluto.

Assim como o rol de direitos fundamentais não é taxativo, também não é o de direitos da personalidade, tampouco seria possível ser, pois o ser humano vive em uma sociedade em constante evolução, onde acompanha seus progressos e mudanças, sendo, portanto, impossível abarcar todos os direitos existentes e os que ainda surgiriam em razão de modificações da relação entre particulares e também entre o indivíduo e o Estado. Por tal maneira que se fala na cláusula geral de tutela humana, prevista no art. 1º, inc. III, CF/88, que admite outros direitos da pessoa<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> BRASIL. **Lei de Transplantes**, nº 9.434 de 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm) Acesso em: 16 set. 2021

<sup>41</sup> III Jornada de Direito Civil. **Enunciado 139** Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/222> Acesso em: 15 set. 2021

<sup>42</sup> IV Jornada de Direito Civil. **Enunciado 274** . 2006. <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219> Acesso em: 15 set. 2021

### 2.3. A tutela do ser humano frente aos avanços da biomedicina por meio da bioética e do biodireito

Com o progresso científico no campo das ciências biomédicas, da engenharia genética, da embriologia e das altas tecnologias aplicadas à saúde, houve uma gradual mudança no agir da medicina tradicional nos últimos 30 anos. Diante esse cenário, foram criados vários institutos não governamentais preocupados com a expansão dos problemas éticos provocados pelas novas descobertas<sup>43</sup>.

Como esse progresso biomédico impacta diretamente na vida de todos os sujeitos de uma sociedade, imprudente seria não analisar esse novo cenário de uma perspectiva moral e jurídica, com vistas a tutelar a dignidade dos indivíduos envolvidos e da coletividade. Posto isso, a bioética consistiria no estudo da moralidade humana na área das ciências da vida, visando adequar as novas conquistas biotecnológicas com as normas vigentes na sociedade atual.

A bioética tem como referencial para traçar suas diretrizes, o valor supremo da pessoa humana e, como já podemos notar no começo deste capítulo, este se verifica no princípio norteador do Estado Democrático de Direito: o da dignidade humana. Desta forma, o ser humano será sempre visto como o fim e nunca como meio, devendo ser rechaçada toda conduta que venha a reduzir o indivíduo à condição de coisa<sup>44</sup>.

Atenta à esse dever de tutelar a dignidade humana frente aos avanços da biomedicina, a bioética no final da década de 70 e início dos anos 80 institui quatro princípios básicos, consignados no *Belmond Report*, publicado em 1978, pela *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*.<sup>45</sup>

(a) Justiça: impõe a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios, no tocante à

---

<sup>43</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007., p. 29.

<sup>44</sup> . Na lição de Maria Helena Diniz cit. Maria Garcia “há desrespeito à dignidade humana sempre que o homem deixa de corresponder a um fim em si mesmo e for instrumentalizado para fins alheios a ele, ocasionando a “descaracterização da pessoa humana como sujeito de direitos”. DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>45</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. pg. 38. Apud. Sérgio Ibiapina et. al, **Apresentando a bioética, in Iniciação à bioética**, cit., p. 15

prática médica pelos profissionais de saúde.

- (b) Beneficência: tal princípio exige dois atos: não causar dano e maximizar os benefícios, minimizando os possíveis riscos. Tal princípio deve ser verificado caso a caso, pois seria impossível listar quais condutas estariam em acordo com a beneficência.
- (c) Não maleficência: determina a obrigação de não acarretar dano intencional
- (d) Autonomia: o poder do indivíduo de decidir livremente, sem coação externa e ciente de todas as informações necessárias acerca do procedimento.

No campo da regulamentação temos o biodireito, que consiste no estudo jurídico que possui como fontes imediatas a bioética e a biogenética e possui a vida como objeto principal. Como bem assevera Regina Lucia:

*“a esfera do biodireito compreende o caminhar sobre o tenue limite entre o respeito as liberdades individuais e a coibição de abusos contra o indivíduo ou contra a especie humana”<sup>46</sup>*

Posto isso, pode ser observado a intrínseca ligação entre bioética e o biodireito, uma vez que, cabe à bioética estudar e levantar questões importantes emergentes, sugerindo as diretrizes e soluções éticas cabíveis, enquanto o biodireito é responsável por fornecer as soluções jurídicas e vincular a sociedade às suas ordenações, sempre em observância a proteção do ser humano em sua integralidade<sup>47</sup>.

A doação de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano com fundamento no altruísmo não configura-se como uma questão controvertida para o biodireito no cenário atual, tendo em vista já possuir uma Lei própria que normatiza o procedimento, a Lei 9.434 promulgada em 1997 e ratificada pelo Dec. 2.268/97. O transplante de órgãos e tecidos, desde que gratuito, também encontra escopo normativo no Código Civil 2002, nos arts. 13 e 14, integrando o rol dos direitos da personalidade. Entretanto, há movimentações na seara jurídica para que seja regulamentado o comércio de partes do corpo humano que, atualmente, é tipificado na Lei de Transplantes, no seu capítulo V, como crime passível de pena de reclusão e multa. Diante todo o exposto, seria possível encontrar um modelo de transplantação de órgão que atenda a essa “finalidade econômica” com o respaldo da

---

<sup>46</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 32 Apud. Regina L. F. Sauwen, “Da persona” ao clone, *Revista Brasileira de Direito Comparado*

<sup>47</sup> RIVABEM, Fernanda Schaefer. Biodireito: uma disciplina autônoma?. **Revista Bioética**, [S.L.], v. 25, n. 2, p. 282-289, ago. 2017. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422017252188>.

bioética e do biodireito?

Com o desenrolar do trabalho pretendemos encontrar uma resposta satisfatória para essa pergunta e todos os outros questionamentos urgidos a partir da ideia de um comércio regulado de órgãos e tecidos.

### 3. PANORAMA GERAL DA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS, TECIDOS E PARTES DOCORPO NO BRASIL

A técnica do transplante de órgãos, tecidos ou partes do corpo têm seu marco inicial relativamente recente, o primeiro registro de cirurgia que obteve sucesso aconteceu no ano de 1954, em Boston, por David Hume, em uma transplantação de rim. Já o primeiro transplante cardíaco, aconteceu apenas em 1967, por Christian Barnard, na cidade do Cabo, ganhando notoriedade mundial<sup>48</sup>.

Entretanto, apesar de ter sido sedimentada na década de 50, os relatos em torno da prática atravessam os séculos. Podemos encontrar na mitologia contos de diversas culturas que tratam da substituição de um órgão ou tecido doente por outro saudável, como por exemplo, o transplante de asas de Ícaro e Dédalo na Ilha de Creta<sup>49</sup>. Há até mesmo na Bíblia registro a respeito do tema, caso dos gêmeos São Cosme e São Damião, que usaram a perna de um etíope morto para curar a de um cristão que estava necrosada, ganhando reconhecimento como “o milagre de Cosme e Damião”<sup>50</sup>. Tal façanha os fez padroeiros da medicina e dos transplantes, fazendo com que, no Brasil, o dia 27 de setembro, dia de São Cosme e Damião, fosse considerado pela Associação Brasileira de Transplante de Órgãos (ABTO), em 1999, e pelo Governo Federal, em 2007, como o Dia Nacional do Doador (Lei nº11.584).<sup>51</sup>

Após 10 anos do primeiro registro documentado de transplante renal, em 1964 a transplantação teria seu pontapé inicial no Brasil, no Hospital Servidores do Estado, no Rio de Janeiro<sup>52</sup>. A partir de então, tornou-se um procedimento rotineiro nos hospitais dos mais diversos países pelo globo, em razão da acelerada evolução na biomedicina. O que antes poderia ser enxergado como algo arriscado, hoje constitui uma intervenção terapêutica,

---

<sup>48</sup> DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007., p. 426

<sup>49</sup> GARCIA, Clotilde Druck *et al.* *Doação e transplante de órgãos e tecidos*. São Paulo: Segmento Farma, 2015, pg. 1

<sup>50</sup> GARCIA, Clotilde Druck *et al.* *Doação e transplante de órgãos e tecidos*. São Paulo: Segmento Farma, 2015, pg. 2

<sup>51</sup> BRASIL. **Lei nº 11.584**. institui o Dia Nacional da Doação de Órgãos. 28 de nov. de 2007 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/L11584.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/L11584.htm) Acesso em: 15 set. 2021

<sup>52</sup> MOURA-NETO, José Andrade *et al.* CINQUENTA ANOS DO PRIMEIRO TRANSPLANTE NO BRASIL: fifty years of the first transplant in brazil. *Jornal Brasileiro de Transplantes: Revista Oficial da Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos - ABTO*, São Paulo, v. 19, n. 4, p. 1-155, out. 2016. Trimestral. Disponível em: [http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/JBT/2016/4\\_2.pdf](http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/JBT/2016/4_2.pdf). Acesso em: 14 set. 2021.

vista como a esperança para muitas pessoas com doenças terminais. Somente nos meses de Janeiro a Junho de 2021, o Brasil realizou cerca de 3.195 transplantes de órgãos sólidos, sendo 277 *inter vivos* e 2.918 advindos de doador falecido, e 5.599 transplantes de córnea<sup>53</sup>.

Tais números representam um inegável avanço se pensarmos no cenário de 50 anos atrás, quando a técnica se iniciou, entretanto, ao analisarmos o presente, a realidade não se torna tão satisfatória. Isso porque, o avanço no campo médico não aconteceu de forma isolada, a sociedade foi evoluindo gradativamente com o passar do tempo, emergindo também maiores necessidades. Com a consolidação da técnica de transplantes como um procedimento seguro, eficaz e até mesmo a única medida possível em alguns casos<sup>54</sup>, sua procura aumentou de tal forma que a “oferta” de órgãos aptos à transplantação tornou-se muito aquém da demanda. No Brasil, no mesmo período citado anteriormente, de Janeiro a Junho de 2021, os pacientes ativos em lista de espera totalizavam 45.664 pessoas<sup>55</sup>. Se compararmos a taxa de transplantes efetivos com a de pretensos receptores nesse período, obtemos que apenas 19% da demanda foi suprida, um percentual baixo e preocupante se refletirmos que o propósito do procedimento é a manutenção de uma vida humana. Os problemas resultantes da escassez de órgãos são utilizados como fundamento para a defesa de um mercado regulado de órgãos e partes do corpo, visto que muitos acreditam que o incentivo financeiro seria capaz de transformar meros indivíduos em efetivos doadores.

Se de um lado temos a insuficiência do sistema em suprir a demanda, de outro temos o desenfreado progresso científico e biomédico, contrapondo-se com a mutação de valores em alguns campos da sociedade. A busca por uma solução razoável e eficiente faz surgir questionamentos que saem do campo da medicina para adentrar nos campos morais, éticos e jurídicos: seria ético e juridicamente possível a utilização de embriões ou fetos na elaboração de uma “engenharia de tecidos”, onde suas células seriam utilizadas para a produção de tecido em larga escala e posteriormente comercializadas?<sup>56</sup> Seria legítimo

---

<sup>53</sup> Associação Brasileira de Transplantes. **Registro Brasileiro de Transplantes**. Ano XXVII Nº2. 2021.

Disponível em: <https://site.abto.org.br/publicacao/xxvii-no-2/> Acesso em: 08 set. 2021

<sup>54</sup> Como na Insuficiência Hepática Aguda Grave, onde na maioria dos casos é necessário um transplante de fígado em caráter de urgência, pois o fígado sofre uma lesão rápida e intensa, podendo levar à sua total destruição em dias ou semanas. Disponível em: <https://www.einstein.br/especialidades/transplantes/programa-einstein-transplantes/informacoes-gerais-sobre-transplante> . Acesso em: 10 set. 2021

<sup>55</sup> Associação Brasileira de Transplantes. **Registro Brasileiro de Transplantes**. Ano XXVII Nº2. 2021.

Disponível em: <https://site.abto.org.br/publicacao/xxvii-no-2/> Acesso em: 08 set. 2021

<sup>56</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. pg. 468, *EUA avançam na engenharia de tecidos*, O Estado de S. Paulo, 5-10-1998; Apud. Jaime Espinosa, *Questões de Bioética*, cit., p.

pensar em um aborto eugênico para retirar órgãos de anencéfalo e atender a objetivos de transplantação?<sup>57</sup> Fomentar um mercado regulado de órgãos, tecidos e partes do corpo humano como alternativa diante a crescente demanda seria justificadamente aceitável? Juridicamente possível? Éticamente permitido?

Atualmente no ordenamento jurídico brasileiro o transplante de órgãos, tecidos e partes do corpo humano possui tratamento legal na Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, regulamentada pelo Decreto Nº 9.175, de 18 de outubro de 2017 e em algumas normas esparsas, que serão abordadas em momento oportuno. Referida lei dispõe acerca de dois tipos de transplante: *inter vivos* e *post mortem*, ambos previstos somente na forma gratuita, constituindo crime qualquer tipo de comercialização, pois são bens da personalidade *extra commercium*<sup>58</sup>.

É instituído pela Lei 9434/97, o Sistema Nacional de Transplantes – SNT , responsável pela política de transplantes no SUS, traçando diretrizes e caminhos que proporcionem confiabilidade ao sistema e assistência de qualidade à sociedade. A partir do SNT cria-se um sistema organizacional ramificado entre várias organizações que possuem o objetivo de dar suporte às mais diversas áreas englobadas pela técnica de transplantação.

Partiremos agora para uma análise mais detalhada do panorama brasileiro verificado a partir da promulgação dessa lei.

### 3.1 Modelo organizacional do sistema nacional de transplantes

O Brasil possui hoje o maior programa público de transplantes de órgãos e tecidos do mundo. Através do Sistema Único de Saúde (SUS) 87% dos procedimentos são feitos com recursos públicos<sup>59</sup>.

