

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**JULIANA AKEMI HOSHINO**

**AS QUESTÕES ÉTICO-LEGAIS DA DISPOSIÇÃO CORPORAL PARA FINS DE  
TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS**

**CURITIBA**

**2015**

JULIANA AKEMI HOSHINO

**AS QUESTÕES ÉTICO-LEGAIS DA DISPOSIÇÃO CORPORAL PARA FINS DE  
TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do Curso de Graduação da Faculdade de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. José Antonio Peres Gediel

CURITIBA

2015

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**JULIANA AKEMI HOSHINO**

### **AS QUESTÕES ÉTICO-LEGAIS DA DISPOSIÇÃO CORPORAL PARA FINS DE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

---

Prof. Dr. José Antonio Peres Gediel  
Orientador

---

Prof. Dr. Elimar Szaniawski  
Primeiro membro

---

Prof. Msc. Gabriel Schulman  
Segundo membro

Aos meus pais, familiares, amigos e professores por todo o apoio e consideração que me permitiram concluir esse curso.

## RESUMO

O propósito do presente trabalho é examinar os impactos do avanço da ciência e da medicina na percepção do ser humano em relação de si mesmo, bem como analisar as possíveis influências dessa concepção no tratamento jurídico auferido aos atos de disposição corporal para fins de transplantes de órgãos e tecidos. A sociedade contemporânea é um organismo multicultural – um caldeirão de opiniões, ideias e experiências de vida. Nele, indivíduos com crenças e convicções diferentes convivem lado a lado, cada um com um entendimento próprio a respeito da utilização e da destinação de seus corpos, tanto em vida quanto após a morte. O objetivo deste trabalho, portanto, é apresentar os mecanismos jurídicos empregados pelo ordenamento jurídico na resolução de conflitos entre diferentes pontos de vista para, em seguida, examinar como essas soluções se aplicam especificamente aos transplantes de órgãos. A disposição de elementos corporais para fins de transplante de órgãos, regulamentada no Brasil pela Lei nº 9.434/97, compõe um dos principais cerne dessa discussão no campo das ciências médicas, pois coloca o direito à autonomia do sujeito em contraposição ao desejo de curar da medicina. Assim, considerando o aporte legal e doutrinário pertinente ao tema, este trabalho pretende, em suma, explorar criticamente, por meio de uma abordagem interdisciplinar, as questões ético-legais relativas ao do transplante de órgãos e tecidos.

Palavras-chave: autonomia, bioética, consentimento informado, transplante de órgãos e tecidos.

## **ABSTRACT**

The purpose of the present work is to examine the impacts of the advancement of science and of medicine on how human beings perceive themselves, as well as to evaluate the possible influences of this perception in the legal treatment of body parts for transplantation. Our contemporary society is a multicultural organism – a caldron filled with a myriad of opinions, ideas and life experiences. In it, individuals with different beliefs and convictions live side by side, each one with their own understanding about the correct usage and destination of a person's body, be it during their lifetime or after. Thus, the objective of the present work is to present the mechanisms used by the legal system in the resolution of conflicts between different points of view, as so to enable a better understanding on how these solutions are applied in cases involving organ and tissue transplantation. The disposition of body parts for transplant purposes, regulated in Brazil through Law 9.434/97, consists in one of the main issues pertinent to the medical sciences, as it confronts the right of self-determination with the desire to cure expressed by those of the medical field. Therefore, by taking into account the doctrinal and legal framework regarding the matter, this project aims to explore, through critical lenses and an interdisciplinary approach, the ethical and legal issues concerning the transplantation of human organs and tissues.

Key-words: autonomy, bioethics, informed consent, organ and tissue transplant.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	7
<b>2. A BIOÉTICA E SEU PAPEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO</b> .....	10
2.1. Normas e princípios em conflito: os aspectos biológicos do sujeito ante a subjetividade do ordenamento jurídico.....	10
2.2. A importância dos princípios da bioética para a coerência do ordenamento jurídico .....	17
<b>3. O TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS</b> .....	24
3.1. O advento da racionalidade moderna e o seu reflexo no desenvolvimento da medicina de transplante .....	25
3.2. O consentimento para a realização de transplantes: uma manifestação da autonomia do sujeito .....	27
3.3. A limitação dos atos de disposição corporal para fins de transplante .....	33
3.4. O ser humano como um fim em si mesmo.....	36
<b>4. O TRATAMENTO JURÍDICO</b> .....	39
4.1. O transplante de órgãos e tecidos entre vivos .....	39
4.2. O transplante de órgãos e tecidos <i>post-mortem</i> .....	43
<b>5. CONCLUSÃO</b> .....	54
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	57

## 1. INTRODUÇÃO

Em 20 de julho de 1969, o mundo parou para assistir a humanidade imprimir as suas primeiras marcas em solo lunar. “Um pequeno passo para [um] homem, mas um grande salto para a humanidade”<sup>1</sup>, foram as palavras de Neil Armstrong. E que salto! Nos quase cinquenta anos que se seguiram à chegada do homem à Lua, foram superadas fronteiras que, para muito além das pesquisas aeroespaciais, expandiram os limites de todos os campos da ciência: o desenvolvimento de energias alternativas, a crescente digitalização das informações, a comunicação entre pessoas localizadas em pontos diversos do planeta através de pequenos aparelhos celulares. Inovações que, em um curtíssimo espaço de tempo, introduziram em nossas vidas situações que, até então, pertenciam unicamente ao mundo da ficção científica.

Mas dentre todos os dilemas decorrentes da evolução da ciência, certamente nenhum causou tanta consternação ao ser humano quanto os oriundos do progresso da medicina. Citam-se aqui, a título exemplificativo, a realização de transplantes de órgãos cada vez mais complexos, o aperfeiçoamento de medicamentos cada vez mais eficientes, a fabricação de vacinas, de antibióticos, o controle da reprodução humana e, mais recentemente, o mapeamento genético e a sua manipulação em pesquisas científicas. Tendo em vista manusearem aquilo que de mais precioso existe para o ser humano – a vida – os experimentos realizados nessa área são acompanhados por acirradas polêmicas que não raramente desembocam em ainda mais acirradas demandas judiciais.

Caso emblemático ocorreu em 29 de maio de 2008, quando o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, ajuizada contra o art. 5º da Lei de Biossegurança. Desde sua sanção, em 2005, essa lei passou a autorizar a utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia, causando ao mesmo tempo júbilo e desgosto para diferentes setores da sociedade, os quais, partindo de concepções distintas em relação ao ponto inicial da vida humana, bem como de interpretações divergentes de princípios e direitos constitucionais, defendiam lados opostos da discussão.

---

<sup>1</sup> One small step for [a] man, one giant leap for mankind. (National Aeronautics and Space Administration (NASA). **July 20, 1969: One Giant Leap For Mankind**. Disponível em: <[http://www.nasa.gov/mission\\_pages/apollo/apollo11.html](http://www.nasa.gov/mission_pages/apollo/apollo11.html)>. Acesso em: 13/11/2015.)

Ao realizar experiências com células embrionárias, a intenção dos pesquisadores é sempre contribuir para o melhoramento da qualidade de vida individual e social da população. Mas seria correto permitir a realização desses experimentos às custas de uma potencial vida, como defendem alguns? Ou ainda não se poderia falar em vida em um estágio tão prematuro, como defendem outros? Muito mais do que uma simples divergência de opiniões, essa discussão configura um verdadeiro conflito entre diversos princípios— a vida, a saúde, a autonomia, etc. — que está intrinsecamente relacionado ao fato de que, no âmbito das pesquisas biomédicas, o ser humano é tratado não somente como sujeito de direito, mas também como o seu objeto.

E é essa “objetificação” do homem pela medicina que causa nas pessoas maior ou menor grau de hesitação em auferir carta branca aos pesquisadores. A preocupação cada vez maior com a possibilidade de que a “objetificação” excessiva do sujeito acabe com a *humanidade* da pessoa, isto é, com aquilo que torna todos os indivíduos dignos de absoluto respeito e de um tratamento condizente com a sua condição humana age como um freio e impede que coadunemos com uma atuação imprudente e desmedida por parte dos cientistas.

Mas no que exatamente consiste esse “freio”, esse sentimento que nos compele à hesitação? É aqui que entra em jogo a ética ou, mais precisamente, a bioética. Um ato humano, para ser considerado ético, precisa observar as condições de justiça e de moralidade vigentes em um determinado tempo e espaço. Longe de serem pétreas, essas condições se elastecem e se contraem em consonância com a dinâmica da própria sociedade na qual se aplicam. Desse modo, um ato realizado em desacordo com as premissas éticas vigentes em uma determinada comunidade causa nas pessoas um mal-estar e, conseqüentemente, uma reação de oposição à conduta praticada.

Pode-se dizer, portanto, que de um lado temos a ciência — *ser* — e de outro a ética — *dever ser* —, sendo que a primeira deve sempre caminhar observando as delimitações impostas pela segunda. Partindo dessa afirmação, resta claro que as pesquisas biomédicas têm a obrigação de respeitar os parâmetros éticos vigentes. Mas através de quais instrumentos são efetuadas essas imposições? Seria essa a função do direito?