Mas nem sempre foi assim, na primeira fase, compreendida entre os períodos de

---

53-4

<sup>57</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007

<sup>58</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pg. 422

<sup>59</sup> Governo Federal. **Sistema Nacional de Doação e Transplante de Órgãos**. 2017. Disponível em:

<https://www.gov.br/saude/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/doacao-e-transplante-de-orgaos> Acesso em: 11 set. 2019

1964 a 1986, a única participação governamental na seara dos transplantes de órgãos foi com a promulgação das Leis de Transplante, Lei nº 4.280/1963, e posteriormente com a Lei nº 5.479/1968, que revogou a anterior<sup>60</sup>. Superada essa fase inicial, entre 1987 e 1997, o governo passou a financiar alguns tipos de transplantes e determinou por meio do art. 6º da nova Lei de transplantes, Lei nº 8.489/92, que a transplantação só poderia ocorrer em instituições idôneas e com equipes médicas devidamente cadastradas para tal fim no Ministério da Saúde<sup>61</sup>.

Já no presente momento, temos a vigência da Lei nº 9.434 de 1997, regulamentada pelo Decreto 9.175/2017, que dentre outras diretrizes, cria o Sistema Nacional de Transplantes – SNT, no âmbito do Ministério da Saúde. Para compreender o funcionamento do SNT é preciso conhecer a composição de sua estrutura, que pode ser verificada por meio das seguintes instituições: CET, CNT, CGSNT, GAE, CTN's, CNT, SES, OPO, CIHDOTT, QUALIDOTT. Passaremos para uma breve descrição das principais.

- *CET – Centrais Estaduais de Transplantes*: instituídas com o advento do decreto 9.175/2017 em substituição às antigas CNCDO's. São unidades executivas das atividades do SNT nos Estados e no DF e possui sua competência estabelecida na forma do art. 8º, do dec. 9175/2017. Atuam de modo a organizar, coordenar e regular as atividades de doação e transplante em seu âmbito de atuação; no gerenciamento de cadastros técnicos dos candidatos a receptores; recepção de notificação de ME; aplicação das penalidades administrativas previstas na Lei nº9.434/97, dentre outras.
- *CNT – Central Nacional de Transplante*: Instituída através do art. 9º do Decreto nº 9.175/2017, e também por meio da Portaria nº 901/2000, a CNT possui como principal função coordenar a logística e a distribuição de órgãos e tecidos no processo de doação-transplante em âmbito nacional;
- *CGSNT – Coordenação Geral do Sistema Nacional de Transplantes*: As funções de entidade central do SNT são exercidas pelo Ministério da Saúde por meio da

---

<sup>60</sup> GARCIA, Clotilde Druck *et al.* **Doação e transplante de órgãos e tecidos**. São Paulo: Segmento Farma, 2015, p. 167

<sup>61</sup> BRASIL. **Decreto nº 9.175**. 18 out. 2017 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9175.htm#art56](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9175.htm#art56) Acesso em: 15 set. 2021

CGSNT, em conformidade com o art. 5º, do dec. 9.175/2017<sup>62</sup>.

- *GAE – Grupo de Assessoramento Estratégico*: tem como objetivo assessorar a GSNT no exercício de suas funções, e possui como atribuições<sup>63</sup>: elaborar diretrizes para a política de transplantes e enxertos; emitir parecer quando solicitadas pela CGSNT; analisar dados referentes às atividades do SNT, dentre outros.
- *CTNs – Câmaras Técnicas Nacionais*: desempenham função de assessoria técnica ao CGSNT.
- *OPO – Organizações de Procura de Órgãos e Tecidos*: possui como atribuições<sup>64</sup>: organizar, no âmbito da sua circunscrição, a logística da procura de doadores; articular-se com as equipes médicas dos diversos hospitais, especialmente as das Unidades de Tratamento Intensivo e Urgência e Emergência, no sentido de identificar os potenciais doadores e estimular seu adequado suporte para fins de doação; dentre outras
- *CIHDOTs – Comissões Intra-Hospitalares de Doação de Órgãos e Tecidos para Transplante*<sup>65</sup>: obrigatória nos hospitais públicos, privados e filantrópicos que se enquadrem no art. 14 da Portaria 2600/09. Devem: organizar, no âmbito do estabelecimento de saúde, o protocolo assistencial de doação de órgãos; articular-se com as respectivas CNCDOs/CETs, OPOs e/ou bancos de tecidos de sua região, para organizar o processo de doação e captação de órgãos e tecidos; dentre outros.

Posto isto, denota-se que a doação organizacional é o modelo de coordenação econômica da transplantação de órgãos no Brasil e opera com três estratégias: a) criação de uma “economia de incitação”; b) estruturação jurídica e gerencial do sistema em um

---

<sup>62</sup> O caput do artigo trata de “unidade própria prevista em sua estrutura regimental”, destarte o decreto nº 9.816 de 2019, que altera o dec. 9795/2019 e aprova a Estrutura Regimental do MS, traz em seu bojo a CGSNT como a unidade responsável.

<sup>63</sup> Ministério da Saúde, **Portaria nº 2.600**. Art. 3º. 21 out. 2009 Disponível em: [https://www.saude.mg.gov.br/images/documentos/PORTARIA\\_No\\_2.600\\_de\\_21\\_de\\_outubro\\_de\\_200.p](https://www.saude.mg.gov.br/images/documentos/PORTARIA_No_2.600_de_21_de_outubro_de_200.p)  
dfAcesso em: 17 set. 2021

<sup>64</sup> Ministério da Saúde, **Portaria nº 2.600**. Art. 13. 21 out. 2009 Disponível em: [https://www.saude.mg.gov.br/images/documentos/PORTARIA\\_No\\_2.600\\_de\\_21\\_de\\_outubro\\_de\\_200.pdf](https://www.saude.mg.gov.br/images/documentos/PORTARIA_No_2.600_de_21_de_outubro_de_200.pdf)  
Acesso em: 17 set. 2021

<sup>65</sup> Ministério da Saúde. , **Portaria nº 2.600** Arts. 14 e 16. 21 out. 2009 Disponível em: [https://www.saude.mg.gov.br/images/documentos/PORTARIA\\_No\\_2.600\\_de\\_21\\_de\\_outubro\\_de\\_200.pdf](https://www.saude.mg.gov.br/images/documentos/PORTARIA_No_2.600_de_21_de_outubro_de_200.pdf)  
Acesso em: 17 set. 2021

continuum organizacional e; c) estímulo ao altruísmo como base do modelo de solidariedade social.<sup>66</sup>

Sua estruturação gerencial como um sistema que possui uma organização central – SNT – interligada à diversos outros organismos sistemáticos e coordenados, objetiva conferir eficácia à prática da doação. Para isso, cria dispositivos legais e de gestão, procurando diminuir a contestação moral imputada à disposição do próprio corpo em favor de outrem, ao passo que imprime na sociedade uma confiança em sua composição e, conseqüentemente, no procedimento em si.

### 3.2 A atual Lei de Transplantes: Lei 9434/97

O exponencial crescimento no campo da biomedicina, especialmente no tocante à transplantação de órgãos e tecidos, gerou uma necessidade de se regulamentar tais práticas em consonância com os princípios éticos norteadores de um Estado Democrático de Direito. Isto posto, a prática no Brasil é tutelada na seara jurídica desde 1963, quando foi promulgado o primeiro instrumento normativo com vistas a dispor sobre tutelar a prática, a Lei nº 4.280. Entretanto, dada a recente história do procedimento no âmbito nacional à época, muitos dos dispositivos propostos possuíam equívocos em sua redação, tal como, a utilização do termo extirpação, que foi duramente criticado por imprimir a ideia de que seriam utilizados meios violentos para a retirada dos órgãos.<sup>67</sup>

A legislação brasileira no tocante à transplantação de órgãos, tecidos e partes do corpo aprimorou-se ao passo em que a prática ia se tornando frequente nas rotinas hospitalares e iam emergindo na sociedade novas situações que careciam de tutela para que não houvesse uma deturpação de valores, buscando garantir a integridade física e a dignidade da pessoa humana.

---

<sup>66</sup> PAULI, Jandir. Doação organizacional em face ao mercado de órgãos: uma análise do modelo brasileiro de transplantação. **Nova Economia**, [S.L.], v. 29, n. 1, p. 339-363, abr. 2019. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/0103-6351/3528>.

<sup>67</sup> MAYNARD, Lorena Oliveira Dantas *et al.* OS CONFLITOS DO CONSENTIMENTO ACERCA DA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS POST MORTEM NO BRASIL. **Revista de Direito Sanitário**, [S.L.], v. 16, n. 3, p. 122, 30 dez. 2015. Universidade de Sao Paulo, Agencia USP de Gestao da Informacao Academica (AGUIA). <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v16i3p122-144>.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a doação e o transplante de órgãos, tecidos e partes do corpo humano ganharam status de matéria constitucional, com previsão no art. 199, §4º, o qual vedou todo tipo de comercialização, em consonância com o princípio da dignidade, fundamento do Estado Democrático de Direito, conforme art. 1º, III, CF/88.

Hodiernamente, a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, regulamentada pelo Decreto nº 9.175 de 18 de outubro de 2017, dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento.

Do exame da lei depreende-se que uma pessoa poderá dispor voluntariamente e gratuitamente de órgão, tecido ou parte do corpo, desde que não cause dano irreparável ou permanente à sua integridade física e, tenha em vista um fim terapêutico ou humanitário.

O modelo altruísta de doação fixado no caput do art. 1º da Lei de Transplantes, no art. 199, §4º da CF/88 e também no art. 14, do Código Civil de 2002, visa resguardar o valor intrínseco do ser humano - expressão que compõe o princípio da dignidade humana - proteger o direito fundamental à vida digna, e o direito personalíssimo à manutenção da integridade física. A opção pela gratuidade na doação de órgãos além de salvaguardar os direitos supracitados, também pode ser enxergada como uma expressão do princípio da solidariedade, presente no art. 3º, I, CF/88, *in verbis*:

*Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:*

*I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;*

Nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes:

*O princípio cardeal do ordenamento é o da dignidade humana, que se busca atingir através de uma medida de ponderação que oscila entre os dois valores, ora propendendo para a liberdade, ora para a solidariedade*<sup>68</sup>

Dessa forma, a opção pela forma altruísta na captação de órgãos, tecidos e partes do

---

<sup>68</sup> SCHELEDER, Adriana F. P. et. al. **O princípio da solidariedade, a teoria humanista e os direitos humanos fundamentais como meios de valorização do afeto quando do estabelecimento de vínculos de filiação.**

Instituto Brasileiro de Direito de Família. 2008. Apud. Maria Celina Bodin de Moraes. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/377/O+princípio+da+solidariedade,+a+teoria+humanista+e+os+direitos+humanos+fundamentais+como+meios+de+valoriza%C3%A7%C3%A3o+do+afeto+quando+do+estabelecimento+de+v%C3%ADnculos+de+filia%C3%A7%C3%A3o> Acesso em: 08 set. 2021

corpo, asseguraria a proteção ao primado da dignidade humana e atenderia aos objetivos de uma sociedade cujo alicerce encontra-se na justiça, liberdade e solidariedade.

A Lei de Transplantes também traz em seu bojo, no capítulo IV, vedação à veiculação de apelos públicos que tenham por objetivo conseguir órgão, tecido ou parte do corpo para pessoa determinada; arrecadar fundos para o financiamento de transplantes ou enxerto em benefício de particulares; e publicidade de estabelecimentos autorizados a realizar transplantes e enxertos, relativa a estas atividades. Referido capítulo também estabelece o consentimento informado e expresso do receptor, e, caso seja juridicamente incapaz, determina que o consentimento seja fornecido por um de seus pais ou responsáveis legais.

Dentre seus dispositivos, o capítulo V pode ser visto como uma reação frente ao tráfico de órgãos, vez que, inova ao dispor acerca de crimes cometidos contra pessoa viva ou cadáver e prevê sanções penais e administrativas para aqueles que agirem em desacordo com suas disposições legais, matéria não reverenciada por nenhuma de suas leis antecessoras.

Por fim, trata no capítulo II, sobre as diretrizes referentes à doação *post mortem* e, no capítulo seguinte, dispõe sobre a doação *inter vivos*. Ambas modalidades serão destrinchadas a seguir.

Cumprido ressaltar que o decreto nº 9.175 de 2017, que regulamenta a Lei nº 9.434/97, apesar de traçar algumas diretrizes semelhantes às já pontuadas, detalhando-as principalmente em matéria burocrática, também institui o Sistema Nacional de Transplantes, estabelece suas atribuições e delinea a estruturação do sistema a partir de órgãos diretamente ligados ao SNT, como fora exposto no tópico anterior.

### **3.2.1 Doação *post mortem***

A doação *post mortem* possui escopo normativo na Lei 9.434/97, cuja matéria é tratada em seu Capítulo II e comporta 6 artigos – art. 3º ao 8º. Possui como características: o diagnóstico de morte encefálica como pressuposto indispensável para a retirada dos

órgãos, tecidos ou partes do corpo; consentimento explícito/informado – sobreposição da decisão familiar; vedação de remoção de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa não identificada; e recomposição do cadáver para ser entregue de forma digna aos seus familiares.

A constatação da morte encefálica por tempos gerou dúvidas e insegurança, pois deve ser determinada em seu momento exato para que não haja a precipitação na morte do doador. Portanto, a constatação inequívoca da morte do paciente é fundamental, bem como assevera Vega Diaz, “*um segundo pode ser a unidade de tempo que faça de um sujeito vivo um cadáver, mas também pode fazer de uma morte um homicídio*”<sup>69</sup>. A desconfiança sobre a efetividade desse método também paira sobre os pensamentos dos familiares, pois, têm-se como uma noção comum de morte a parada cardíaca prolongada conjugada com uma ausência de respiração<sup>70</sup>, entretanto, na morte encefálica, ainda que se verifique uma ausência da função do tronco encefálico, os demais órgãos seguem em pleno funcionamento, ainda que ativados por drogas, pois somente as córneas podem ser retiradas após a parada cardíaca.

Dada a exponencial importância de se precisar o momento exato da morte encefálica, muitas foram as discussões a respeito do critério mais seguro a ser adotado. No Congresso Internacional de Transplantes de Órgãos celebrado em Madri, optou por tratar como um “silêncio bioelétrico que se mantenha por 24 horas”<sup>71</sup>. Em outro momento, o Comitê da Escola de Medicina de Harvard determinou quais sinais deveriam existir para a constatação da morte encefálica, sendo eles: inconsciência total e falta de resposta à estímulos externos, ausência de respiração e reflexos e eletroencefalograma plano<sup>72</sup>.

Entretanto, o Decreto 9.175/2017 em seu art. 17, §1º dispôs que:

*Dec. 9175/2017 - Art. 17: § 1º O diagnóstico de morte encefálica será confirmado com base nos critérios neurológicos definidos em resolução específica do Conselho Federal de Medicina - CFM.*<sup>73</sup>

---

<sup>69</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007., p. 454 Apud. VegaDiaz, *Blanco y Negro*, Madrid, 20-1-1968.

<sup>70</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 453

<sup>71</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 455

<sup>72</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 456

<sup>73</sup> BRASIL. **Decreto nº 9.175**. 18 out. 2017 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9175.htm#art56](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9175.htm#art56) Acesso em: 15 set. 2021

O Conselho Federal de Medicina – CFM, por sua vez, estabeleceu na Resolução nº 2.173/2017 os procedimentos a serem adotados para a determinação da morte encefálica em seu art. 2º, *in verbis*:

*RESOLUÇÃO CFM Nº 2.173/2017: Art. 2º : É obrigatória a realização mínima dos seguintes procedimentos para determinação da morte encefálica:*

- a) dois exames clínicos que confirmem coma não perceptivo e ausência de função do tronco encefálico;*
- b) teste de apnéia que confirme ausência de movimentos respiratórios após estimulação máxima dos centros respiratórios;*
- c) exame complementar que comprove ausência de atividade encefálica<sup>74</sup>*

Destarte, pelo menos no dado momento, estes são os procedimentos efetivos para a constatação da morte encefálica de forma clara e precisa.

No tocante à participação dos médicos envolvidos no diagnóstico, muitos consideravam equivocada a exigência de que a confirmação da morte encefálica fosse feita exclusivamente por neurologista, tendo em vista o número reduzido de tais especialistas no país. Dessa forma, visando dar mais celeridade e acessibilidade ao procedimento, o dec. 9.175/2017, revogando o dec. 2.268/97, instituiu que o médico participante do diagnóstico de morte encefálica deverá estar especificamente capacitado, não devendo ser integrante das equipes de retirada e transplante. Excluiu, portanto, a obrigatoriedade de se ter no corpo médico um neurologista para a constatação de morte encefálica, como denota-se dos seguintes dispositivos transcritos:

*ANTES - DEC. 2268/97: ART. 16 - §1º O diagnóstico de morte encefálica será confirmado, segundo os critérios clínicos e tecnológicos definidos em resolução do Conselho Federal de Medicina, por dois médicos, no mínimo, um dos quais com título de especialista em neurologia reconhecido no País.<sup>75</sup>*

*DEPOIS - DEC. 9175/2017: ART. 17 - § 3º Os médicos participantes do processo de diagnóstico da morte encefálica deverão estar especificamente capacitados e não poderão ser integrantes das equipes de retirada e transplante.<sup>76</sup>*

Superadas as indagações acerca do diagnóstico da morte encefálica, outras ainda

---

<sup>74</sup> Conselho Federal de Medicina, **Resolução CFM nº 2173/2017**, Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2173> Acesso em: 16 set. 2021

<sup>75</sup> BRASIL. **Dec. 2.268**. 30 jun. 1997 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1997/d2268.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/d2268.htm) Acesso em: 17 set. 2021

<sup>76</sup> BRASIL. **Decreto nº 9.175**. 18 out. 2017 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9175.htm#art56](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9175.htm#art56) Acesso em: 15 set. 2021

mais controversas surgem.

A priori, como identificado no início do capítulo, o consentimento adotado no Brasil é o explícito/informado, dessa forma, para que seja lícita a retirada de órgãos, tecidos ou partes do corpo da pessoa falecida, deve-se ater à expressa manifestação do paciente elegível para doação. Entretanto, no Brasil, a decisão recai sobre a família do doador.

Contudo, faz-se necessário analisar o conteúdo normativo do texto original da Lei 9.434/97, pois em seu art. 4º estabelecia-se a doação presumida, ou seja, seria considerado doador todo aquele que não se manifestasse em vida, através de anotação na Carteira de Identidade Civil ou na Carteira Nacional de Habilitação, conforme verifica-se na transcrição que se segue:

*TEXTO ORIGINAL DA LEI 9434/97: 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.*

*§ 1º A expressão “não-doador de órgãos e tecidos” deverá ser gravada, de forma indelével e inviolável, na Carteira de Identidade Civil e na Carteira Nacional de Habilitação da pessoa que optar por essa condição.<sup>77</sup>*

Com a redação dada ao supracitado artigo, instaurou-se na comunidade jurídica diversos apontamentos à escolha do consentimento presumido pela legislação, tais como: a arguição de inconstitucionalidade do dispositivo em razão da estatização do corpo humano, devido ao fato de o Estado ficar com a disponibilidade de algo que não é seu; violação ao direito da personalidade e à integridade física, tendo em vista que, o cadáver é um resíduo da personalidade, portanto, possui prerrogativas comuns ao direito da personalidade; a intromissão do Estado na vida privada (art. 5º, X, CF) e na liberdade individual; violação ao caráter voluntário do ato, pois a *doação post mortem* requer sempre a liberalidade e não presunção; atentar contra a intimidade e a privacidade das pessoas (art. 5, III e XLI, CF/88), vez que a sociedade poderia utilizar-se da qualificação de “não doador” como forma de discriminação àquele que optasse por não fazê-lo; dentre outros<sup>78</sup>.

Diante esse cenário, em 23 de março de 2001 foi promulgada a Lei 10.211, que, dentre outras alterações, revogou o art. 4º da Lei 9.434/97 e instituiu o chamado

---

<sup>77</sup> BRASIL. **Lei de Transplantes**, nº 9.434 de 1997. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm) Acesso em: 16 set. 2021

<sup>78</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 477.

consentimento informado/explicito, como aduz-se da leitura de seu dispositivo:

*LEI 9434/97 - 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 assinado por duas testemunhas presentes à verificação da morte.<sup>79</sup>*

Entretanto, sua reformulação desencadeou uma nova leva de críticas, tecidas agora em razão do “monopólio da decisão familiar” na hipótese de um confronto entre a vontade do doador e a vontade da família<sup>80</sup>. Segundo Maynard et al. o modelo de consentimento informado adotado no Brasil apresenta taxas 25% e 30% mais baixas de doações em relação aos países que adotaram o consentimento presumido<sup>81</sup>. Conforme os dados fornecidos pela ABTO, no período compreendido entre janeiro e junho de 2021, a principal causa de não concretização da doação de órgãos de potenciais doadores se deu pela recusa familiar, resultando em uma taxa de 40% (das 2.810 entrevistas realizadas, houve recusa em 1.113)<sup>82</sup>.

Nesse sentido, diversos doutrinadores defendem que a centralidade da decisão na família, de anuir ou não sobre a retirada de órgãos e tecidos do ente falecido, configura uma violação aos direitos da personalidade e autonomia da vontade do indivíduo, bem como, desampara juridicamente a manifestação em vida daqueles que optam pela doação<sup>83</sup>.

Os críticos ao “monopólio da decisão familiar” apontam também que há um conflito normativo no ordenamento jurídico, vez que, o art. 14, do Código Civil de 2002, diz ser *válida, com objetivo científico ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte*<sup>84</sup>, contrapondo-se dessa forma à redação do art. 4º

---

<sup>79</sup> BRASIL. **Lei de Transplantes**, nº 9.434 de 1997. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm) Acesso em: 16 set. 2021

<sup>80</sup> MAYNARD, Lorena Oliveira Dantas *et al.* OS CONFLITOS DO CONSENTIMENTO ACERCA DA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS POST MORTEM NO BRASIL. **Revista de Direito Sanitário**, [S.L.], v. 16, n. 3, p. 122, 30 dez. 2015. Universidade de Sao Paulo, Agencia USP de Gestao da Informacao Academica (AGUIA). <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v16i3p122-144>.

<sup>81</sup> MAYNARD, Lorena Oliveira Dantas *et al.* OS CONFLITOS DO CONSENTIMENTO ACERCA DA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS POST MORTEM NO BRASIL. **Revista de Direito Sanitário**, [S.L.], v. 16, n. 3, p. 122, 30 dez. 2015. Universidade de Sao Paulo, Agencia USP de Gestao da Informacao Academica (AGUIA). <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v16i3p122-144>.

<sup>82</sup> Associação Brasileira de Transplantes. **Registro Brasileiro de Transplantes**. Ano XXVII Nº2. 2021. Disponível em: <https://site.abto.org.br/publicacao/xxvii-no-2/> Acesso em: 08 set. 2021

<sup>83</sup> MAYNARD, Lorena Oliveira Dantas *et al.* OS CONFLITOS DO CONSENTIMENTO ACERCA DA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS POST MORTEM NO BRASIL. **Revista de Direito Sanitário**, [S.L.], v. 16, n. 3, p. 122, 30 dez. 2015. Universidade de Sao Paulo, Agencia USP de Gestao da Informacao Academica (AGUIA). <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v16i3p122-144>.

<sup>84</sup> BRASIL. Lei nº 10.406. **Código Civil**. 10 jan. 2002 Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm) Acesso em: 15 set. 2021

da Lei 9434/97, cujo texto fora atualizado pela Lei 10.211/01. Doutrinadores como Pereira, Venosa, Marinho e Farias, defendem que, com vistas a tutelar a autodeterminação do indivíduo e valorizar a autonomia do ser humano e suas escolhas referentes ao seu corpo, somente na ausência da orientação do potencial doador a vontade familiar deveria prevalecer<sup>85</sup>.

Em face à essa polêmica, o Conselho da Justiça Federal (CJF), na IV Jornada de Direito Civil, promovida em outubro de 2006, editou o Enunciado 277, o qual dispõe:

**ENUNCIADO N 277, IV JORNADA DE DIREITO CIVIL:** 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 doador.<sup>86</sup>

Destarte, restou confirmada na orientação normativa, a subsidiariedade da decisão familiar em confronto com a vontade do elegível doador.

Entretanto, o entendimento parece não ter sido adotado pelo legislador, tendo em vista que, 11 anos após a aprovação do enunciado, houve a promulgação do decreto nº 9.175/2017 que reafirmou o entendimento do consentimento familiar como fator decisivo para a doação de órgãos, tecidos e partes do corpo do ente falecido.

Não se pode olvidar que antes de ser um elegível doador, o indivíduo era um ente querido para a família, dessa forma, o processo de captação de órgãos deve almejar não tão somente a conquista de uma doação, mas também procurar acolher a família enlutada que encontra-se fragilizada e vivenciando um momento delicado, que, muitas vezes, acaba influenciando na sua decisão final.

Com o intuito de incentivar a doação de órgãos e diminuir o percentual de recusa familiar, o Estado de São Paulo, por meio da Lei nº 11.479/94, regulamentada pelo Dec. nº

---

<sup>85</sup> MAYNARD, Lorena Oliveira Dantas *et al.* OS CONFLITOS DO CONSENTIMENTO ACERCA DA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS POST MORTEM NO BRASIL. *Revista de Direito Sanitário*, [S.L.], v. 16, n. 3, p. 122, 30 dez. 2015. Universidade de Sao Paulo, Agencia USP de Gestao da Informacao Academica (AGUIA). <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v16i3p122-144>.

<sup>86</sup> IV Jornada de Direito Civil. **Enunciado nº 277**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/227> Acesso em: 16 set. 2021

59.196/20, prevê a “*dispensa de pagamento de taxas, emolumentos e tarifas devidas da realização do funeral de pessoa que tiver doado, por si ou por seus familiares ou responsáveis, seus órgãos corporais para fins de transplante médico*”<sup>87</sup>. Muitos entendem que, estímulos a doação com natureza de recompensa simbólica e não pagamento *in pecúnia*, difere-se dos preceitos adotados em um comércio de órgãos, pois deve ser enxergado como uma forma de agradecimento da sociedade para com o ato benevolente da família em doar os órgãos de seu ente querido, resguardando os valores do altruísmo e a dignidade humana.

### **3.2.2. Doação *intervivos***

A Lei 9.434/97 responsável por tutelar a matéria concernente à remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, fixa em seu capítulo III, as diretrizes relacionadas à doação *inter vivos*.

A primeira menção à transplantação de órgãos e tecidos entre pessoas vivas ocorreu na Lei nº 5479/68, ao permitir em seu art. 10º que pessoa maior e capaz pudesse dispor de órgãos e partes próprio corpo vivo, para fins humanitários e terapêuticos. Entretanto, mesmo que houvesse expressa disposição no art. 1º à gratuidade no ato de doação *post mortem*, o mesmo não ocorreu com a prática entre pessoas vivas. Esta lacuna normativa foi vista como um canal aberto à mercantilização do procedimento, tendo em vista que, ao tempo da omissão, também não era exigido qualquer tipo de parentesco ou relação entre receptor- doador, tampouco tipificava condutas lesivas referentes à prática.

Apenas com a promulgação da Lei 8489/92, o legislador conferiu maior segurança à transplantação *intervivos*, estabelecendo no art. 10º a gratuidade como pressuposto para a realização do procedimento, bem como, limitando a doação entre avós, netos, pais, filhos, irmãos, tios, sobrinhos, primos até segundo grau, cunhados e conjugês. Carecendo de autorização judicial a doação entre pessoas não relacionadas e cominando uma pena de detenção de 1 a 3 anos para quem praticasse conduta incompatível com o entabulado.

---

<sup>87</sup> Município de São Paulo. **Lei nº 11.479**, 13 jan. 94. Disponível em <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-11479-de-13-de-janeiro-de-1994> Acesso em: 01 out. 2021

A Lei 9.434/97, alterada pela Lei 10.211/01, manteve a gratuidade na doação *intervivos*, para cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, e instituiu a possibilidade da realização do procedimento entre pessoas não relacionadas, sendo indispensada a autorização judicial para sua consumação, consoante art. 9º caput do diploma supracitado.