Entender essa questão exige, primeiramente, destrinchar a bioética, entender as suas engrenagens. Para isso, mister examinarmos como o direito, em

toda a sua complexidade, interage, complementa e conflita com a bioética. Esse é o tema objeto de discussão do primeiro capítulo do presente trabalho, eis que, antes de adentrar a questão específica referente aos transplantes de órgãos, é necessário entender como a estrutura principiológica da bioética dá sustentação às decisões tomadas pelos profissionais da saúde a respeito desses procedimentos. Assim, nesse primeiro momento, pretende-se analisar a coerência dos princípios bioéticos dentro do ordenamento jurídico, demonstrando como as formas de solução de conflitos de princípios se relacionam com a perspectiva subjetiva do indivíduo que se encontra na posição de intérprete.

No capítulo seguinte, o objeto de estudo é submetido a um afinamento e passa a focar especificamente nos dilemas éticos relativos ao transplante de órgãos. Partindo de uma breve reconstituição histórica, pretende-se examinar como o desenvolvimento da medicina fomentou a problematização de questões ético-legais até então incontroversas. Uma dessas questões é o consentimento informado, elemento essencial para a realização de qualquer procedimento médico, inclusive para o transplante de órgãos.

O consentimento é uma manifestação do princípio da autonomia do sujeito. Esse princípio, apesar de imprescindível, não é ilimitado, devendo ser exercido em consonância com a noção de “humanidade” do indivíduo. Diante da fragmentação do corpo, consequência do avanço da ciência, não se pode perder de vista o direito de todo ser humano de ser tratado como um fim em si mesmo.

Por fim, no terceiro e último capítulo pretende-se analisar como os temas abordados nos capítulos anteriores – os princípios, a acepção do ser humano como um fim em si mesmo, etc. – foram interpretados e incorporados ao regime jurídico brasileiro no que tange à regulamentação da doação e alocação de órgãos e tecidos para fins de transplante.

Para concluir, propõe-se fazer uma comparação crítica entre a doação entre vivos e a doação *post-mortem*, bem como traçar considerações a respeito das medidas aplicadas em ordenamentos jurídicos estrangeiros.

## 2. A BIOÉTICA E SEU PAPEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO

### 2.1. NORMAS E PRINCÍPIOS EM CONFLITO: OS ASPECTOS BIOLÓGICOS DO SUJEITO ANTE A SUBJETIVIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

A liberdade plena, entendida como a adoção de condutas dirigidas unicamente à satisfação da vontade individual, sem restrições de natureza sancionatória, não tem espaço no mundo atual. A ideia de um homem livre e ilimitado, em seu estado natural, conforme narrado por Hobbes, é incompatível com a vida em sociedade como a entendemos hoje. Segundo a explicação *hobbesiana* de sociedade, os homens, gozando de liberdade irrestrita e visando proteger os seus próprios interesses, viviam em constante estado de guerra, até o momento em que, para preservarem-se, abdicaram parcela de sua liberdade por meio de um contrato social. Com a concretização desse ato, o Estado – o grande *Leviatã* – foi criado.

A partir de então o Estado, por meio da imposição de normas, passou a dirigir a conduta dos homens, estes não mais livres. Mas seria correto atrelar a produção normativa unicamente à existência de uma figura estatal? Uma resposta positiva à essa indagação nos remeteria a uma teoria estatista do direito. Essa teoria, segundo a qual a produção normativa advém exclusivamente da atuação do Estado, tem origem na concepção de Estado como o resultado da transformação histórica das instituições que sustentavam a sociedade pluralista da Idade Média. Os vários ordenamentos jurídicos que até então vigiam harmônica e simultaneamente – a Igreja, as corporações de ofício, as comunas, o núcleo familiar – foram sendo gradualmente eliminados ou absorvidos pela sociedade nacional a medida em que o feudalismo se dissolvia e o aparelho estatal se empoderava, até culminar na concentração total da produção normativa na figura do Estado.<sup>2</sup>

Contudo, ao reduzir o âmbito do direito à produção jurídica estatal, a teoria estatista revelou-se desarmônica com a realidade social e ignorante quanto a existência de experiências jurídicas provindas de fontes que não o Estado, como a jurisprudência e os costumes,<sup>3</sup> causando um verdadeiro engessamento do direito.

---

<sup>2</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. São Paulo: EDIPRO, 2001, p. 31-32.

<sup>3</sup> Hobbes, inclusive, fazia críticas incisivas à Common Law e ao direito consuetudinário, como as que ficaram registrados em sua obra *Diálogo entre um filósofo e um jurista*.

Norberto Bobbio, ao refutar a teoria estatalista do direito em sua obra *Teoria da Norma Jurídica*, afirma que o fenômeno da normatividade pode ser encontrado em todos os aspectos de nossas vidas, tanto no âmbito individual quanto no coletivo, de modo que é incoerente afirmar que o único ordenamento merecedor de reconhecimento é o oriundo da autoridade estatal. Inclusive, aponta o jurista que o primeiro conjunto de normas com o qual temos contato é aquele que rege o nosso núcleo familiar: o pai que impõe uma rotina de estudo aos filhos, a mãe que estabelece os horários para as refeições, os irmãos que determinam o uso dos brinquedos de forma compartilhada. Quando saímos de casa, a normatividade nos acompanha, seja nas escolas, no trabalho, nas associações, etc.<sup>4</sup>

Nossas ações são pautadas pela lógica de que adotando uma conduta X, acarretamos uma consequência Y. É o caso, por exemplo, do pai que estabelece a consequência “não ganhar sobremesa” para a conduta do filho que se recusa a fazer a tarefa de casa, ou do motorista que, por meio de sua conduta “dirigir acima do limite de velocidade”, recebe como consequência uma multa pecuniária. Ambos os exemplos representam uma regra do tipo “se X, então Y”, mas não é difícil perceber que apenas o segundo possui natureza jurídica. O primeiro tem origem em um costume familiar. Veja-se, portanto, que a experiência normativa não se restringe à experiência jurídica, mas inclui também preceitos religiosos, morais, sociais, costumeiros e culturais.<sup>5</sup>

Para Bobbio, a natureza dessas normas pode ser compreendida observando as sanções a elas correspondentes. Normas morais geram sanções puramente interiores – o sentimento de culpa, de remorso –, enquanto as normas sociais causam uma reação externa, que advém do grupo – a reprovação, a exclusão, o linchamento. Normas jurídicas também preveem sanções externas, mas diferentemente das sanções sociais, que são aplicadas diretamente pelos membros do grupo, as sanções jurídicas são reforçadas por meio de uma instituição. A existência de uma sanção institucionalizada constitui fator crucial para o direito como um sistema, pois garante a certeza de uma resposta, a proporcionalidade da sanção e a imparcialidade dos agentes responsáveis pela sua aplicação.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> BOBBIO, *ibidem*, p. 24.

<sup>5</sup> BOBBIO, *ibidem*, p. 25-26.

<sup>6</sup> BOBBIO, *ibidem*, p. 152-162.

O jurista italiano Santi Romano, em seu livro *L'Ordinamento Giuridico*,<sup>7</sup> sugere que a instituição nasce quando uma sociedade passa a empregar métodos de organização específicos com o objetivo de ordenar o grupo social. O processo de institucionalização de uma sociedade seria, desse modo, a sua passagem da fase inorgânica (não-organizada) para a fase orgânica (organizada).<sup>8</sup>

Assim, podemos concluir, simplificadamente, que o que convencionamos chamar de “direito” refere-se, na verdade, a um conjunto de normas que, ao ser violado, acarreta uma resposta da sociedade como um corpo organizado. Grande parte das comunidades constituídas atualmente são organizadas em Estados, de modo que a competência para a aplicação de sanções geralmente recai sobre a autoridade governamental. Percebe-se, portanto, que na teoria institucionalista do direito a atuação do Estado não está voltada tanto para a criação das normas quanto para o seu devido cumprimento e execução.

Mas para que surtam o efeito desejado, não basta que as normas existam e sejam aplicadas por uma autoridade competente. Elas devem também incidir de forma ordenada e em consonância umas com as outras, como peças de engrenagens que, juntas, constroem um ordenamento jurídico complexo, uno e coerente.

Um ordenamento composto por mais de uma fonte normativa é classificado por Bobbio como um ordenamento complexo. Nas palavras do mencionado jurista: “a complexidade do ordenamento jurídico deriva do fato de que a necessidade de regras de conduta numa sociedade é tão grande que não existe nenhum poder (ou órgão) em condições de satisfazê-la sozinho”.<sup>9</sup>

Não obstante ser constituído por normas oriundas de fontes variadas, é imprescindível que o ordenamento também seja uno, ou seja, que todas as suas normas derivem de uma mesma norma originária. Sem uma correlação entre a

---

<sup>7</sup> BOBBIO, *ibidem*, p. 28-30.

<sup>8</sup> Importante observar que, seguindo estritamente o raciocínio de Romano, acabar-se-ia atrelando a normatividade à pré-existência de uma sociedade organizada, relação que é logicamente inviável. Como aponta Bobbio, a formação de uma sociedade organizada depende de uma série de regras de conduta que distribui tarefas aos membros do grupo de forma não-aleatória, ou seja, de forma regulada, o que nos leva à conclusão de que a implementação das normas deve ocorrer concomitantemente ao processo organizacional, e não em uma etapa separada ou subsequente. Logo, ao contrário do que se possa inicialmente parecer, a teoria do direito como norma não conflita com a teoria do direito como instituição, mas encontra-se implícita nela. (BOBBIO, *ibidem*, p. 35-36.)