A ampliação do critério para a doação entre não parentes soou na seara jurídica como a perpetuação às brechas de comercialização no campo dos transplantes, pois, mesmo que possua caráter obrigatório a homologação judicial do ato, a intenção de compra e venda pode ser mascarada por alegação altruísta de ajuda ao próximo<sup>88</sup>. A ação para esse propósito possui jurisdição voluntária, portanto, não há contra-prova a ser produzida, tendo o juiz que arbitrar sua decisão em face do apresentado pelas partes nos autos, o que pode vir a ser apenas uma dissimulação e não a verdadeira situação fática. Destarte, a redação do art. 9º, propiciaria a manutenção de um mercado de órgãos camuflado de altruísmo, indo contra as próprias diretrizes do regramento que imputa pena à todo e qualquer tipo de ato com vistas à comercialização.

Na mesma linha assevera Maria Helena Diniz, ao atribuir à doação *intervivos* gratuita, sua natureza solidária, humana e livre de qualquer constrangimento, pois, não se pode, sob pena de ferir a dignidade humana, dispor de órgãos ou tecidos como se fossem mercadorias destinada à venda, visto que tal ato equivaleria à uma coisificação do ser humano. A autora ainda disserta sobre o princípio da sociabilidade, o qual dá fundamento ao ato de disposição do próprio corpo em prol de outrem, desde que não seja imprescindível para a vida do doador e nem afete sua saúde<sup>89</sup>.

Nesse diapasão, há atualmente a possibilidade da utilização de doadores vivos em transplantes de rim, parte do fígado, um lobo do pulmão, cauda do pâncreas e segmento intestinal.<sup>90</sup>

No que tange ao consentimento do doador e receptor, deve ser anuído de forma

---

<sup>88</sup> PASSARINHO, Lúcia Eugênia Velloso *et al.* Estudo bioético dos transplantes renais com doadores vivos não-parentes no Brasil: a ineficácia da legislação no impedimento do comércio de órgãos. **Revista da Associação Médica Brasileira**, [S.L.], v. 49, n. 4, p. 382-388, 2003. Elsevier BV. <http://dx.doi.org/10.1590/s0104-42302003000400028>.

<sup>89</sup> DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>90</sup> GARCIA, Clotilde Druck *et al.* **Doação e transplante de órgãos e tecidos**. São Paulo: Segmento Farma, 2015

livre, informada e consciente, ou seja, ambos devem ter prévio e pleno conhecimento sobre os riscos do procedimento e as possíveis consequências ao seu dia a dia. Esta alternativa terapêutica tem de ser fundamentada nas razoáveis esperanças de êxito e benefícios ao receptor (princípio da beneficência) e de acarretar em danos mínimos quanto possíveis ao doador (princípio da não maleficência).

Para evitar a execução coativa do doador, o ato de disposição de órgão, tecido ou partedo corpo pode ser revogado a qualquer tempo antes de sua concretização.

Destarte, a doação *intervivos* apresenta-se como uma alternativa para aumentar a oferta de órgãos frente à exponencial demanda.

#### 4. MODELOS INTERNACIONAIS

A possibilidade de se transplantar um órgão saudável para um indivíduo enfermo, conferindo-lhe assim uma qualidade e uma expectativa de vida maior, pode ser vista como um dos grandes avanços da biomedicina nas últimas décadas. Atualmente, com o refinamento do procedimento e dos medicamentos imunossuppressores utilizados, felizmente poucas são as contraindicações absolutas para a doação<sup>91</sup>, pois o transplante é uma alternativa indicada para muitos problemas clínicos, tal como a insuficiência renal irreversível – doença renal em estágio terminal<sup>92</sup>.

No tocante à doença supracitada, no Brasil, atualmente, o tratamento predominante são as terapias renais substitutivas – hemodiálise, ou diálise peritoneal – de modo que, a sobrevivência do paciente depende de sua realização<sup>93</sup>. No entanto, tal terapêutica pode ser substituída pelo transplante renal, garantindo mais qualidade de vida ao enfermo e minimizando os impactos negativos ocasionados pelo tratamento a longo prazo.

A realização do transplante em face de terapias substitutivas também apresenta benéficas significativas aos cofres públicos, vez que, de acordo com estudos, representa uma economia de aproximadamente R\$5,9 bilhões em quatro anos, podendo chegar à R\$13,2 bilhões<sup>94</sup>. Dessa forma, fácil é constatar a importância da prática de transplantes de órgãos e tecidos em uma sociedade.

Por outro lado, se torna difícil a idealização de um sistema perfeito de transplantação, tendo em vista que, como se observa no cenário mundial, a oferta de órgãos é tímida se comparada à demanda. No Brasil, estima-se que o tempo na fila de espera por

---

<sup>91</sup> “Tais como: tumores malignos, com exceção dos carcinomas basocelulares, carcinoma *n situ* do colo uterino e tumores primitivos do sistema nervoso central dentro outros.” COELHO, Gustavo Henrique de Freitas *et al.* Doação de órgãos e tecidos humanos: a transplantação na Espanha e no Brasil. **Revista Bioética**, [S.L.], v. 27, n. 3, p. 419-429, set. 2019. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422019273325>.

<sup>92</sup> GARCIA, Guillermo Garcia *et al.* O papel global do transplante renal. **Jornal Brasileiro de Nefrologia**, [S.L.], v. 34, n. 1, p. 01-07, mar. 2012. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0101-28002012000100001>.

<sup>93</sup> SILVA, Silvia Brand *et al.* Uma comparação dos custos do transplante renal em relação às diálises no Brasil. **Cadernos de Saúde Pública**, [S.L.], v. 32, n. 6, p. 1-13, jun. 2016. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/0102-311x00013515>.

<sup>94</sup> SILVA, Silvia Brand *et al.* Uma comparação dos custos do transplante renal em relação às diálises no Brasil. **Cadernos de Saúde Pública**, [S.L.], v. 32, n. 6, p. 1-13, jun. 2016. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/0102-311x00013515>

um transplante varie de 1 a 9 anos<sup>95</sup>. Tal realidade se verifica se analisarmos os dados obtidos no ano de 2020, período em que havia 43.643 pacientes ativos na lista de espera, sendo que desses, 26.539 ingressaram à lista no ano em questão, tendo sido efetuados apenas 14.499 transplantes<sup>96</sup>. Constata-se portanto, que o número de transplantes realizados está muito aquém da demanda de pacientes ativos à espera de um transplante, a qual vai crescendo exponencialmente à cada ano, agravando ainda mais a estagnação da oferta de órgãos.

Posto isto, torna-se imperiosa a tarefa de refletir sobre medidas concernentes ao desenvolvimento do sistema de captação de órgãos nacional, de modo à impactar diretamente na problemática de escassez de órgãos e, indiretamente em situações reflexas, tais como, o tráfico de órgãos.

Destarte, é mister analisar os diversos modelos de doações vigentes na sociedade internacional, com vistas à identificar lacunas em nosso próprio sistema e aprimorá-lo. Para tanto, discorreremos sobre dois modelos em especial: o modelo espanhol, reconhecido por sua eficiência e alta taxa de doadores por milhão de pessoa (pmp), fundamentado na concepção altruísta e gratuita; e o modelo iraniano, também reconhecido por sua eficiência, entretanto, fundamentado em um sistema regulado de incentivos pecuniários na captação de órgãos e tecidos, prática atípica no cenário mundial – e muitas vezes condenada.

#### **4.1. Modelo espanhol e o sucesso na captação de órgãos *post mortem***

Na Espanha, a criação de órgãos de coordenação deu-se a partir da *Oficina de Intercambio de Órganos de la Generalit de Catalunya*<sup>97</sup>, criada em razão da necessidade de um sistema que coordenasse o contato entre os centros de remoção e os centros de transplantes. A partir dessa movimentação organizacional e do aumento na demanda por transplante de órgãos, decidiu-se reativar a *Organizacion Nacional de Trasplantes (ONT)* no final de 1989, designando um Coordenador Nacional e inaugurando uma sede própria.

---

<sup>95</sup> MARINHO, Alexandre *et al.* Disparidades nas filas para transplantes de órgãos nos estados brasileiros. **Cadernos de Saúde Pública**, [S.L.], v. 26, n. 4, p. 786-796, abr. 2010. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0102-311x2010000400020>

<sup>96</sup> Associação Brasileira de Transplantes. **Registro Brasileiro de Transplantes**. Ano XXVI Nº4. 2020. Disponível em: <https://site.abto.org.br/publicacao/xxvi-no-4-anual/> Acesso em: 08 set. 2021

<sup>97</sup> GARCIA, Valter Duro. **Por uma política de Transplantes no Brasil**. São Paulo: Office, 2000. p. 172

A ONT, diferentemente do SNT, não possui atribuição de gestão direta e competência executiva específica, mas constitui-se como um sistema organizacional funcional e não hierárquico, que objetiva a coordenação dos três níveis: nacional, autônomo e hospitalar.<sup>98</sup> Neste sistema, os dois primeiros níveis – nacional e autônomo – possuem uma função administrativa, mantendo o contato entre as esferas políticas e profissionais. Enquanto o nível hospitalar têm como objetivo fundamental a procura de doadores e a coordenação intra- hospitalar: com um médico coordenador e uma equipe responsável e capacitada para atividades relativas à captação de órgãos.

O modelo espanhol, no tocante à sua sistematização, assemelha-se ao brasileiro (ou melhor dizendo, o brasileiro assemelha-se ao espanhol), que possui camadas de coordenação em âmbito nacional (SNT, CGSNT), regional (CTEs) e intra-hospitalar (OPO, CIHDOTTs).

Mas difere-se em algumas questões primordiais, tais como: capacitação de todos os profissionais envolvidos no processo, tanto no campo da comunicação quanto na área técnica, burocrática, clínica e logística, promovendo, por exemplo, o “Curso de Comunicação de Más Notícias” direcionado ao coordenador de transplante do hospital, visando prepará-lo para as entrevistas com as famílias enlutadas, com vistas à conseguir sua anuência para a retirada dos órgãos, tecidos ou partes do corpo<sup>99</sup>; a comunicação aberta e eficaz com jornalistas visando à ampla divulgação de campanhas<sup>100</sup>; dentre outros.

Em apenas três anos o país tornou-se líder mundial, com a maior taxa de doação por milhão de pessoa (pmp)<sup>101</sup>. Em 1989 foram contabilizados 506 transplantes na Espanha. Vintee quatro anos depois esse número triplicou e passou a ser 1655 em 2013<sup>102</sup>.

---

<sup>98</sup> COELHO, Gustavo Henrique de Freitas *et al.* Doação de órgãos e tecidos humanos: a transplantação na espanha e no brasil. **Revista Bioética**, [S.L.], v. 27, n. 3, p. 419-429, set. 2019. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422019273325>.

<sup>99</sup> COELHO, Gustavo Henrique de Freitas *et al.* Doação de órgãos e tecidos humanos: a transplantação na espanha e no brasil. **Revista Bioética**, [S.L.], v. 27, n. 3, p. 419-429, set. 2019. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422019273325>.

<sup>100</sup> COELHO, Gustavo Henrique de Freitas *et al.* Doação de órgãos e tecidos humanos: a transplantação na espanha e no brasil. **Revista Bioética**, [S.L.], v. 27, n. 3, p. 419-429, set. 2019. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422019273325>

<sup>101</sup> COELHO, Gustavo Henrique de Freitas *et al.* Doação de órgãos e tecidos humanos: a transplantação na espanha e no brasil. **Revista Bioética**, [S.L.], v. 27, n. 3, p. 419-429, set. 2019. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422019273325>

<sup>102</sup> Organización Nacional de Trasplantes. **Actividad de donación y trasplante españa 2020. Memoria actividad donación y trasplante**. Espanha, 2020. Disponível em: [www.ont.es/infesp/Memorias/ACTIVIDAD%20DE%20DONACION%20Y%20TRASPLANTE%20ESPAÑA%](http://www.ont.es/infesp/Memorias/ACTIVIDAD%20DE%20DONACION%20Y%20TRASPLANTE%20ESPAÑA%202020)

A legislação espanhola no tocante às doações e transplantes de órgãos é similar à brasileira. Consoante a “*Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extraccion y trasplante de órganos*”, é vedada a compensação econômica feita à doação de órgãos (*artículo segundo*); o ministério da saúde é o encarregado de credenciar e autorizar os hospitais que poderão realizar o procedimento de transplante (*artículo tercero*); só poderá ser doador em vida aquele que for maior de idade e consentir livremente, de forma expressa, consciente e informada; o órgão deverá ser para uma pessoa determinada (*artículo cuarto*); a constatação da morte encefálica deverá ser validada por três médicos como pressuposto para a retirada dos órgãos e tecidos (*artículo quinto*); entretanto, adota o consentimento presumido do doador falecido, ou seja, toda pessoa falecida é presumidamente doadora de órgãos, a não ser que tenha manifestado sua oposição expressamente em vida (*artículo quinto*)<sup>103</sup>.

Ainda que adote o consentimento presumido, há a contatação dos familiares, tendo sua opinião respeitada<sup>104</sup>. Contudo, considerando os dados apresentados para o ano de 2020, não olvidando da atipicidade de referido ano ao que se refere à pandemia e seu impacto mundial no campo das doações, o modelo espanhol apresentou uma taxa irrisória de negativa familiar, apenas 14,2%, mantendo-se assim nos anos anteriores<sup>105</sup>. De outro lado, o percentual brasileiro de recusa familiar atingiu a marca de 37%, sendo o maior responsável pela não concretização da doação de órgãos de potenciais doadores notificados<sup>106</sup>, demonstrando-se assim a ineficiência do sistema de captação de órgãos pátrio frente ao modelo espanhol.