<sup>9</sup>BOBBIO, *ibidem*, p. 38

norma originária e as demais normas do sistema não há um ordenamento uno e coeso, mas apenas um amontoado de regras. Nos sistemas simples, as normas derivam diretamente da norma originária, fato que confere a todas o mesmo valor e as coloca sempre no mesmo patamar. Por outro lado, nos ordenamentos complexos, a competência legislativa é distribuída a órgãos diversos, criando uma hierarquia normativa onde são superiores as normas mais próximas à norma fundamental e inferiores as mais distantes.<sup>10</sup>

Por fim, o ordenamento jurídico complexo também deve ser um ordenamento coerente, não podendo as normas que o compõem coexistir em conflito umas com as outras.

O filósofo austríaco Hans Kelsen, em sua obra *Teoria Pura do Direito*, classifica os ordenamentos normativos em dois tipos: estático e dinâmico. No primeiro tipo, as normas se relacionariam entre si em razão do conteúdo. É o caso, por exemplo, do ordenamento moral. Já nos ordenamentos do segundo tipo, a validade das normas dependeria unicamente da autoridade competente para criá-las.<sup>11</sup> O ordenamento jurídico seria, para Kelsen, um sistema do tipo dinâmico.

Esse raciocínio, contudo, é duramente criticado por Bobbio, para quem o enquadramento formal da norma não pode ser a única característica a ser levada em consideração. Isso porque admitir o ingresso no ordenamento jurídico de normas tomando como base apenas a sua validade formal abriria a possibilidade de coexistirem normas materialmente incompatíveis, criando um ordenamento incoerente.

A coerência do sistema é imprescindível. Contudo, atingi-la plenamente pode ser uma tarefa difícil. As normas jurídicas existem para regulamentar e ordenar a realidade social, mas essa realidade é heterogênea, composta por indivíduos que cultivam crenças e valores diferentes. O atrito entre essas diferentes visões impede que a produção jurídica seja realizada de forma pacífica e cartesiana. Ela está minada por pontos conflitantes que geram uma incompatibilidade normativa. Essa incompatibilidade é chamada pelos juristas de antinomia.

---

<sup>10</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

<sup>11</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora UnB, 1995, p. 136-138.

Definimos a antinomia como aquela situação na qual são colocadas em existência duas normas [ambas pertencentes ao mesmo ordenamento jurídico e ao mesmo âmbito de validade] das quais uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento.<sup>12</sup>

Digamos que a norma fundamental atribua tanto à autoridade A quanto à autoridade B competência para legislar sobre a conduta X. Digamos que ambas as autoridades decidam elaborar uma norma sobre a matéria, mas que, enquanto A permite a referida conduta, B proíbe-a. Ambas as normas são, teoricamente, válidas, pois emanam de autoridade competente para tal. Contudo, seus conteúdos são contraditórios. Um cidadão, afinal, estaria ou não proibido de realizar o ato X? A resposta para essa questão só pode ser uma: ou ele está proibido, ou não está. O ordenamento jurídico não admite incoerências. Caso isso ocorra, o legislador deve introduzir uma cláusula de exceção em uma das normas, para que deixe de existir o conflito, ou declarar uma – ou ambas – inválida.

A correção de uma antinomia pode ocorrer com base em três critérios: (1) cronológico, (2) hierárquico e (3) de especialidade. Assim, entre duas normas conflitantes, subsiste a hierarquicamente superior. Caso ambas estejam no mesmo nível hierárquico, prevalece a mais recente. Por fim, entre uma de conteúdo geral e outra de conteúdo específico, sobrevive a com mais especialidade. Esse procedimento quase mecânico de eliminação de antinomias é chamado de subsunção e, por se tratar de um método aplicado no âmbito da validade, não admite gradação.

A subsunção, no entanto, está longe de ser uma fórmula universal. Ela pode ser aplicada quando regras conflitantes constituírem mandamentos definitivos, conforme a lógica “all-or-nothing” proposta por Ronald Dworkin, mas não consegue solucionar situações que envolvem, além de conflitos entre regras, conflitos de princípios.<sup>13</sup>

Conflitos de princípios não são antinomias jurídicas propriamente ditas, mas podem gerar normas antinômicas quando valores contrapostos inspiram regulamentações diversas para um mesmo ato fático. Com certeza, a intenção dos legisladores nunca é criar normas conflitantes, mas muitas vezes colisões são

---

<sup>12</sup> BOBBIO, *Ibidem*, p. 86.

<sup>13</sup> COSTA, Gustavo C. Ponderação e o princípio da proporcionalidade. **Revista da FDSM**, Pouso Alegre, v. 26, p. 131-160, jan./jun. 2008.

inevitáveis. Por exemplo: para dar efetividade ao direito à segurança, a maioria dos aeroportos solicita aos passageiros que se submetam a determinadas inspeções antes de embarcarem nos aviões. Esse procedimento é tomado como rotineiro e poucos se objetam a abrir as suas bolsas ou a passar pelo detector de metal. Mas suponhamos uma situação na qual um funcionário vasculha a bagagem de um passageiro no meio do saguão, sob o pretexto de estar agindo em prol da segurança do voo, sem, contudo, possuir quaisquer indícios de que o sujeito abordado estaria portando objeto perigoso ou proibido? Certamente o passageiro sentiria que seu direito à privacidade foi violado. Nesse ponto nevrálgico ocorre um choque entre os valores segurança e privacidade – dois direitos constitucionais hierarquicamente equivalentes, mas que, nesse cenário, apresentam-se em conflito. Como estabelecer onde começa um e onde acaba o outro?

Ao contrário das regras, os princípios, quando conflitam entre si, não podem ser submetidos ao método da subsunção. O que ocorre é a simples preferência de um em face do outro. Essa preferência é decidida com base nas especificidades do caso concreto, e pode variar conforme a situação. Trata-se, em suma, de uma medição comparativa entre custos e benefícios – uma ponderação. Conforme o raciocínio proposto por Robert Alexy: “quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância de satisfação do outro”.<sup>14</sup>

O exemplo da segurança nos aeroportos, citado anteriormente, deixa clara essa explicação. Ao se optar pela revista dos passageiros, estes se encontram obrigados a abdicar parte de sua privacidade para garantir a maior segurança do voo. Na hipótese de uma pessoa ser detectada carregando um líquido desconhecido em sua bagagem de mão, ela provavelmente será coagida a apresentar os seus pertences às autoridades do aeroporto. Mas isso não quer dizer que o princípio da privacidade será totalmente “eliminado”, ou que simplesmente deixará de existir. Muito pelo contrário. O que ocorre é apenas a preferência, neste caso específico, do princípio da segurança pública sobre o princípio da privacidade. Caso as circunstâncias do exemplo fossem modificadas, provavelmente a ordem de preferência desses valores se inverteria. Por exemplo, se um segurança, abusando

---

<sup>14</sup> The greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one principle, the greater the importance of satisfying the other. (ALEXY, Robert. Constitutional Rights, Balancing and Rationality. *Ratio Juris*, Oxford, v. 16, n. 2, p. 131-140, jun., 2003.)

de sua função, abrisse as malas de um passageiro para remexer os seus pertences desnecessariamente, o princípio da privacidade seguramente ganharia mais força.

Não é possível ignorar, no entanto, que pessoas diferentes provavelmente sopesarão os princípios de forma diferente. Cada um de nós, baseando-se na visão moral adotada pelo grupo com o qual convivemos, desenvolvemos convicções próprias a respeito do mundo que nos cerca. Essas convicções constituem a balança com a qual sopesamos valores em conflito. Estranhos morais<sup>15</sup>, isto é, pessoas que pertencem a comunidades com perspectivas morais diferentes, terão “balanças” com características distintas e poderão atribuir aos mesmos princípios pesos desiguais.

Heráclito, bem como outros filósofos pré-socráticos, acreditava na existência de um ponto de vista comum entre todas as pessoas, que subsistiria independentemente de suas culturas. Essa premissa foi adotada pelo pensamento judaico-cristão do medievo, segundo o qual toda a realidade, que advinha de Deus, era universal e única, e persistiu até a Idade Moderna, quando o progresso científico e o enfraquecimento da Igreja como a senhora absoluta da verdade deram forças ao racionalismo secular. A partir desse momento, a razão se tornou o instrumento através do qual se passou a buscar uma unificação do conceito de moralidade.

A aspiração era descobrir, pela razão, uma moralidade comum que unisse a todos e proporcionasse a paz perpétua. Este tem sido o projeto filosófico moral moderno: garantir a substância e unidade moral prometidas na Idade Média ocidental por uma sinergia de graça e razão, mas agora por meio do argumento racional.<sup>16</sup>

Essa busca revelou-se infrutífera. A racionalidade moderna não conseguiu unificar a diversidade de pensamentos e eliminar o “politeísmo de perspectivas”.<sup>17</sup> Isso porque construímos nossas verdades com base na percepção que temos da realidade. Nesse processo, nem mesmo a razão escapa imune das influências morais que permeiam nosso cotidiano.

Não há que se negar, portanto, que os instrumentos interpretativos utilizados na compreensão e na aplicação de normas jurídicas acabam sempre perpassando pelo filtro subjetivo do intérprete. Essa subjetividade não se restringe a situações

---

<sup>15</sup> ENGELHARDT JR., H. Tristram. **Fundamentos da Bioética**. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1998, p. 32.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 30.

exteriores ao sujeito, mas abrange também a forma como nos enxergamos e nos colocamos no mundo.

O termo “conforme os bons costumes”, por exemplo, tão utilizado em nossa legislação nas mais diversas situações, possui um nível de subjetividade tão elevado que pouco se pode extrair concretamente de sua definição.

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

A proibição imposta por esse artigo depende da ocorrência de pelo menos uma das seguintes circunstâncias: (1) a diminuição permanente da integridade física ou (2) a oposição da prática médica aos bons costumes. A constatação da primeira circunstância depende, quase que exclusivamente, de avaliação médica, e adota parâmetros de mensuração baseados em dados científicos. Mesmo assim, a definição de diminuição permanente da integridade física não está isenta de certo grau de subjetividade, principalmente porque, dependendo do caso, peritos distintos poderão definir o termo “diminuição” com intensidades diferentes. Não obstante, ainda assim é possível afirmar que os impactos do ato na integridade física do sujeito podem ser verificados de forma relativamente objetiva. Em contrapartida, no que tange à definição de “bons costumes”, a vagueza conceitual do termo abre um leque praticamente infinito de possibilidades. O entendimento do médico a respeito de um “bom costume” pode não ser compartilhado por seu paciente.

Indispensável, portanto, que o legislador, bem como o aplicador do direito, tenha consciência da possibilidade de surgirem divergências dessa natureza. A ideia de uniformizar a “balança” com a qual sopesamos os valores e princípios que aplicamos em nossas vidas ainda está longe de ser atingida.

## 2.1. A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA PARA A COERÊNCIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Por estarmos imersos em um ordenamento jurídico, a todo momento presenciamos conflitos de natureza principiológica. Alguns já se encontram incorporados em nosso cotidiano de tal forma que mal notamos a sua existência.

Outros, no entanto, ainda se mostram polêmicos, e dividem a sociedade de acordo com diferentes crenças e opiniões.

E o que poderia ser mais polêmico do que um conflito envolvendo o bem jurídico mais valioso do ser humano – a vida?

É fácil perceber a supremacia desse bem jurídico quando o contrapomos a outros de menor valor. Tal é a sua importância que os atos perpetrados contra a vida, bem como contra a integridade física, são na maioria dos ordenamentos jurídicos regulamentados pelo direito penal – a *ultima ratio* do direito.

Um indivíduo que, por exemplo, decide matar sua vítima injetando-lhe doses altas de uma substância letal, responderá pelo crime de homicídio qualificado e estará sujeito a cumprir uma pena de reclusão.<sup>18</sup> Por mais que possam existir discussões quanto à tipificação da conduta, ou à pena a ser aplicada ao infrator, certamente será difícil encontrar alguém que queira questionar o direito da vítima de continuar vivendo. Isso seria praticamente um absurdo!

Mas poderíamos cogitar uma resposta diferente caso a vítima *pedisse* para ter a sua vida terminada? A permissão da vítima teria o condão de alterar as consequências para o perpetrador do ato? Imaginemos um paciente com uma doença grave em estágio terminal. Há quem defenda que é um direito do paciente pedir ao médico para encerrar o seu sofrimento. A Constituição Federal, inclusive, garante a dignidade da pessoa e dispõe que ninguém poderá ser submetido a tratamento desumano ou degradante.<sup>19</sup> De outro lado, há aqueles que repudiam totalmente essa possibilidade. Para esses opositores, qualquer ato não natural que acarrete a extinção da vida deve ser interpretado como um homicídio e, portanto, vedado.

O médico que se recusa a realizar a eutanásia em razão de um entendimento pessoal está sendo guiado por uma norma de cunho puramente

---

<sup>18</sup> O Art. 121, §2º, inciso II do Código Penal brasileiro classifica como homicídio qualificado aquele cometido “com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum”. (BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. **Portal da Legislação**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 10 nov. 2015.)

<sup>19</sup> O Art. 5º, inciso III da Constituição Federal dispõe que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. (BRASIL. Constituição (1988). **Portal da Legislação**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 10 nov. 2015.)

moral. Quando violadas, as normas morais geram somente consequências internas, como o sentimento de culpa e de remorso.

Mas além da sanção moral, é possível que a conduta do médico também seja censurada pela comunidade. Nesse caso, a reprovação teria fundamento na violação de uma norma social. Imaginemos, por exemplo, que essa situação ocorresse em uma comunidade onde a maioria da população é adepta a uma religião que condena a eutanásia. Certamente o médico, caso optasse por realizar o procedimento, acabaria sendo alvo de grave reprovação por parte dos outros membros da comunidade, como seus vizinhos, familiares, colegas de trabalho, etc.

Por fim, sua conduta poderia, ainda, estar sujeita a uma sanção jurídica. Caso existisse lei formal proibindo a prática da eutanásia ou interpretação jurisprudencial nesse sentido, o médico que viesse a realizá-la seria responsabilizado por seus atos perante o Poder Judiciário (na maioria dos países, a eutanásia é equiparada à prática de homicídio simples ou qualificado).

No que se refere à norma jurídica, importante ressaltar que o seu conteúdo deve sempre estar em sintonia com a consciência moral e social da comunidade. Conforme já anteriormente explorado, as normas jurídicas não são válidas apenas porque derivam de uma autoridade competente. Elas devem refletir a realidade do grupo sobre o qual incidem, e procurar sempre corresponder aos seus anseios. Por exemplo: países com maior grau de desenvolvimento socioeconômico possuem, em geral, percepções mais liberais em relação à prática do aborto, consequência dos movimentos feministas que ocorreram nas décadas de 1960 e 1980. A legalização dessa prática se deu nesse período em países como, por exemplo, a Grã-Bretanha (1967), o Canadá (1969), os Estados Unidos (1973), a França (1975), a Nova Zelândia (1977), a Itália e a Holanda (1980). A legislação atualmente vigente nesses países, portanto, reflete as transformações sociais dessas populações e fornece uma resposta coerente com as suas reivindicações. A proibição do aborto provavelmente seria recebida pelos membros dessas sociedades como uma afronta aos seus direitos individuais e geraria, por consequência, forte demanda para a alteração da lei.<sup>20</sup>

No entanto, por mais que o raciocínio na forma aqui exposta pareça ser de simples resolução, a verdade é que, seja no que tange à eutanásia, seja em relação

---

<sup>20</sup> CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. **A global view of abortion rights**. Disponível em: <<http://worldabortionlaws.com/about.html>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

à proibição do aborto, em nenhuma sociedade as opiniões são absolutamente uniformes. A diversidade cultural, bem como a pluralidade de costumes e crenças, faz com que diferentes pessoas interpretem uma mesma situação de formas diametralmente opostas.

A coexistência de normas morais e sociais que diverjam entre si é admissível. O mesmo não pode ser dito em relação às normas jurídicas. Essas devem sempre mostrar-se compatíveis umas com as outras, em razão da necessidade de se preservar a coerência do ordenamento jurídico. Pode ocorrer de no mesmo espaço conviverem membros de dois grupos diferentes, um que condene o aborto e outro que consinta com o ato, mas não é possível que vigore, ao mesmo tempo, uma norma jurídica que permita essa prática e outra que a proíba.

Analisando concretamente, é possível concluir que, quando grupos sociais diferentes advogam lados antagônicos de uma discussão, o que ocorre é um processo de sopesamento de princípios. Assim, um grupo que condena o aborto prioriza o direito à vida em detrimento do exercício da livre escolha. Já um grupo que apoia a legalização do aborto dá preferência ao princípio da autonomia.

No núcleo desse dilema – e de todos os outros que, de uma forma ou outra, envolvem questões relativas à intervenção médica e biológica na vida do ser humano – subsiste um evidente conflito de valores contrapostos, uma antinomia principiológica: o direito à vida em oposição ao direito à liberdade de escolha.

Como agir nessas situações? É exatamente para ajudar-nos a responder essa pergunta que existem os princípios da bioética. Não é raro médico e paciente revelarem ser, um em relação ao outro, estranhos morais. Ao longo de sua carreira, o profissional da saúde se vê obrigado a adotar condutas que, segundo o seu entendimento, garantirão o melhor interesse de seus pacientes, mas que nem sempre são bem recebidas por eles.