Destaca-se ainda no modelo espanhol as doações em assistolia (morte cardíaca). Em 2019 representaram 1/3 das doações *post mortem* na Espanha<sup>107</sup>. Enquanto no Brasil,

---

202020\_26042021.pdf Acesso em: 20 set. 2021

<sup>103</sup> COELHO, Gustavo Henrique de Freitas *et al.* Doação de órgãos e tecidos humanos: a transplantação na Espanha e no Brasil. **Revista Bioética**, [S.L.], v. 27, n. 3, p. 419-429, set. 2019. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422019273325>

<sup>104</sup> COELHO, Gustavo Henrique de Freitas *et al.* Doação de órgãos e tecidos humanos: a transplantação na Espanha e no Brasil. **Revista Bioética**, [S.L.], v. 27, n. 3, p. 419-429, set. 2019. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422019273325>.

<sup>105</sup> Organización Nacional de Trasplantes. **Actividad de donación y trasplante España 2020. Memoria actividad donación y trasplante**. Espanha, 2020. Disponível em: [www.ont.es/infesp/Memorias/ACTIVIDAD%20DE%20DONACION%20Y%20TRASPLANTE%20ESPAÑA%202020\\_26042021.pdf](http://www.ont.es/infesp/Memorias/ACTIVIDAD%20DE%20DONACION%20Y%20TRASPLANTE%20ESPAÑA%202020_26042021.pdf) Acesso em: 20 set. 2021

<sup>106</sup> Associação Brasileira de Transplantes. **Registro Brasileiro de Transplantes**. Ano XXVI Nº4. 2020. Disponível em: <https://site.abto.org.br/publicacao/xxvi-no-4-anual/> Acesso em: 08 set. 2021

<sup>107</sup> Tabela: TRASPLANTE RENAL, TX RENALS NÚMEROS ABSOLUTOS. TRASPLANTES, Organización Nacional de. **Actividad de donación y trasplante España 2020. Memoria actividad donación y trasplante**.

integram o quadro de não concretização de transplante, correspondendo à 769 notificações de potenciais doadores afastados<sup>108</sup>. Ainda que tenham firmado em 2014, um acordo de cooperação técnica, objetivando a formação de equipes de cirurgiões capacitadas para tal procedimento, nota-se um lento desenvolvimento para tal fim no Brasil, contribuindo para a manutenção da exponencial fila de transplantes e, conseqüentemente, as mazelas emergidas com ela.

Por fim, enquanto a Espanha ocupa o 1º lugar no ranking de países com maior número de doadores efetivos por milhão de pessoa (49,6), o Brasil integra a 26ª posição com apenas 18,1<sup>109</sup>. Denota-se então, a importância de se fazer uma ponte de comunicação com a sociedade, e, em especial, a capacitação do médico para além da sala de cirurgia, de modo que lhes seja conferido armas necessárias para acolher a família enlutada e proceder de forma efetiva com a captação de órgãos, objetivo primordial na luta contra a escassez de órgãos.

#### **4.2. Sistema regulado de compensação na doação *intervivos* entre não-relacionados – Irã**

O presente tópico está ancorado ao estudo de Ahad J. Ghods e Shekoufeh Savaj, sobre o modelo regulado de pagamento de doadores de rim não-relacionados no Irã, delineado em seu artigo “*Iranian Model of Paid and Regulated Living-Unrelated Kidney Donation*”<sup>110</sup>.

O modelo regulado de compensação ao doador de rim, foi adotado em 1988 no Irã, tendo em vista um exponencial aumento no contingente de doentes com insuficiência renal irreversível (ESRD), e em virtude do fracasso do programa de doação *post mortem*, que não fora bem recepcionado pela população e resultou em baixas expectativas sobre a eficácia da

---

Espanã, 2020. Disponível em:  
[www.ont.es/infesp/Memorias/ACTIVIDAD%20DE%20DONACION%20Y%20TRASPLANTE%20ESPANA%202020\\_26042021.pdf](http://www.ont.es/infesp/Memorias/ACTIVIDAD%20DE%20DONACION%20Y%20TRASPLANTE%20ESPANA%202020_26042021.pdf) Acesso em: 20 set. 2021

<sup>108</sup> Associação Brasileira de Transplantes. **Registro Brasileiro de Transplantes**. Ano XXVI Nº4. 2020. Disponível em: <https://site.abto.org.br/publicacao/xxvi-no-4-anual/> Acesso em: 08 set. 2021

<sup>109</sup> Associação Brasileira de Transplantes. **Registro Brasileiro de Transplantes**. Ano XXVI Nº4. 2020. Disponível em: <https://site.abto.org.br/publicacao/xxvi-no-4-anual/> Acesso em: 08 set. 2021

<sup>110</sup> GHODS, Ahad J.; SAVAJ, Shekoufeh. Iranian Model of Paid and Regulated Living-Unrelated Kidney Donation. **Clinical Journal Of The American Society Of Nephrology**, [S.L.], v. 1, n. 6, p. 1136-1145, 11 out. 2006. American Society of Nephrology (ASN). <http://dx.doi.org/10.2215/cjn.00700206>.

modalidade a longo prazo. Com a adoção de incentivos financeiros ao modelo nacional, em 1999, 11 anos após sua implementação, a fila para realizar um transplante renal havia sido eliminada, e, até o final de 2005, estima-se que foram realizados um total de 19.069 transplantes renais, sendo 3421 doações entre pessoas relacionadas, 823 doações de pessoas falecidas e 15.365 entre pessoas não relacionados. Denota-se então o grande impacto da implementação do sistema de incentivos.

O Irã, à época, possuía 68 milhões de habitantes. Se compararmos ao mesmo lapso temporal na Espanha, com população aproximada de 43,3 milhões em 2005 e aproximadamente 30.0001 transplantes renais realizados entre 1989 e 2005<sup>111</sup>, pode-se aduzir que, ainda que tenha sido eficaz a implementação do sistema de incentivos *in pecunia* no Irã, os resultados do modelo altruísta podem ser tão expressivos quanto, ou até mais, a depender de alguns fatores estruturais, culturais e de desenvolvimento, pois países com IDH baixo ou médio tendem a ter uma taxa de transplantes menor<sup>112</sup>. O que não é o caso do Irã pois possui um IDH considerado alto, ocupando a 69ª posição, ficando à frente do Brasil, ocupante da 75ª posição<sup>113</sup>.

No mais, o sistema iraniano possui uma associação responsável por localizar pessoas não relacionadas àquele receptor que não possui doador-relacionado, denominada DATPA – *Dialysis and Transplant Patients Association*, composta por pacientes que tiveram ESRD e que não recebem nenhum retorno financeiro para desempenhar as atribuições de localização de possíveis doadores. São contabilizadas 302 unidades de diálise, 25 centros de transplante e 79 DATPAs pelo país. Pretende-se com essa medida impedir a atuação de corretores ou agências interessadas em intermediar a relação doador não-relacionado/vendedor – receptor, de modo a evitar fraudes e lesões à ambas as partes, como pudera já ser visto no sistema Indiano.

---

<sup>111</sup> Organización Nacional de Trasplantes. **Actividad de donación y trasplante España 2020. Memoria actividad donación y trasplante.** Espanha, 2020. Disponível em: [www.ont.es/infesp/Memorias/ACTIVIDAD%20DE%20DONACION%20Y%20TRASPLANTE%20ESPAÑA%202020\\_26042021.pdf](http://www.ont.es/infesp/Memorias/ACTIVIDAD%20DE%20DONACION%20Y%20TRASPLANTE%20ESPAÑA%202020_26042021.pdf) Acesso em: 20 set. 2021

<sup>112</sup> MARINHO, Alexandre *et al.* Disparidades nas filas para transplantes de órgãos nos estados brasileiros. **Cadernos de Saúde Pública**, [S.L.], v. 26, n. 4, p. 786-796, abr. 2010. FapUNIFESP (SciELO).<http://dx.doi.org/10.1590/s0102-311x2010000400020>.

<sup>113</sup> PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Índice de Desenvolvimento Humano. Ranking IDH Global 2014.** Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/rankings/idh-global.html> Acesso em: 20 set. 2021.

O governo iraniano custeia todas as despesas advindas do procedimento de transplantes, disponibiliza medicamentos e imunossuppressores aos receptores com um preço reduzido ou até mesmo de graça e fornece subsídio e um seguro de saúde à todos os doadores não relacionados. Acredita-se assim estar assegurando igualdade ao acesso à transplantação, vez que, aqueles que não possuem condição de pagar por todo o custo pré e pós operatório podem receber do Estado ou por meio de organizações de caridade o subsídio necessário para sua realização.

Os doadores não-relacionados, por sua vez, recebem por meio dos receptores um “rewarding gift” – presente recompensador – organizado pela DPTA antes da cirurgia e custeado por meio de organizações de caridade para aqueles receptores carentes de recurso. O rewarding gift é uma forma de complemento à recompensa dada pelo Estado ao doador, pois em razão do seu baixo valor (aproximadamente \$1200 USD), os potenciais doadores não seriam satisfeitos e tampouco atraídos à realizar tal procedimento. Entretanto, tal conduta esbarra em uma prerrogativa asseverada por muitos países, de manter a privacidade de identidade tanto do doador quanto do recebedor, de modo a evitar quaisquer conflitos futuros em razão do ato, pode ser caracterizado ainda como um “pagamento” direto entre as duas partes, mascarados de recompensa pelo ato benevolente do doador.

A abertura de um sistema de compensação por doação, certamente seria visto como uma oportunidade de doentes de outras nacionalidades, com condição suficiente para um “rewarding gift” chamativo, migrarem para o Irã para realizarem o transplante renal. Em atenção à isso e com objetivo de tutelar sua população de eventuais abusos, o governo iraniano estabeleceu que tal sistema só contemplaria sua população, ou seja, cidadãos iranianos só poderiam doar para outros de mesma nacionalidade, vedando assim o acesso à estrangeiro.

A eliminação da fila de transplantes renais é algo surpreendente e um objetivo a ser alcançado por todos os países, entretanto, para que seja fiel à realidade factual de uma sociedade, tal constatação deve ser fundamentada em dados e registros oficiais do Estado. Contudo, como bem assevera os autores, a taxa de pacientes em tratamentos substitutos – como hemodiálise e diálise – no país é baixa se comparada com a taxa dos países em desenvolvimento. Infelizmente tal fato não se dá por uma baixa incidência da doença na população, e sim pela precariedade do sistema de saúde em regiões menores, onde muitas

vezes o enfermo não é diagnosticado com a doença e tampouco encaminhado para realizar os tratamentos alternativos. Com isso, surge dúvidas acerca da real situação presente no país, impulsionadas também pela falta de registros dos resultados obtidos com as transplantações.

Ainda que seja reafirmado o compromisso do sistema iraniano em promover a igualdade de acesso ao procedimento de transplante à todas as camadas sociais, mister é que, o grupo mais afetado pela pobreza e miséria seria protagonista do grande papel de “doador de órgãos recompensado”. Se torna indiscutível tal constatação quando analisa-se o estudo realizado pelos autores Ahad Ghods e Shekoufeh Savaj, com 500 doadores não – relacionados e receptores, onde constatou-se que 84% daqueles que se predispõe a dispor de uma parte do corpo em troca de incentivo *in pecunia* encontram-se em situação de vulnerabilidade e pobreza e apenas 16% pertencem à classe média. Nota-se então que não houve registros de “venda” de órgãos por indivíduos pertencentes a classe mais alta.

Como bem acentuou os autores no referido estudo, o sistema de recompensas não possui o intuito de transformar a condição socioeconômica dos doadores, tampouco possui essa capacidade. Destarte, somando-se à esse fato a falta de registro dos resultados a curto e longo prazo tanto dos receptores quanto dos doadores, não seria cabível afirmar que tal modelo influi indiretamente na manutenção da pobreza àquelas pessoas já pertencentes à essa camada, tendo em vista os riscos decorridos de tal cirurgia e as possíveis consequências ocasionadas no seu dia a dia? Ainda que a fila para transplante renal tenha sido eliminada (desconsiderando os possíveis casos de doentes não notificados), com o evidente abandono do programa de doação *post mortem* há uma lacuna deixada para os demais órgãos, como coração, fígado e pulmão.

Com isso deve-se haver um sopesamento dos prós e contras desse sistema de recompensas, adotando-se uma postura coerente aos princípios nacionais da dignidade humana, expressos por meio de garantias sociais e individuais. Ao longo do texto afirma-se que a doação por pessoas não-relacionadas evitaria a coerção familiar, a imposição social frente às mulheres de se “sacrificarem” em prol de seu marido ou família, entretanto, até que ponto a autonomia do indivíduo inserido em um contexto de miséria representa uma liberdade de fato?

## 5. TRÁFICO DE ÓRGÃOS

### 5.1 Análise jurídico-penal no direito brasileiro e nos documentos internacionais

O tráfico de órgãos, tecidos e partes do corpo humano advem da escassez da oferta de órgãos no sistema pátrio frente à demanda, bem como, também se aproveita da vulnerabilidade socioeconômica das camadas mais pobres da sociedade, que mediante proposta ilusória de pagamento, aceitam se submeter às cirurgias clandestinas. Como bem assevera Elena Florencia Onassis:

*O tráfico de órgãos constitui uma das mais monstruosas atividades do comércio de pessoas, no qual participam profissionais especializados nas áreas de saúde para extrair uma parte do corpo humano e logo vendê-la e obter, por isso, dinheiro. Muitos mais vezes do que se crê, os sequestros ocultam o fim último que é a extração de órgãos, geralmente de pessoas que vivem na marginalidade da pobreza e possuem menos recursos para acessara Justiça e iniciar uma investigação<sup>114</sup>*

O marco legal internacional com vistas a tutelar a prática do tráfico de órgãos deu-se com a promulgação do Protocolo de Palermo - Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, ratificado pelo Decreto nº 5017, em 12 de março de 2004, ao dispor em seu artigo 3º, alínea “a”:

- a) A expressão "tráfico de pessoas" significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos;<sup>115</sup>

A menção, mesmo que de forma breve à prática do Tráfico de Órgãos como um tipo

---

<sup>114</sup> GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume II**: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. 15. ed. Niterói, Rj: Impetus, 2018, pg. 456 Apud. ONASSIS, Elena Florencia. Trata de personas: la esclavitud del siglo XXI. p. 56

<sup>115</sup> BRASIL. **Decreto nº 5.017**. Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças – Protocolo de Palermo . 12 março 2004 Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm) Acesso em: 15 set. 2021

do Tráfico de Pessoas é de suma importância pro ordenamento jurídico, vez que, é reconhecida a importância de se tipificar a conduta, cominando sanções penais para prevenir e rechaçar qualquer tipo de prática lesiva ao ser humano. Com isso, também, impõe aos Estados signatários do acordo, a efetiva regulamentação do delito, conferindo mais segurança jurídica e material à população.

Entretanto, ainda que seja considerado um grandioso avanço na criminalização das condutas atinentes ao tráfico de órgãos, somente a breve menção na alínea a, art. 3 do Protocolo de Palermo, não garante a segurança jurídica devida àqueles que são submetidos ou se submetem à essa prática delituosa. Dessa forma, fez-se mister ampliar o debate relativo ao tema, com o objetivo de delimitar de forma precisa o bem jurídico tutelado e a responsabilização dos atos que atentem contra sua proteção.

Nesse diapasão, nos dias 30 de Abril a 2 de maio de 2008, ocorreu em Istambul uma Reunião de Cúpula, com mais de 150 representantes do mundo todo e das mais diversas áreas, visando a ampliação do quadro jurídico específico ao crime de Tráfico de Órgãos. Originou-se então, a partir do consenso de seus participantes, a “Declaração de Istambul sobre Tráfico de Órgãos e Turismo de Transplante”, que estabelece diretrizes para aumentar o número de doadores legais e evitar o tráfico de órgãos e o turismo de transplante.

A Declaração de Istambul, pela primeira vez, delimitou o conceito de tráfico de órgãos, a saber:

*O tráfico de órgãos consiste no recrutamento, transporte, transferência, refúgio ou recepção de pessoas vivas ou mortas ou dos respectivos órgãos por intermédio de ameaça ou utilização da força ou outra forma de coação, rapto, fraude, engano, abuso de poder ou de uma posição de vulnerabilidade, ou da oferta ou recepção por terceiros de pagamentos ou benefícios no sentido de conseguir a transferência de controlo sobre o potencial doador, para fins de exploração através da remoção de órgãos para transplante.*

Procurou estabelecer também o significado de “comércio dos transplantes”:

*O comercialismo dos transplantes é uma política ou prática segundo a qual um órgão é tratado como uma mercadoria, nomeadamente sendo comprado, vendido ou utilizado para obtenção de ganhos materiais*

A partir de então, sedimentou em âmbito mundial o Tráfico de Órgãos como matéria de relevante preocupação dos Estados no campo de sua jurisdição interna e do direito internacional.

O marco legal no ordenamento brasileiro deu-se com a promulgação da Lei nº 9.434/97, anterior até mesmo ao Protocolo de Palermo. Inovou ao dispôr no capítulo V, Seção I, os dispositivos que tipificam condutas que atentem contra os preceitos da própria Lei, cominando penas privativas de liberdade, na modalidade de reclusão, e multa.

É mister especificar de antemão, o bem jurídico protegido no campo penal da conduta do tráfico de órgãos. Para tanto, temos como bem jurídico, nos ensisamentos de Luiz Regis Prado:

*[...] um ente (dado ou valor social) material ou imaterial extraído do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual, considerado como essencial à coexistência e desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido. [...] Consubstancia um valor, um sentido.*<sup>116</sup>

Destarte, aduz-se que, o bem jurídico tutelado na tipificação da prática do tráfico de órgãos, é o direito à vida, à integridade física e, especialmente, à integridade moral. A integridade moral aparece como uma expressão da dignidade humana, valor norteador da nossa Constituição e do nosso ordenamento jurídico. Encontra-se implicitamente disposta no art. 5º, III, CF/88, ao dispor “*III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante*”.

Constata-se o desrespeito à integridade do moral do indivíduo quando este passa a ser tratado como “mercadoria” ou “coisa”<sup>117</sup>. Pode-se perceber então, que há uma afronta ao valor intrínseco do ser, premissa básica da dignidade humana, sendo, portanto, indisponível. Dessa forma, ao pensarmos que a liberdade e a autonomia da vontade são também manifestações da dignidade, o homem ao dispor de sua integridade moral – logo, sua dignidade – se encontrará vazio de tais direitos, vez que, perdeu a essência que o tornava titular dessas garantias. Na mesma linha, Cesare Bonessana disserta:<sup>118</sup>

*“não haverá liberdade sempre que as leis permitirem que, em certascircunstancias, o homem deixe de ser pessoa e se torne coisa”*

<sup>116</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

<sup>117</sup> CARVALHO, Gisele Mendes *et. al.* **Tráfico de órgãos, paternalismo jurídico e direito à integridade moral: a dignidade humana tem preço?**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e6ff107459d435e3> Acesso em: 14 set.2021

<sup>118</sup> CARVALHO, Gisele Mendes *et. al.* **Tráfico de órgãos, paternalismo jurídico e direito à integridade moral: a dignidade humana tem preço?**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e6ff107459d435e3> Acesso em: 14 set.2021. Apud. BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983, p. 73

Com isso, justifica-se a conduta do Estado ao limitar à autonomia do indivíduo, com o fim de assegurar proteção ao valor da dignidade, que condiciona as demais garantias fundamentais e os direitos personalíssimos.

Retomando a análise da legislação pátria, essencialmente aos dispositivos da Lei de Transplantes, principal instrumento normativo com vistas à tipificação da conduta da compra e venda de órgãos, cabe o exame dos arts. 14 e ss.

No art. 14, o núcleo da ação está em “remover” tecidos, órgãos ou partes *post mortem*

ou *ex vivo* em desacordo com as disposições da própria lei, *in verbis*:

*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.  
§ 1.º Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa ou por outro motivo torpe:  
Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 100 a 150 dias-multa.  
§ 2.º Se o crime é praticado em pessoa viva, e resulta para o ofendido: I - incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias; II - perigo de vida;  
III - debilidade permanente de membro, sentido ou função; IV - aceleração de parto:  
Pena - reclusão, de três a dez anos, e multa, de 100 a 200 dias-multa  
§ 3.º Se o crime é praticado em pessoa viva e resulta para o ofendido: I - Incapacidade para o trabalho;  
II - Enfermidade incurável ;  
III - perda ou inutilização de membro, sentido ou função; IV - deformidade permanente;  
V - aborto:  
Pena - reclusão, de quatro a doze anos, e multa, de 150 a 300 dias-multa.  
§ 4.º Se o crime é praticado em pessoa viva e resulta morte:  
Pena - reclusão, de oito a vinte anos, e multa de 200 a 360 dias-multa.*

Os parágrafos §1º ao 4º constituem uma majorante ao tipo legal previsto no caput.  
O

§1º reverencia o disposto no art. 14, do Código Civil, art. 199, §4º da Constituição e art. 1º da própria Lei de Transplantes, ao majorar a pena da conduta prevista no caput se for realizada com o propósito de comercializar.

O tipo penal do art. 15, por sua vez, é o que mais se aproxima da conduta dos traficantes e receptores de órgãos, pois criminaliza expressamente qualquer conduta que tenha como fim “comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano”, *in verbis*:

*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 aufera qualquer vantagem com a transação.*

Entretanto, no que tange à este dispositivo, repousa-se uma crítica doutrinária quanto à inserção daqueles que “vendem” os órgãos ao mesmo patamar daqueles que compram, geralmente os traficantes de órgãos. Pode-se aferir da redação de seu caput que, faz referência à quem intermedia a venda de órgãos de outras pessoas. Contudo, o legislador deveria destacar algumas condições especiais que excluíssem a “vítima” como praticante do crime, ainda que tenha consentido com o procedimento, tendo em vista que muitas vezes é movida em face da sua vulnerabilidade e em razão de extrema necessidade. O consentimento portanto, ainda que expresso, resta viciado, conforme disposição semelhante na alínea “b”, do art. 3º, do Protocolo de Palermo:

*b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente Artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a);*

A criminalização da vítima implica, em muitos casos, em seu silêncio, dificultando as investigações e a descoberta dos reais responsáveis pela consumação do crime. Dessa forma, constitui um cenário de desestímulo ao indivíduo já penalizado pela vida, a ingressar ou produzir provas em juízo, fortalecendo a rede criminoso por trás.

Seguindo com o exame dos dispositivos que tipificam crimes na Lei de Transplantes, temos que o art. 16 possui natureza de delito próprio, vez que, exige como autor aquele que realize transplante ou enxerto, desta feita, o médico ou algum profissional da saúde. O art. 17 penaliza aquele que contribui para o transporte, distribuição ou até mesmo guarda consigo, órgãos ou partes corpo humano dos quais se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com a Lei. Depreende-se, portanto, que a legislação especial procurou abarcar todos os indivíduos que compõe a estrutura organizacional do Tráfico de Órgãos, seja pelo médico que incorre em ilícito, o indivíduo que vende, transporta e intermedia a relação de mercancia e até mesmo aqueles as quais são incumbidas funções de logística e transporte.

Por fim, há expressa previsão do crime relativo ao tráfico de órgãos, ainda que não

sefale precisamente sob esses termos, no Código Penal brasileiro, art. 149-A, que tipifica a conduta de:

*Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de:*

*I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo;*

*[...] Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.*

Cumpre ressaltar que, contra tais delitos não cabe transação penal, nem suspensão incondicional do processo, conforme art. 89, da Lei 9.099/95. Possuem natureza de ação pública condicionada, ou seja, a titularidade para propor a denúncia é do Estado, que o faz através do Ministério Público, o qual pode ser provocado por qualquer pessoa, fornecendo-lhe informações sobre o fato, autotria etc, e independe de manifestação das partes ou qualquer condição específica.

Por fim, diante todo o exposto, percebe-se a jurisdição pátria, bem como a internacional, movimentou-se visando rechaçar a prática do Tráfico de Órgãos. Entretanto, deparam-se com o grande obstáculo que é verificar a ocorrência do delito, vez que, apesar de possuir efeitos permanentes, dá-se por meio de atos determinados e pontuais, onde as vítimas sobreviventes, muito dificilmente, depõe contra a organização criminosa.

## 6. A (DES)CRIMINALIZAÇÃO DO COMÉRCIO DE ÓRGÃOS, TECIDOS E PARTES DO CORPO

### 6.1. Correntes favoráveis à descriminalização

O abismo no mundo todo entre a demanda e a oferta de órgãos para transplante, constitui-se como razão originária para o surgimento de várias teorias e correntes favoráveis à regulação de um “mercado” de órgãos. É também o fator determinante para a manutenção do tráfico ilegal de órgãos. Dessa forma, a preocupação de vários doutrinadores e estudiosos de diversas áreas reside em encontrar uma solução para referida escassez, ao passo que, algumas das alternativas confrontam-se com questões éticas e jurídicas, às quais passaremos a tratar a seguir.

Dentre as principais teses utilizadas para a defesa de um comércio regulado de órgãos, pode-se citar: o aumento da oferta, o enfraquecimento do tráfico, a valorização da autonomia do indivíduo e o paternalismo estatal exacerbado.

Em acordo com o pensamento de Becker<sup>119</sup>, basear os sistemas de transplante no altruísmo, ainda que se adote o consentimento presumido nos casos de doações *post mortem*, não altera significativamente o desequilíbrio aparente entre oferta e demanda. Constata-se isso ao observar que, até mesmo o modelo espanhol, considerado o mais eficiente, comporta filas de pacientes aguardando órgãos.

Partindo de uma visão utilitarista, as pessoas buscam pela melhor e mais útil opção dentre as disponíveis, dessa forma, para transpor o nível de utilidade de um órgão há a necessidade de fornecer um retorno capaz de compensar os riscos e consequências advindas do procedimento. Acredita-se, então, que o modelo altruísta é ineficaz nesse sentido, ao contrário da recompensa financeira, que inclina as pessoas para certas atitudes em virtude de um melhor “custo-benefício”<sup>120</sup>. A observação da experiência fornecida pelo

---

<sup>119</sup> SOUSA, Otávio Felício de *et al.* **O debate ético acerca do comércio de órgãos**. 2020. 86 f. Dissertação (Pós graduação) - Curso de Filosofia, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2020. Apud.. BECKER, Gary. *The economic Approach to human behavior*, Chicago, University of Chicago Press, 1976

<sup>120</sup> SOUSA, Otávio Felício de *et al.* **O debate ético acerca do comércio de órgãos**. 2020. 86 f. Dissertação (Pós graduação) - Curso de Filosofia, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2020. Apud.. BECKER,

modelo Iraniano de captação de órgãos, ao eliminar a fila de transplantes de rins por completo, pode ser visto como a concretização dos levantamentos apontados.

Os reflexos esperados com a descriminalização da compra e venda de órgãos reduziriam drasticamente a atuação do mercado ilegal, em virtude do remanejamento dos eminentes compradores ao comércio lícito. Acredita-se que, afastando as proibições excessivas que originam a criação de um comércio irregular, é recriado o mercado regular<sup>121</sup>. Este, por sua vez, há de ser controlado pelo ente Estatal competente de modo a fornecer vantagens aptas a inibir a busca pelo mercado ilícito, garantindo amplo acesso à toda população e a segurança dos procedimentos, desde a seleção dos vendedores compatíveis até o pós-operatório de ambas as partes.

Charles A. Erin e John Harris, nesse sentido, publicaram, em 2003, uma proposta de mercado regulado de órgãos<sup>122</sup> onde seria delimitada uma área correspondente à atuação do mercado, de modo a restringi-lo apenas aos cidadãos da área circunscrita, evitando assim o turismo de transplantes e garantindo a segurança do sistema. De modo a evitar negociações diretas, o Estado atuaria como o único comprador e seria responsável pela captação e distribuição dos órgãos de acordo com critérios pré-determinados, os quais, provavelmente, seguiriam a mesma linha dos já adotados, obedecendo os níveis de prioridade, havendo também a estipulação dos valores concernentes à cada tipo de órgão, pelo ente estatal.