Os pacientes muitas vezes escolhem dedicar-se a comportamentos que os médicos e enfermeiros sabem ser perigosos, possivelmente prejudiciais e, no fim, até letais. Por respeito a essas pessoas, os médicos e enfermeiros precisam sempre tolerar estilos de vida prejudiciais ou a negativa em obedecer ao tratamento. Mas, ao entrar para a profissão de assistência à saúde, eles comprometem-se a pensar sempre no melhor interesse do paciente. Essa tensão pode ser apreciada como o conflito entre dois princípios éticos: o do consentimento e o da beneficência. É no contraste entre eles que deve ser entendida a tensão moral sentida em muitas

escolhas com respeito ao aborto, à obediência ao tratamento ou à recusa de assistência à saúde.<sup>21</sup>

Em sua atividade profissional, médicos e enfermeiros são guiados pelo princípio da beneficência, segundo o qual devem sempre agir em benefício do paciente. Esse princípio relaciona-se ao princípio da não-maleficência<sup>22</sup>, mas não se limita a ele. Agir de forma benéfica não é apenas atuar de forma não-prejudicial, mas também realizar ações positivas que concretamente objetivem o melhoramento do paciente. Insta salientar, todavia, que os princípios da beneficência e da não-maleficência, apesar de serem, por sua natureza, complementares, podem em determinados casos figurar lados opostos de uma discussão. Não raras são as vezes em que a melhora de um paciente só pode ser atingida às custas da saúde de um segundo paciente, de modo que o médico deve sempre avaliar as peculiaridades da situação e chegar à solução mais adequada ao caso concreto.

O objetivo dos profissionais da saúde é sempre contribuir para a saúde e bem-estar de seus pacientes. Contudo, o tratamento pretendido pelo médico nem sempre é compatível com a vontade do paciente. Aqui, entra em cena outro importante princípio da bioética – o princípio da autonomia. Possuem autonomia todos os indivíduos que gozam de capacidade para compreender e decidir coerentemente sobre as alternativas que lhe são apresentadas. Essa liberdade é exercida em vários aspectos de nossas vidas, e surte reflexos em todas as escolhas que tomamos no dia-a-dia, inclusive naquelas pertinentes a nossa saúde.

Pode-se afirmar, portanto, que enquanto os médicos são guiados pelo princípio da beneficência/não-maleficência, os pacientes seguem o princípio da autonomia. Ocorre, nesse ponto, um choque entre o dever profissional do médico em zelar pela saúde de seu paciente e a liberdade de escolha deste. Utilizando o exemplo da eutanásia, anteriormente narrado, podemos visualizar que o médico, seguindo o princípio da beneficência/não-maleficência, sempre atua no sentido de proteger o direito à vida, mas o paciente, com supedâneo no princípio da autonomia, entende estar no direito de decidir sobre o seu próprio destino, inclusive sobre o seu

---

<sup>21</sup> ENGELHART JR, *loc. cit.*, p. 132.

<sup>22</sup> Não por acaso, o Juramento de Hipócrates, proclamado por jovens médicos quando do momento de sua formatura, dispõe que estes deverão aplicar seus conhecimentos “nunca para causar dano ou mal a alguém”. (CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Missão, Visão e Valores**. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Historia&esc=3>>. Acesso em 17 ago. 2015.)

fim. Ao seguir o princípio da beneficência/não-maleficência, o médico se compromete a proteger a vida daqueles que são entregues aos seus cuidados, o que teoricamente o impediria de optar pela eutanásia, mesmo que o paciente, exercendo sua autonomia, implorasse para que desse um fim ao seu sofrimento. São colisões principiológicas como essas que tornam os problemas da bioética verdadeiros dilemas para médicos e pacientes.

Contudo, sejam quais forem as convicções pessoais dos envolvidos, a decisão, na prática, só pode ser uma: ou o médico se recusa a atender à solicitação do paciente e o mantém vivo, ou acata o pedido, encerrando artificialmente a sua vida.

Como analisado no capítulo anterior, o ordenamento jurídico não admite incoerências. Diante da realidade, o direito não pode comportar duas respostas que conflitam entre si. Desse modo, ao se depararem com uma situação em que figuram em oposição dois ou mais princípios, os médicos são geralmente aconselhados a levar a questão controvertida para a apreciação de um comitê de ética, que ficará incumbido de avaliar as peculiaridades da situação e tomar a decisão que se apresentar como a mais apropriada. O cerne da atividade exercida por esse comitê pode ser entendido como um legítimo processo de ponderação entre princípios conflitantes, e deve sempre levar em consideração os valores percebidos pela comunidade como éticos e morais.

Os princípios basilares da bioética têm como objetivo preservar a *humanidade* do paciente. Assim, o comitê de ética, quando diante de uma divergência de valores, procura estabelecer um equilíbrio entre os princípios da beneficência, da maleficência e da autonomia, a fim de chegar a uma conclusão que melhor se adeque às crenças e convicções do paciente.

Em outras palavras, é a bioética que oferece a médicos, enfermeiros e pesquisadores a orientação necessária para que consigam lidar com os problemas que surgem ao longo de suas atuações como profissionais do campo da medicina e da biologia. Essa orientação envolve, acima de tudo, a dignidade do ser humano e o respeito à integridade física e à saúde corporal e intelectual dos sujeitos.

Todas estas manifestações de progresso científico, de grande repercussão em diversos campos das ciências naturais e humanas, levantam questões éticas. (...) Desenvolve-se a bioética, termo designativo da ética específica das questões biológicas, a traduzir o valor da pessoa humana e também a metodologia multidisciplinar de abordagem dessa mesma problemática,

constituindo para o direito um novo campo de atuação, na medida em que este é chamado a criar normas que protejam o ser humano contra o abuso à sua integridade física, moral e intelectual, o que constitui, presentemente, o cerne da proteção universal dos direitos humanos. Urge, conseqüentemente, precisar o papel do direito em face desses novos desafios, elaborando o instrumental jurídico necessário à garantia dos valores fundamentais da ordem jurídica. Nessa matéria, vale dizer, a dignidade da pessoa humana, a justiça e o bem comum. E seguindo Bachelard, que meditou sobre o novo espírito científico, espera-se do direito e dos juristas que desenvolvam um novo pensamento, apto a elaborar o tipo de resposta jurídica que a sociedade espera para a solução dos problemas advindos do progresso científico, nas áreas da medicina e da biologia, a partir de uma ordem axiológica que tenha a pessoa humana como valor básico da ordem cultural dominante em uma sociedade democrática.<sup>23</sup>

O direito, portanto, apresenta-se para a bioética como o instrumento através do qual a ética médica consegue se impor coercitivamente sobre a realidade. Essas normas visam regulamentar os limites do tratamento médico e das pesquisas científicas, a fim de guiar uma atuação responsável por parte desses profissionais.

---

<sup>23</sup> AMARAL, Francisco. O poder das Ciências Biomédicas: os direitos humanos como limite. In: Carneiro, F. (Org). **A Moralidade dos Atos Científicos – questões emergentes dos Comitês de Ética em Pesquisa**, Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 1999.

### 3. O TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS

Nos Estados Unidos, de acordo com informações fornecidas pela *United Network for Organ Sharing*, 122.570 pessoas atualmente aguardam na fila de espera por um transplante de órgão. Segundo essa mesma organização, em 2014 foram realizadas 29.534 cirurgias dessa natureza, sendo o transplante renal o procedimento com a maior demanda, constituindo mais da metade de todos os transplantes realizadas no ano, em um total de 17.108 operações. Em segundo e terceiro lugar figuraram os transplantes de fígado e coração, com respectivamente 6.729 e 2.655 operações cada.<sup>24</sup>

Apesar de o Brasil ter uma população aproximadamente um terço menor do que a população estadunidense, o número de pacientes na lista de espera é, proporcionalmente, muito inferior, com cerca de 31.204 pessoas<sup>25</sup>. A quantidade de transplantes, contudo, é menor ainda – 1.862 procedimentos realizados em 2014.

É inegável que os profissionais da saúde têm se esforçado para aprimorar a medicina de transplantes, bem como têm as autoridades, governamentais e não-governamentais, se empenhado para criar políticas públicas que incentivam a doação de órgãos. Em razão dessas e de outras medidas, ao longo dos anos os transplantes de órgãos passaram a ser realizados com muito mais frequência e eficiência.<sup>26</sup> Apesar disso, dados fornecidos pela Associação Brasileira de Transplante de Órgãos (ABTO) claramente mostram que o déficit entre a quantidade de pacientes à espera de um órgão e o total de cirurgias efetivamente realizadas ainda persiste. Esse binômio necessidade/escassez consiste em uma das principais fontes de discussão da ética médica no âmbito dos transplantes de órgãos e tecidos, pois

---

<sup>24</sup> A *United Network for Organ Sharing* (UNOS), é uma organização sem fins lucrativos localizada em Richmond, Virginia, Estados Unidos, responsável por administrar a alocação de órgãos por todo o território nacional. (UNITED NETWORK FOR ORGAN SHARING (UNOS). Disponível em: <<https://www.unos.org/>>. Acesso em: 26 out. 2015.)

<sup>25</sup> Insta ressaltar que o número reduzido de pacientes na fila de espera no Brasil, quando comparado a dos Estados Unidos, certamente não significa que aqui existam menos doentes, mas sim que grande parte dos doentes não tem acesso a tratamentos de saúde adequados.