O mercado regulado propiciaria então um benefício recíproco entre ambas as partes, onde ao receptor estaria se devolvendo à qualidade e a expectativa de vida, e ao vendedor, fornecendo recompensas *in pecunia* para contribuir com o desenvolvimento de sua capacidade econômica<sup>123</sup>.

Para que seja válida a proposição de um mercado regulado de órgãos, deve-se analisar, para além de questões estruturais e sistemáticas, as questões éticas que permeiam o tema, buscando garantia de que não seja apenas mais um ramo do capitalismo, um

---

Gary. The economic Approach to human behavior, Chicago, University of Chicago Press, 1976.

<sup>121</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de *et al.* Mercado regulado de órgãos: uma possibilidade contra o tráfico?. **Revista Quaestio Iuris**, [S.L.], v. 10, n. 1, p. 434-453, 9 fev. 2017. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. <http://dx.doi.org/10.12957/rqi.2017.22052>.

<sup>122</sup> ERIN, Charles A.; HARRIS, John. **An ethical market in human organs**. *Journal of Medical Ethics*, v. 29, 2003. p. 137-138. Disponível em: <http://jme.bmj.com/content/29/3/139.full.pdf+html> Acesso em: 24 set. 2021

<sup>123</sup> HANSER, Ingrid Foltz. **Comércio de partes do corpo humano: tráfico de órgãos no Brasil e argumentos acerca da descriminalização**. 2015. 91 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2015.

novo tipo de mercancia, mas sim uma alternativa fundamentada no respeito à dignidade inerente ao ser e nos princípios tutelados pelo Estado Democrático de Direito.

Repousa-se o debate, então, nas questões atinentes à autonomia do indivíduo frente à criminalização do mercado de órgãos. Para a concepção libertária, o Estado não deveria intervir na decisão de escolhas do indivíduo sobre o seu próprio corpo, pois cabe à cada um, desde que juridicamente capaz, definir o que é bom para si<sup>124</sup>. Dessa forma, sendo a disposição do próprio corpo um direito individual por natureza, não seria justificável uma intervenção estatal em seu poder de escolha, consistindo em um paternalismo exacerbado, fundamentado na ideia de que a condição de pobreza geraria a incapacidade de discernimento do indivíduo, de modo a viciar seu consentimento. A ideia da vulnerabilidade socioeconômica como vício de consentimento é refutada por Julian Savulescu<sup>125</sup> que assevera ser válido desde que informado e livre de coações. Janet Radcliffe Richards<sup>126</sup> complementa a argumentação dispondo que todo tipo de doação de órgãos precede uma coação, seja na forma voluntária mediante fortes sentimentos em relação à um ente querido em situação de urgência, seja na venda, movida pela necessidade. Dessa forma, ao impedir as pessoas de venderem seus órgãos, o Estado estaria promovendo a manutenção de duas situações: escassez de órgãos e a pobreza. Não resolveria ambas lacunas sociais, perpetuaria a coação ainda que no modelo altruísta e implicaria em uma diminuição de possibilidades do indivíduo já marginalizado pela própria sociedade.

Charles Erin e John Harris ainda dispõe sobre a “cadeia de produção” onde, todos os envolvidos na doação são remunerados – médicos e equipe médica, hospital, funcionários e o receptor, detentor da maior benesse advinda do processo – exceto o doador, único a arcar apenas com os prejuízos da operação<sup>127</sup>.

---

<sup>124</sup> SOUSA, Otávio Felício de *et al.* **O debate ético acerca do comércio de órgãos**. 2020. 86 f. Dissertação (Pós graduação) - Curso de Filosofia, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2020.

<sup>125</sup> SOUSA, Otávio Felício de *et al.* **O debate ético acerca do comércio de órgãos**. 2020. 86 f. Dissertação (Pós graduação) - Curso de Filosofia, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2020. Apud.. BECKER, Gary. *The economic Approach to human behavior*, Chicago, University of Chicago Press, 1976.. Apud Savulescu, Julian. **Is the sale of body parts wrong?** *Journal of Medical Ethics*, n. 29, 2003, p. 139.

<sup>126</sup> SOUSA, Otávio Felício de *et al.* **O debate ético acerca do comércio de órgãos**. 2020. 86 f. Dissertação (Pós graduação) - Curso de Filosofia, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2020. Apud.. BECKER, Gary. *The economic Approach to human behavior*, Chicago, University of Chicago Press, 1976. Apud. RADCLIFFE, Janet. **The ethics of transplants: why careless thought costs lives**. Oxford University Press. 2012. Pg. 53

<sup>127</sup> SOUSA, Otávio Felício de *et al.* **O debate ético acerca do comércio de órgãos**. 2020. 86 f. Dissertação (Pós graduação) - Curso de Filosofia, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2020. Apud.. BECKER, Gary. *The economic Approach to human behavior*, Chicago, University of Chicago Press, 1976. Apud. ERIN, Charles A. ; HARRIS, John. **An ethical market in human organs**. *Journal of Medical Ethics*, v. 29, 2003. p.

Há algumas correntes que defendem a manutenção dos dois sistemas de captação de órgãos, altruísta e mercantil, simultaneamente. Assim, com a liberação do comércio de órgãos, os pacientes economicamente capazes de pagar a quantia estabelecida para receber um órgão deixariam livres as vagas para aqueles cujas condições são baixas<sup>128</sup>.

## 6.2. Correntes contrárias à descriminalização

Na contramão dos entendimentos favoráveis ao comércio, as teorias contrárias a descriminalização não se pautam na ineficácia do modelo mercantil frente a demanda de órgãos, e sim nos reflexos que sua legalização causaria na sociedade.

Considerando apenas a visão utilitarista e pressupondo que as pessoas são movidas em prol de atos que lhes ofereçam um “custo-benefício” melhor, ignora-se o fato que a introdução de um incentivo monetário transformaria não só a seara dos transplantes, mas a sociedade como um todo, em especial a relação do indivíduo com seus deveres e valores, como bem preceitua Michael Sandel<sup>129</sup>. O autor afirma que, a lógica do mercado age de forma à rebaixar os aspectos morais à um segundo plano, corroendo a valoração de uma comunidade. No que tange ao comércio de órgãos, essa transmutação acarretaria na perda do desejo genuíno de ajudar o próximo, valorizando o egoísmo de somente agir esperando uma contraprestação. Desvaloriza-se o altruísmo ao tempo em que vão sendo escolhidos os valores a serem cultivados em sociedade. Nesse cenário haverá um desprezo ao princípio da solidariedade, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, princípio correlato também na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos em seu art. 13.

Em consonância à este pensamento de alteração do estado das relações à partir da descriminalização do comércio de órgãos, Simon Rippon<sup>130</sup> pondera que haverá também

---

137

<sup>128</sup> CARVALHO, Gisele Mendes *et al.* **Tráfico de órgãos, paternalismo jurídico e direito à integridade moral: a dignidade humana tem preço?**. Disponível em:

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e6ff107459d435e3> Acesso em: 14 set.2021

<sup>129</sup> SOUSA, Otávio Felício de *et al.* **O debate ético acerca do comércio de órgãos**. 2020. 86 f. Dissertação (Pós graduação) - Curso de Filosofia, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2020. Apud. SANDEL, Michael. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado**. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 2012.

<sup>130</sup> SOUSA, Otávio Felício de *et al.* **O debate ético acerca do comércio de órgãos**. 2020. 86 f. Dissertação (Pós

mudanças na forma como a camada mais vulnerável economicamente lida com situações de necessidade, vez que, tornando possível a venda de órgãos em troca de uma quantia em dinheiro, o indivíduo estaria mais propenso a recorrer à este meio ou até mesmo se veria obrigado em virtude da falta de condições mínimas de subsistência. Dessa forma, em oposição ao que se acredita, a ampliação de suas possibilidades não lhe traria mais liberdade esim um meio de coerção a mais.

Nessa seara cumpre ressaltar que, relembrando o modelo Iraniano de captação de órgãos, no qual 80% de seus vendedores residem na classe mais baixa da sociedade, a remuneração proposta não possui o condão de elevar economicamente às pessoas, tanto é que utiliza-se de um modelo alternativo de “rewarding gift” para suprir a baixa remuneração. Dessa forma, a possibilidade de dispor de um órgão não pode ser enxergada como uma solução também para a pobreza, vez que, à depender do resultado a longo prazo pode-se afirmar que perpetua ainda mais a miséria da camada vulnerável pois pode vir a limitar sua capacidade laboral. Portanto, mais eficaz e justo seria a proposição de medidas públicas capazes de garantir o mínimo existencial à toda população, para que assim o indivíduo não se sinta compelido à dispor de um de seus órgãos na busca de um retorno financeiro ínfimo. A garantia do mínimo existencial é um direito fundamental constitucionalmente previsto no rol dos direitos sociais da Constituição Federal de 1988.

Já fora observado no que tange à autonomia do indivíduo, em especial ao aspecto do consentimento, que em ambos os modelos propostos para a captação de órgãos não há como se falar em autonomia absoluta, tendo em vista que no modelo altruísta pode-se ter a influência familiar ou psicológica no ato de disposição do órgão pelo doador. Tampouco pode-se ignorar o exponencial peso que o indivíduo débil financeiramente carrega consigo no momento de se optar por vender um órgão.

A autonomia também se apresenta como uma manifestação da dignidade humana, princípio norteador do nosso ordenamento jurídico pátrio. Esta, por sua vez, analisada sob a égide de sua fundamentação moral, estaria sendo violada, vez que, ao precificar o ser humano, este ganha status de coisa, perdendo sua qualidade intrínseca que o diferencia dos

---

graduação) - Curso de Filosofia, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2020. Apud.. BECKER, Gary. *The economic Approach to human behavior*, Chicago, University of Chicago Press, 1976.. Apud. RIPPON. Simon. **Imposing options on people in poverty: the harm of a live donor organ market.** *Journal of Medical Ethics*, n. 40, 2014, p. 145-150.

demais na sociedade. Indo além do já exposto, a dignidade humana desdobra-se em integridade moral ao se deparar com a venda de órgãos e partes do corpo, pois, ao coisificar o homem, restar-lhe-á apenas seu corpo físico, dissociando-o de sua qualidade inerente de ser físico e moral. Dessa forma, ainda que haja o consentimento do vendedor, tal conduta não afastaria a lesão provocada à sua integridade moral<sup>131</sup>. Retirando do sujeito sua qualidade que o faz ser, por si só, detentor de direitos fundamentais e de personalidade – a dignidade – há uma renúncia de sua própria essência como ser autônomo e racional, logo, uma abdição de todos os direitos reflexos à esta prerrogativa. Com a legitimação ao desrespeito à dignidade humana, não haveria que falar em tutela de autonomia e liberdade, vez que, estes são decorrentes daquela.

Por fim, a defesa desse tipo de mercado representa uma violação aos princípios bioéticos que primam pelo desenvolvimento da ciência médica aliada ao respeito ao ser humano e com fim único de lhe conferir benefícios, devendo ser rechaçada quaisquer práticas abusivas que atentem contra a dignidade e integridade humana.

---

<sup>131</sup> CARVALHO, Gisele Mendes *et. al.* **Tráfico de órgãos, paternalismo jurídico e direito à integridade moral: a dignidade humana tem preço?**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e6ff107459d435e3> Acesso em: 14 set.2021

## 7. CONCLUSÃO

O desequilíbrio entre a demanda e a oferta de órgãos e tecidos no contexto brasileiro, representa hoje um dos maiores desafios a serem enfrentados no campo da medicina e da seara jurídica. A escassez de órgãos é o fator que condiciona diversos pacientes à aguardarem na fila de transplantes, muitas vezes, por anos. Indivíduos que pela grave doença não possuem mais qualidade de vida e se veem aprisionados à tratamentos alternativos – tal como a hemodiálise – como forma de sobrevivência, enquanto aguardam a chegada de outro órgão saudável.

Contudo, a deficiência da oferta de órgãos representa um problema não só para os enfermos que precisam realizar a transplantação, mas sim, para toda sociedade que se vê à mercê de uma rede criminosa e clandestina, que aproveita do desespero dos pacientes, seus medos e sua vontade de viver, para a obtenção de lucros. O Tráfico de Órgãos atualmente emerge de dois grandes problemas sociais: a escassez de órgãos para transplante e a miséria de uma parcela da população, que submete-se à esse mercado em busca de um retorno financeiro.

Diante esse cenário preocupante, emergiu na sociedade dentre as mais diversas áreas de conhecimento, propostas concernentes à descriminalização de órgãos como medida eficaz para promover o equilíbrio entre demanda e oferta e, conseqüentemente, coibir a prática do tráfico de órgãos. Suas principais fontes argumentativas provêm do direito à autonomia privada de cada indivíduo em face do paternalismo exacerbado do Estado. Apontam para o fracasso do modelo altruísta, adotado pela maioria absoluta dos países atualmente, asseverando que o retorno financeiro seria o incentivo capaz de aumentar a captação de órgãos e beneficiar ambas partes, receptor e doador/vendedor. O caso do modelo de compensação no Irã é apontado como o caso de sucesso da prática, tendo eliminado a fila de espera para transplante de rim, em um sistema centralizado no organismo estatal para sua regulamentação.

Na contramão da mercancia de órgãos, as correntes contrárias a essas propostas fundamentam-se primordialmente sob a égide da dignidade humana e da não objetificação e exploração do ser. Como exposto no presente estudo, o ordenamento jurídico pátrio conferiu ao princípio da dignidade status de norma constitucional norteadora das demais, bem como assegurou sua proteção no rol de direitos fundamentais e, no Direito Privado,

na seara dos direitos da personalidade. Destarte, possibilitar a abertura de um mercado de órgãos seria violar frontalmente a tutela aos direitos humanos, fundamentais e da personalidade.

Entretanto, mais que rechaçar propostas para o aumento da oferta de órgãos, é preciso identificar no modelo atual as deficiências em promover uma melhor captação, de forma a constatar a existência de outras medidas cabíveis com o mesmo fim.