<sup>26</sup> Em 2005 foi realizado no país um total de 4.720 transplantes. Em pouco menos de 10 anos, esse número aumentou aproximadamente 50%, chegando a 7.908 transplantes no ano de 2014. (Associação Brasileira de Transplante de Órgãos (ABTO). **Registro Brasileiro de Transplantes**. Disponível em: <<http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/RBT/2015/rbt201508052015-lib.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2015.)

fomenta a noção de que o corpo humano, sob determinadas circunstâncias, pode acabar distanciando-se do sujeito e transformando-se em uma *commodity*.

A preciosidade de que se reveste o corpo humano, invólucro material que nos possibilita a vida, é enaltecida ainda mais pela impossibilidade de se aumentar a oferta de órgãos de modo artificial. Isto é, até que consigamos “plantar órgãos” ou reproduzir organismos como produtos de uma fábrica, o corpo humano e todas as suas partes merecem ser tratados com atenção especial. Essa atenção deve partir de todos os campos, desde a medicina – tanto na prática quanto na pesquisa – até o direito, que, como já explanado no capítulo anterior, tem a obrigação de regulamentar o sistema jurídico a fim de que consiga lidar com as dissonâncias principiológicas geradas por situações dessa natureza.

### 3.1. O ADVENTO DA RACIONALIDADE MODERNA E O SEU REFLEXO NO DESENVOLVIMENTO DA MEDICINA DE TRANSPLANTE

Na Idade Média, não havia separação entre corpo e alma, ambos pertenciam à Deus. Por conseguinte, durante todo esse período, o contato com o sangue era considerado um tabu. Os médicos monásticos eram ensinados a avaliar os doentes com base em sintomas externos e oculares, sendo-lhes contraindicado sequer tocar no paciente. Não por acaso, a experiência prática era conduzida apenas por membros de profissões de menor *status*, como barbeiros, açougueiros e carrascos<sup>27</sup>.

Qualquer forma de cirurgia era, portanto, abominável e a ideia de que partes humanas pudessem ser transferidas de uma pessoa para outra absolutamente inconcebível. Pelo menos no plano terreno: em uma sociedade guiada por uma moral cristã, os únicos médicos que podiam realizar intervenções corporais dessa natureza eram aqueles expressamente permitidos por Deus, como os irmãos Cosme e Damião, os quais, acreditava-se, teriam amputado a perna cancerosa de um senhor e a substituído pela de um homem recém falecido. Despida desse manto religioso, qualquer intervenção no corpo humano era entendida como uma tentativa de alterar a própria essência da pessoa: uma invasão a um território reservado unicamente aos atos de Deus.

---

<sup>27</sup> BRETON, David Le. **Antropologia do corpo e modernidade**. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 58-59.

Essa concepção só foi superada após o Renascimento, quando transformações econômicas e sociais fizeram com que o indivíduo fosse “dessacralizado” e passasse a ser compreendido não apenas como uma simples peça do todo social, mas como uma entidade em si mesma. Foi nesse contexto que a Igreja permitiu as primeiras disseções oficiais, no século XV. A realização desses experimentos representou uma ruptura com o pensamento medieval, e fomentou a ideia recém-concebida de que o corpo está relacionado ao “ter”, e não ao “ser”.

Anteriormente o corpo não está singularizado do sujeito ao qual empresta um rosto. O homem é indissociável de seu corpo, ele ainda não está submetido a esse singular paradoxo de ter um corpo. Durante toda a duração da Idade Média, as disseções são proibidas, impensáveis, mesmo. A introdução violenta do utensílio nos corpos seria uma violação do ser humano, fruto da criação divina. Além disso, seria atentar contra a pele e a carne do mundo. No universo dos valores medievais e renascentistas, o homem está tomado pelo universo, ele condensa o cosmo. O corpo não é isolável do homem ou do mundo: ele é o homem e é, na devida proporção, o cosmos. Com os anatomistas, e, sobretudo, a partir do *De corporis humani fabrica* (1543) de Vesalius, uma distinção implícita nasce na *episteme* ocidental entre o homem e seu corpo. Aí nasce o dualismo contemporâneo que, de um modo igualmente implícito, considera o corpo isoladamente, em uma espécie de indiferença em relação ao homem ao qual empresta seu rosto.<sup>28</sup>

Essa mudança de mentalidade abriu as portas para o avanço desenfreado da medicina. No final do século XIX e início do século XX, as conquistas médicas já haviam ultrapassado as mais otimistas das expectativas.

John Hunter (1728-1793) é considerado o pai da cirurgia moderna por ter aperfeiçoado métodos cirúrgicos com base em dados experimentais. A partir de suas observações foram desenvolvidas técnicas inovadoras que viabilizaram enormes avanços em todos os campos da medicina, inclusive no âmbito do transplante de órgãos. Até então, os únicos procedimentos bem-sucedidos de transplantes consistiam em enxertos de pele, em razão da baixa probabilidade de rejeição.

A descoberta do sistema ABO e o desenvolvimento de técnicas de sutura de vasos sanguíneos permitiram aos médicos explorarem a viabilidade de alotransplantes<sup>29</sup> envolvendo órgãos com funcionalidades mais complexas. Na

---

<sup>28</sup> BRETON, *Ibidem*, p. 71-72.

<sup>29</sup> Quanto a origem do material orgânico, os transplantes podem ser classificados em (1) autotransplantes, quando o material é oriundo do próprio indivíduo receptor, em (2) alotransplantes, quando o material provém de outro ser humano, ou em (3) xenotransplantes, quando o material é retirado de outras espécies animais.

década de 1950, David Hume e Joseph E. Murray foram pioneiros ao tentar transplantar seis rins retirados de doadores cadavéricos. Em menos de meio ano, no entanto, todos os pacientes haviam falecido. Foi apenas em 1954 que Joseph E. Murray, com a colaboração de John Merrill, conseguiu efetuar o primeiro transplante renal bem-sucedido. O resultado do transplante se deu, em grande parte, pelo fato de doador e receptor serem irmãos gêmeos, o que tornava a possibilidade de rejeição praticamente inexistente. Não obstante, o sucesso da operação extasiou a comunidade médica, e logo se seguiram tentativas de transplantar outros órgãos do corpo humano.<sup>30</sup> Com o desenvolvimento de medicamentos imunossupressores, parecia não haver mais barreiras para o desenvolvimento da medicina.

A despeito de ter proporcionado benefícios imensuráveis à saúde da população, a conquista desse território fez surgir profundos dilemas de cunho ético-moral. A questão sobre os limites da disposição de partes do corpo passou a ser discutida com mais intensidade.

Dissidências ideológicas sempre fizeram parte da convivência dos seres humanos em sociedade. O que muda, ao longo dos anos, são simplesmente os temas sobre os quais se debruçam essas discussões. O desenvolvimento de técnicas da medicina e a crescente fragmentação do corpo humano abalou convicções que até então eram tidas como certas e imutáveis, e transformou a autonomia do sujeito em relação ao seu corpo em um dos principais temas da ética médica.

### 3.2. O CONSENTIMENTO PARA A REALIZAÇÃO DE TRANSPLANTES: UMA MANIFESTAÇÃO DA AUTONOMIA DO SUJEITO

Não há dúvidas de que ao sinal de qualquer irregularidade em nosso organismo, nossa primeira atitude é correr para o pronto-socorro. Caso o problema não seja solucionado pelo médico plantonista, o próximo passo é marcar uma consulta com um especialista. Essa consulta, em geral, é seguida por uma série de exames. Prontos os resultados, é marcado um retorno. Pode ser que a causa da enfermidade tenha sido finalmente desvelada. Caso contrário, mais exames.

---

<sup>30</sup> KANNIYAKONIL, Scaria. **Living Organ Donation and Transplantation: A Medical, Legal and Moral Theological Appraisal**. Vadavathoor: Oriental Institute of Religious Studies India, 2005, pág. 43-53.

Desde o primeiro momento, quando do atendimento prestado no pronto-socorro, passando pela bateia de exames e chegando, por fim, à consulta com o especialista, espera-se do profissional da saúde uma conduta compatível com os preceitos éticos inerentes ao exercício da medicina. Isso inclui escutar a vontade do paciente e informá-lo adequadamente sobre os tratamentos aos quais é submetido.

A necessidade de se obter o consentimento do paciente antes da realização de procedimentos médicos constitui, atualmente, a maior evidência da autoafirmação do sujeito em relação a si mesmo. Desde os efeitos colaterais dos remédios, até os riscos inerentes a uma cirurgia de alta complexidade, o profissional da saúde tem o dever de informar clara e adequadamente o indivíduo que está sendo tratado.

Essa mentalidade, no entanto, nem sempre foi a regra. Muito pelo contrário. Foi apenas na metade do século XX que a definição de consentimento estabeleceu-se como um direito do paciente à autodeterminação. Até então, entendia-se que as decisões referentes a intervenções médicas deveriam ser tomadas unilateralmente pelo profissional. Sob um modelo que privilegiava o princípio da beneficência sobre todos os demais, o médico, aquele que, supostamente, detinha o conhecimento supremo acerca da condição do paciente, era o único cuja voz merecia ser ouvida. A opinião do paciente tinha pouca, praticamente nenhuma, relevância.

O filósofo grego Hipócrates, inclusive, dava aos médicos o seguinte conselho: “esconder a maior parte das informações do paciente, enquanto estiver tratando-o (...) desviando sua atenção daquilo que está sendo feito (...) nada revelando sobre seu futuro ou sua atual condição”<sup>31</sup>. Apesar da importância histórica de Hipócrates para o posterior desenvolvimento da ética médica, não se pode olvidar que seus ensinamentos tinham como objetivo servir como condutas de “etiqueta”, e não como preceitos éticos. As práticas sugeridas em suas obras visavam primordialmente conservar a boa reputação do profissional, a fim de afastar quaisquer alegações de charlatanismo e, assim, atrair mais clientes. O consentimento como respeito à autonomia do paciente não tinha lugar em suas considerações.

Com o tempo, as relações médico-paciente foram tomando novos contornos. Henri de Mondeville (c. 1260-1316), por exemplo, já na baixa Idade Média, aconselhava seus colegas a recusar qualquer paciente que não concordasse com o

---

<sup>31</sup> BEAUCHAMP, Tom. L.; FADEN, Ruth R. **A History and Theory of Informed Consent**. New York: Oxford University Press, 1986, p. 61.

tratamento por eles indicado. No entanto, para Mondeville, a consonância de vontade entre médico e paciente tinha mais relação com os laços de confiança entre as partes do que com o efetivo exercício do direito de escolha do paciente.

As ideias promovidas pelo Iluminismo fomentaram uma nova abordagem acerca do tema. Benjamin Rush (1745-1813), médico e político americano, escreveu ao longo de sua carreira várias obras dedicadas à ética médica, e inovou ao sugerir aos colegas que compartilhassem com seus pacientes todas as informações pertinentes ao tratamento. Essa postura seguia os princípios iluministas de racionalidade e liberdade, e tinha como objetivo a “desmistificação” da medicina e o conseqüente “esclarecimento” do público. No entanto, a verdadeira intenção de Rush em educar seus pacientes era fazer com que estes, na medida em que melhor entendessem as decisões de seus médicos, se sentissem mais inclinados a obedecer às suas ordens.

Foi apenas no século XIX que se pode verificar as primeiras sementes daquilo que ficou efetivamente conhecido como consentimento informado. Os casos registrados no Massachusetts General Hospital, a partir de 1828, data da primeira edição do *Boston Medical and Surgical Journal*<sup>32</sup>, mostram que os médicos paulatinamente passaram a buscar a concordância de seus pacientes antes de realizar determinadas intervenções. Nos relatórios médicos da época, inclusive, é comum encontrar frases como: “tendo em vista que não consegui convencê-la a abandonar suas objeções (...) o tratamento não foi realizado” e “considerando que a paciente insistiu em retornar ao trabalho, dei-lhe alta”<sup>33</sup>. Apesar de ser inegável a importância dessas afirmações como evidência de uma crescente preocupação dos profissionais com a vontade de seus pacientes, é impossível precisar as razões por trás dessas decisões, ou se elas foram feitas com base em informações sólidas e verdadeiras. Não obstante, o que esses casos revelam é que, já no início do século, pelo menos algum esforço era dispendido na busca pelo consentimento do paciente, um avanço considerável quando comparado às décadas anteriores.

---

<sup>32</sup> O periódico *Boston Medical and Surgical Journal* foi renomeado *New England Journal of Medicine* em 1928, nome que é utilizado até hoje. (THE BOSTON MEDICAL LIBRARY. **A Reconstruction of the Collection of 1805 and its History**. Disponível em: <[https://legacy.countway.harvard.edu/chm/rarebooks/exhibits/BML\\_1805/bml\\_1805.htm](https://legacy.countway.harvard.edu/chm/rarebooks/exhibits/BML_1805/bml_1805.htm)>. Acesso em: 16 nov. 2015.)

<sup>33</sup> BEAUCHAMP, Tom. L.; FADEN, Ruth R., *op. cit.*, p. 79.

Outro elemento importante que contribuiu significativamente para a conscientização da comunidade médica para a questão do consentimento foi o aumento, na primeira metade do século XX, das ações judiciais acusando médicos de negligência.<sup>34</sup> Grande parte dos autores dessas ações sustentava suas acusações no fato de carregarem sequelas oriundas de intervenções médicas não autorizadas ou mal informadas. Segundo os requerentes, tal conduta consistia em um comportamento antiético e, portanto, absolutamente inadmissível. Interessante notar, no entanto, que quando a intervenção, mesmo que não autorizada, acabava por beneficiar a saúde do paciente, o júri geralmente apresentava-se disposto a absolver os médicos de todas as acusações.

Mesmo assim, caso peculiar ocorreu em 1911, conforme relatado no *Boston Medical and Surgical Journal* da época: um homem havia machucado seriamente uma de suas pernas, de tal modo que a única solução viável era a amputação do referido membro. A gravidade da situação foi devidamente explicada ao paciente, mas o enfermo continuou recusando-se veementemente ao tratamento, vindo a falecer três dias depois. Se o médico tivesse optado por realizar a amputação, o júri, no caso de uma eventual ação judicial, provavelmente o teria absolvido. Mesmo assim, o médico decidiu por não interferir na decisão, abstendo-se de aplicar o tratamento. Ao adotar essa postura, o médico demonstrou um comprometimento, à época ainda incomum, mas certamente crescente, com o exercício da autodeterminação do paciente.<sup>35</sup>

A concepção de consentimento da forma como a concebemos hoje é resultado da conjunção de vários fatores histórico-sociais, dentre os quais podemos elencar, a título exemplificativo, o movimento de reivindicação de liberdades individuais, os avanços tecnológicos e a massificação do tratamento de saúde.

O termo “consentimento informado” foi utilizado pela primeira vez em meados da década de 1950. Inicialmente, seu uso restringiu-se aos tribunais, a um campo de convergência entre a prática médica e a tutela jurisdicional. Aos poucos, essa discussão foi migrando para um debate mais amplo de tal modo que, hoje, o

---

<sup>34</sup> Atualmente, há suporte tanto na doutrina quanto na jurisprudência caracterizando a negligência informacional como erro médico, passível, inclusive, de indenização. (CALADO, Vinicius de Negreiros. **Negligência informacional médica**: um estudo interdisciplinar dos julgados do Superior Tribunal de Justiça. 2012. 284 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2012.)

<sup>35</sup> BEAUCHAMP, Tom. L.; FADEN, Ruth R., *op cit*, p. 83.

consentimento informado consiste no verdadeiro cerne das relações médico-paciente, e expressa o grau máximo do exercício do princípio da autonomia corporal.

No que tange ao regime de transplante de órgãos, o consentimento para a cirurgia revela-se extremamente importante. A retirada de órgãos em vida é, inevitavelmente, acompanhada por riscos e consequências sobre os quais o doador deve obrigatoriamente estar ciente no momento da operação.

Há previsão expressa na Lei nº 9.434/97, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, a respeito da necessidade da autorização do doador vivo, preferencialmente por escrito, antes da realização do procedimento, conforme dispõe o §4º do art. 9º da supramencionada lei:

Art. 9º É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consangüíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea.

(...)

§ 4º da Lei nº 9.434/97. O doador deverá autorizar, preferencialmente por escrito e diante de testemunhas, especificamente o tecido, órgão ou parte do corpo objeto da retirada.

Não menos importante é a manifestação de vontade em relação ao doador cadavérico, uma vez que a opção feita pelo falecido quando em vida também deve ser devidamente observada.

A legislação ainda dispõe que o consentimento do doador não basta, sendo também indispensável o aval do receptor:

Art. 10 da Lei nº 9.434/97. O transplante ou enxerto só se fará com o consentimento expresso do receptor, assim inscrito em lista única de espera, após aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento.

Verifica-se, pois, que após longa caminhada, a liberdade decisória do paciente em relação ao seu corpo finalmente vem sendo reconhecido como um direito fundamental e irrenunciável do indivíduo.

Essa conquista, no entanto, não significa que todo e qualquer tipo de dissonância ideológica entre médicos e pacientes tenha sido totalmente erradicada.

Conquanto a intervenção não consentida ou mal informada seja hoje universalmente entendida como uma violência à integridade física da pessoa, bem como uma afronta ao seu direito de autodeterminação, a situação oposta, isto é, a liberdade irrestrita, não possui a mesma aceitação uniforme, gerando polêmicas e dividindo opiniões. Isso ocorre porque o alcance do consentimento não é ilimitado. Uma pessoa, mesmo sã e consciente, não pode consentir com todo e qualquer tipo de procedimento.

Em 1996, um caso ocorrido nos Estados Unidos levantou um amplo debate em torno dos limites da disposição corporal e, em decorrência da peculiaridade das circunstâncias, acabou recebendo intensa atenção midiática.

Renada Daniel-Patterson era uma jovem americana que havia nascido com apenas um rim e, por esse motivo, desde pequena vinha sofrendo de deficiência renal crônica. Aos 5 anos, Renada recebera o rim de um doador falecido. Os imunossupressores, no entanto, não conseguiram manter o funcionamento do órgão e, dentro de um ano, Renada havia retornado às sessões de hemodiálise. A esperança ressurgiu quando, sete anos depois do primeiro transplante, seu pai, David Patterson, um convicto sentenciado a 12 anos de reclusão por tráfico de drogas e roubo, ligou para sua filha Renada com quem não mantinha contato há aproximadamente 13 anos, para oferecer à jovem um de seus rins. Exames foram realizados e David revelou-se um doador compatível. A cirurgia foi um sucesso e, por dois anos, Renada pode retornar à escola e desfrutar de uma liberdade antes desconhecida.