Mediante análise da Lei nº 9434/97, responsável por normatizar a doação de órgãos no Brasil, nota-se que o monopólio familiar sob a decisão de se doar ou não os órgãos de pessoa falecida e o alto percentual de recusa das mesmas, representa um obstáculo à doação *post mortem*. Ainda que muitos defendam à volta para o consentimento presumido, esta ainda não aparenta ser a melhor escolha. Entretanto, deve-se retirar a centralização das decisões de doação dos entes familiares, retornando para a pessoa falecida a titularidade do seu direito individual de dispor ou não dos órgãos. Nesta ocasião, somente no eventual silêncio do potencial doador, a decisão recairia sobre sua família.

Medidas supralegais devem ser implementadas para efetivar a captação de órgãos e aumentar o aceite familiar. É preciso que as equipes médicas sejam capacitadas para o acolhimento das famílias enlutadas e que promovam uma abordagem eficiente no momento da entrevista para evitar a recusa na doação. Para garantir a manifestação dos indivíduos sobre ser ou não um doador de órgãos, deve-se criar um instrumento de fácil acesso que possibilite seu pronunciamento de forma expressa e inequívoca, e que não se torne um fato oponível contra sua honra objetiva, ou seja, que não traga constrangimento algum perante a sociedade. Para que todas as medidas supracitadas possuam realmente o condão de melhorar a captação de órgãos, faz-se mister que o Poder Público promova campanhas informativas e reiteradas à respeito do assunto, sobre sua importância e a segurança no procedimento.

É necessário ainda o refinamento das técnicas brasileiras de transplante e o aparelhamento dos hospitais, pois, como fora vista no modelo espanhol, é possível obter órgãos mesmo nas ocasiões de parada cardíaca, não dependendo somente dos casos de morte encefálica, os quais representam uma pequena parcela nas estimativas hospitalares.

Os Estados devem canalizar seus esforços em fomentar a doação *post mortem*,

evitando assim coações entre familiares para a prática *ex vivos* e possíveis dissimulações de compra e venda de órgãos entre pessoas não-relacionadas.

Com o aumento das doações, e conseqüentemente, da oferta de órgãos, o tráfico de órgãos seria diretamente afetado, tendo em vista que as pessoas em situação de desespero pela demora nas filas de transplante, diminuiriam. Entretanto, seria utópico pensar que o mercado ilegal deixaria de existir, ou mesmo que, as pessoas em situação de extrema pobreza deixariam de sucumbir à esse meio visando um retorno financeiro. Com isso, há de se rever o art. 15 da Lei nº 9434/97, que criminaliza e equipara as vítimas do tráfico aos vendedores conscientes, para que não haja uma atribuição de pena indistintamente.

Conclui-se, mediante as análises propostas neste estudo, que atualmente será mantida a vedação ao comércio de órgãos, uma vez que, vai de encontro aos preceitos internos e internacionais tutelados, não só pelo Brasil, mas pela maioria absoluta dos países. Ao Estado caberá a adoção de medidas capazes de fomentar a doação de órgãos, como as propostas supramencionadas, e promover a revisão legislativa de forma a garantir que a manifestação do potencial doador seja o pressuposto principal para a efetiva doação, bem como, a alteração do art. 15, da Lei 9434/97, para não criminalizar as principais vítimas do tráfico. A cooperação internacional se fará mister para a apuração e a sistematização de informações entre os Estados e para o desmantelamento das redes criminosas.

## 8. REFERÊNCIAS

Organização das Nações Unidas Unidas. **Declaração Universal de Direitos Humanos, 10 dez. 1948** . Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> Acesso em: 10 set. 2021

Associação Brasileira de Transplantes. **Registro Brasileiro de Transplantes**. Ano XXVII N°2. 2021. Disponível em: <https://site.abto.org.br/publicacao/xxvii-no-2/> Acesso em: 08 set.2021

Associação Brasileira de Transplantes. **Registro Brasileiro de Transplantes**. Ano XXVI N°4. 2020. Disponível em: <https://site.abto.org.br/publicacao/xxvi-no-4-anual/> Acesso em: 08set. 2021

BAHIA, Charles Nunes *et al.* POSITIVISMO JURÍDICO E NAZISMO: a superação do mito: legal positivism and nazism: overcoming the myth. **Revista Filosofia do Direito e Intersubjetividade**, [s. l], v. 5, n. 1, p. 1-16, 2014. Disponível em: [https://www.univali.br/graduacao/direito-itajai/publicacoes/revista-filosofia-do-direito-e-intersubjetividade/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/138/3.04%20-%20POSITIVISMO%20E%20NAZISMO .pdf](https://www.univali.br/graduacao/direito-itajai/publicacoes/revista-filosofia-do-direito-e-intersubjetividade/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/138/3.04%20-%20POSITIVISMO%20E%20NAZISMO.pdf). Acesso em: 16 set. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Mimeografado, 2010. Versão provisória para debate público.

CARVALHO, Gisele Mendes *et. al.* **Tráfico de órgãos, paternalismo jurídico e direito à integridade moral: a dignidade humana tem preço?**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e6ff107459d435e3> Acesso em: 14 set.2021

COELHO, Gustavo Henrique de Freitas *et al.* Doação de órgãos e tecidos humanos: a transplantação na Espanha e no Brasil. **Revista Bioética**, [S.L.], v. 27, n. 3, p. 419-429, set.2019. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422019273325>.

Conferência Mundial sobre Direitos Humanos. **Declaração e Programa de Ação de Viena, 1993** Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declara%C3%A7%C3%B5es-e-Tratados-Internacionais-de-Prote%C3%A7%C3%A3o/declaracao-e-programa-de-acao-de-viena.html> Acesso em: 10 set.2021

Conselho Federal de Medicina, **Resolução CFM nº 2173/2017**, Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2173> Acesso em: 16 set.2021

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. DWORCKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Tradução e notas: Nelson Boeira

ERIN, Charles A.; HARRIS, John. **An ethical market in human organs**. Journal of

MedicalEthics., v. 29, 2003. p. 137-138. Disponível em:  
<http://jme.bmj.com/content/29/3/139.full.pdf+html> Acesso em: 24 set. 2021

GARCIA, Clotilde Druck *et al.* **Doação e transplante de órgãos e tecidos.** São Paulo:Segmento Farma, 2015

GARCIA, Guillermo Garcia *et al.* O papel global do transplante renal. **Jornal Brasileiro de Nefrologia**, [S.L.], v. 34, n. 1, p. 01-07, mar. 2012. FapUNIFESP (SciELO).  
<http://dx.doi.org/10.1590/s0101-28002012000100001>.

GHODS, Ahad J.; SAVAJ, Shekoufeh. Iranian Model of Paid and Regulated Living- Unrelated Kidney Donation. **Clinical Journal Of The American Society Of Nephrology**, [S.L.], v. 1, n. 6, p. 1136-1145, 11 out. 2006. American Society of Nephrology (ASN). <http://dx.doi.org/10.2215/cjn.00700206>.

Governo Federal. **Sistema Nacional de Doação e Transplante de Órgãos.** 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/doacao-e-transplante-de-orgaos> Acesso em: 11 set. 2019

GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume II:** introdução à teoriageral da parte especial: crimes contra a pessoa. 15. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2018.

HANSER, Ingrid Foltz. **Comércio de partes do corpo humano: tráfico de órgãos no Brasile argumentos acerca da descriminalização.** 2015. 91 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2015.

III Jornada de Direito Civil. **Enunciado 139** Disponível em:  
<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/222> Acesso em: 15 set. 2021

IV Jornada de Direito Civil. **Enunciado 274.** 2006. Disponível em:  
<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219> . Acessado em: 16 set. 2021

IV Jornada de Direito Civil. **Enunciado nº 277.** Disponível em:  
<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/227> Acesso em: 16 set. 2021

MARINHO, Alexandre *et al.* Disparidades nas filas para transplantes de órgãos nos estados brasileiros. **Cadernos de Saúde Pública**, [S.L.], v. 26, n. 4, p. 786-796, abr. 2010.  
FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0102-311x2010000400020>.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional.** 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017

MAYNARD, Lorena Oliveira Dantas *et al.* OS CONFLITOS DO CONSENTIMENTO ACERCA DA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS POST MORTEM NO BRASIL. **Revista de Direito Sanitário**, [S.L.], v. 16, n. 3, p. 122, 30 dez. 2015. Universidade de Sao Paulo, Agencia

USPde Gestao da Informacao Academica (AGUIA). <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v16i3p122-144>.

Ministro de Estado da Saúde, **Portaria nº 2.600**. Art. 3º. 21 out. 2009 Disponível em: [https://www.saude.mg.gov.br/images/documentos/PORTARIA\\_No\\_2.600\\_de\\_21\\_de\\_outubro\\_de\\_200.pdf](https://www.saude.mg.gov.br/images/documentos/PORTARIA_No_2.600_de_21_de_outubro_de_200.pdf) Acesso em: 17 set. 2021

MOURA-NETO, José Andrade *et al.* CINQUENTA ANOS DO PRIMEIRO TRANSPLANTE NO BRASIL: fifty years of the first transplant in brazil. **Jornal Brasileiro de Transplantes**: Revista Oficial da Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos - ABTO, São Paulo, v. 19, n. 4, p. 1-155, out. 2016. Trimestral. Disponível em: [http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/JBT/2016/4\\_2.pdf](http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/JBT/2016/4_2.pdf). Acesso em: 14 set. 2021.

Organización Nacional de Trasplantes. **Actividad de donación y trasplante españa 2020. Memoria actividad donación y trasplante**. Espanha, 2020. Disponível em: [www.ont.es/infesp/Memorias/ACTIVIDAD%20DE%20DONACION%20Y%20TRASPLANTE%20ESPAÑA%202020\\_26042021.pdf](http://www.ont.es/infesp/Memorias/ACTIVIDAD%20DE%20DONACION%20Y%20TRASPLANTE%20ESPAÑA%202020_26042021.pdf) Acesso em: 20 set. 2021

PASSARINHO, Lúcia Eugênia Velloso *et al.* Estudo bioético dos transplantes renais com doadores vivos não-parentes no Brasil: a ineficácia da legislação no impedimento do comércio de órgãos. **Revista da Associação Médica Brasileira**, [S.L.], v. 49, n. 4, p. 382-388, 2003. Elsevier BV. <http://dx.doi.org/10.1590/s0104-42302003000400028>.

PAULI, Jandir. Doação organizacional em face ao mercado de órgãos: uma análise do modelobrasileiro de transplantação. **Nova Economia**, [S.L.], v. 29, n. 1, p. 339-363, abr. 2019. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/0103-6351/3528>.

PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Índice de Desenvolvimento Humano. Ranking IDH Global 2014**. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/rankings/idh-global.html> Acesso em: 20set. 2021.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Revista dosTribunais, 2017.

Município de São Paulo. **Lei nº 11.479**, 13 jan. 94. Disponível em <http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-11479-de-13-de-janeiro-de-1994> Acesso em: 01out. 2021

BRASIL. **Lei nº 11.584**. institui o Dia Nacional da Doação de Órgãos. 28 de nov. de 2007 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/L11584.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/L11584.htm)Acesso em: 15 set. 2021

BRASIL. **Código Civil**, Lei nº 10.406 de 2002 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm) Acesso em: 16 set.2021

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) Acesso em: 10 set. 2021

BRASIL. **Dec. 2.268**. 30 jun. 1997 Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1997/d2268.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/d2268.htm) Acesso em: 17 set. 2021

BRASIL **Decreto nº 5.017**. Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças – Protocolo de Palermo . 12 março 2004 Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm) Acesso em: 15 set. 2021

BRASIL. **Decreto nº 9.175**. 18 out. 2017 Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9175.htm#art56](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9175.htm#art56)Acesso em: 15 set. 2021

BRASIL. **Lei de Transplantes**, nº 9.434 de 1997. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm) Acesso em: 16 set. 2021

RIVABEM, Fernanda Schaefer. Biodireito: uma disciplina autônoma?. **Revista Bioética**, [S.L.], v. 25, n. 2, p. 282-289, ago. 2017. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422017252188>.

SÁ, Maria de Fátima Freire de *et al.* Mercado regulado de órgãos: uma possibilidade contra o tráfico?. **Revista Quaestio Iuris**, [S.L.], v. 10, n. 1, p. 434-453, 9 fev. 2017. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. <http://dx.doi.org/10.12957/rqi.2017.22052>.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011

SCHELEDER, Adriana F. P. *et al.* **O princípio da solidariedade, a teoria humanista e os direitos humanos fundamentais como meios de valorização do afeto quando do estabelecimento de vínculos de filiação**. Instituto Brasileiro de Direito de Família. 2008.

Apud. Maria Celina Bodin de Moraes. Disponível em:

<https://ibdfam.org.br/artigos/377/O+princípio+da+solidariedade,+a+teoria+humanista+e+os+>

[direitos+humanos+fundamentais+como+meios+de+valoriza%C3%A7%C3%A3o+do+afeto+quando+do+estabelecimento+de+v%C3%ADnculos+de+filia%C3%A7%C3%A3o](https://ibdfam.org.br/artigos/377/O+princípio+da+solidariedade,+a+teoria+humanista+e+os+direitos+humanos+fundamentais+como+meios+de+valoriza%C3%A7%C3%A3o+do+afeto+quando+do+estabelecimento+de+v%C3%ADnculos+de+filia%C3%A7%C3%A3o)

Acesso em: 08 set. 2021

SILVA, Silvia Brand *et al.* Uma comparação dos custos do transplante renal em relação às diálises no Brasil. **Cadernos de Saúde Pública**, [S.L.], v. 32, n. 6, p. 1-13, jun. 2016. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/0102-311x00013515>.

SOUSA, Otávio Felício de *et al.* **O debate ético acerca do comércio de órgãos**. 2020. 86 f. Dissertação (Pós graduação) - Curso de Filosofia, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2020.

TARTUCE, Flavio. **Direito Civil: lei de introdução e parte geral**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.