Contudo, em 1998, Renada, novamente apresentando dificuldades para acertar a dosagem de imunossupressores necessária para manter o funcionamento do rim que havia recebido do pai, acabou por mais uma vez rejeitar o órgão doado.

Ao saber da notícia, David Patterson comunicou às autoridades de *Folsom Prison* a vontade de dar à filha o seu outro rim. Esse segundo ato de altruísmo, no entanto, foi recebido pelos médicos de Renada com certa relutância. Seu nefrologista, citando o princípio da não maleficência, recusou-se a fazer o transplante, afirmando que por mais que desejasse a melhora de sua paciente, não podia realizar a cirurgia às custas da saúde de seu pai.

Inconformada, Vicki Daniel, mãe de Renada, protestou e o caso foi encaminhado ao Comitê de Bioética do Hospital da Universidade da Califórnia. O comitê deparou-se diante de uma situação sem precedentes: de um lado, uma

garota de 16 anos com a saúde debilitada e, de outro, um pai consciente e disposto a dar à filha o seu único rim para salvá-la. Mas seria aceitável realizar o tratamento para salvar Renada mesmo que isso implicasse em sequelas permanentes para David Patterson?

Após deliberação, o comitê de bioética decidiu pela não autorização do transplante. Para o Dr. Wade Smith, presidente do comitê, realizar o transplante nessas condições iria contra a ética médica, pois “em um transplante existem sempre duas pessoas envolvidas, de modo que é necessário que olhemos para ambas”.<sup>36</sup>

A decisão declarada pelo Comitê de Bioética do Hospital da Universidade da Califórnia não deixou dúvidas: apesar de o consentimento das partes configurar elemento essencial para a realização do transplante, ele, por si só, não é suficiente para justificar o procedimento. O médico não pode perceber o tratamento unicamente do ponto de vista do paciente receptor. Uma atitude dessas implicaria em uma verdadeira reificação do doador, em um tratamento que o equipararia a um mero depósito de material biológico.<sup>37</sup>

### 3.3. A LIMITAÇÃO DOS ATOS DE DISPOSIÇÃO CORPORAL PARA FINS TERAPÊUTICOS

A decisão acerca da destinação de nossos órgãos é uma decisão pessoal, que cabe a cada um de nós deliberar em nosso âmbito privado. Vicki Daniel, mãe de Renada Daniel-Patterson, utilizou-se deste argumento para protestar contra a decisão proferida pelo comitê de bioética do hospital. A mãe da jovem paciente sustentou perante os médicos que se tratava de uma questão de família e que, se David Patterson, de livre e espontânea vontade, havia consentido com a operação, não cabia ao Estado da Califórnia impedir a realização do ato.

Uma análise superficial dessa declaração reflete um pensamento tipicamente libertário, segundo o qual apenas um Estado mínimo, limitado a fazer cumprir contratos e proteger as pessoas contra a força, o roubo e a fraude, é

---

<sup>36</sup> YANG, Sarah. **Transplanting of 2nd Kidney Is Unethical, Panel Rules**. Disponível em: <<http://articles.latimes.com/1999/jan/16/news/mn-64204>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

<sup>37</sup> GEDIEL, José Antônio Peres. **Os Transplantes de Órgãos e a Invenção Moderna do Corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000, p. 142.

justificável. Qualquer Estado com poderes mais abrangentes viola os direitos dos indivíduos de não serem forçados a fazer o que não querem, portanto, não se justifica. Seguindo esse raciocínio, poderíamos afirmar que David Patterson, por ser o senhor máximo de si mesmo, teria o direito de fazer com o próprio corpo o que bem entendesse, inclusive desfazer-se de seus órgãos internos. Qualquer intervenção por parte de terceiros no exercício dessa liberdade configuraria uma violação de um direito.

Contudo, o que diria a maioria das pessoas se, ao invés de dar um rim para sua filha doente, Daniel Patterson quisesse entrega-lo a um artista plástico que utiliza órgãos humanos para confeccionar obras de arte? Por mais absurdo que soe tal hipótese, se, como afirmou Vicki Daniel, David era livre para escolher o destino de seu próprio corpo, não haveria motivos para impedir que ele cedesse seu órgão ao artista excêntrico.

Obviamente, não era isso que Vicki Daniel tinha em mente quando afirmou que o consentimento do doador deveria ser suficiente para que o transplante ocorresse. Por mais que sua declaração soasse libertária, sabemos muito bem que, na verdade, suas palavras se referiam apenas às situações nas quais a finalidade última da retirada do órgão é salvar vidas.

No que tange o regime de transplante de órgãos, observa-se, portanto, que a autonomia que um indivíduo possui em relação à disposição de seu próprio corpo não depende apenas de sua própria vontade, mas também do objetivo para o qual o ato de disposição se direciona. Para que seja eticamente aceitável, esse objetivo deve atender a determinados requisitos, sendo o primeiro deles respeitar a “humanidade” de ambas as partes envolvidas na relação: doador e receptor.

Não por acaso, na grande maioria dos países a comercialização de órgãos é terminantemente proibida. Tratar partes do corpo como produtos de valor patrimonial representa o grau máximo da “coisificação” da pessoa e, conseqüentemente, implica no maior desrespeito à “humanidade” do doador.

Considerando as reflexões já expostas nesse capítulo, poder-se-ia indagar quanto à possibilidade de se admitir a venda de órgãos sob a estrita condição de que o material doado seja utilizado apenas em tratamentos médicos. Ou seja, seria possível admitir o recebimento de contraprestação financeira por este ato de altruísmo quando não houver dúvidas de que a finalidade última do órgão é salvar vidas?

Já de plano, pode-se afirmar que, em território pátrio, tal possibilidade seria absolutamente inadmissível, pois o próprio texto constitucional, em seu art. 199, §4º, expressamente veda “todo tipo de comercialização” de material orgânico.

Art. 199, § 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

A carta constitucional assim dispôs porque, ao contrário da doação gratuita, que valoriza os vínculos de solidariedade entre os cidadãos, a comercialização de órgãos incentiva a percepção do ser humano como um bem de natureza patrimonial. A Lei nº 9.434/97, ao empregar ao longo do texto termos como “disposição gratuita” e “doação”, reforça esse dispositivo constitucional.<sup>38</sup>

Além disso, no atual cenário mundial, a comercialização de órgãos esbarra em ainda mais um obstáculo: a gritante desigualdade econômica entre aqueles dispostos a pagar e aqueles dispostos a doar.

Esse problema já é perceptível na atualidade quando analisamos dados colhidos no “mercado negro” de órgãos. Nesse mercado, não há qualquer tipo de regulamentação ou fiscalização governamental, o que propicia um campo fértil para a exploração desmedida e abusiva de potenciais “doadores”<sup>39</sup>. Apesar da evidente injustiça por trás dessas engrenagens comerciais, o grande desequilíbrio entre a quantidade de órgãos doados e o número de pacientes na fila de espera leva muitos a ignorar o art. 199, §4º da Constituição Federal e a buscar uma solução por meios ilegais.

Em relação ao perfil dos indivíduos fornecedores, ficou constatado que grande parte vive em países pouco desenvolvidos, onde a pobreza e o desespero os tornam dispostos a vender partes de seus corpos por contraprestações econômicas irrisórias. São pessoas que se encontram em condições vulneráveis, analfabetas, e que não tem como tomar os cuidados necessários para evitar complicações pós-operatórias. Internacionalmente, essas populações são vistas “como produtoras de

---

<sup>38</sup> GEDIEL, *ibidem*, p. 154.

<sup>39</sup> IRELAND, Corydon. **Ethicists, philosophers discuss selling of human organs**. Harvard Gazette. Disponível em: <<http://news.harvard.edu/gazette/story/2008/02/ethicists-philosophers-discuss-selling-of-human-organs/>>. Acesso em: 04 out. 2015.

materiais aproveitáveis pela Ciência e não como consumidores dos seus benefícios”<sup>40</sup>. Os receptores, por outro lado, são cidadãos de países economicamente afluentes, que dispõem de recursos para adquirir os órgãos que precisam. Segundo dados disponibilizados pela Organização Mundial da Saúde, os principais países receptores são: Austrália, Canadá, Israel, Japão, Omã, Arábia Saudita e Estados Unidos.<sup>41</sup>

O combate ao tráfico de órgãos é um manto vestido por vários órgãos e instituições internacionais. Esse comércio está umbilicalmente ligado à insuficiência de transplantes realizados por meios legais, de modo que, enquanto a insuficiência de órgãos persistir, o excesso de demanda continuará a fomentar esse mercado paralelo. Quando diante de uma situação na qual nossa própria existência encontra-se ameaçada, seja individualmente como, por exemplo, no caso de uma doença terminal, ou no coletivo, como em surtos epidêmicos, o tecido social composto pelos preceitos éticos e morais que nos unem como uma comunidade e que nos identificam tornam-se frágeis. Contudo, por mais primitivo e inevitável que sejam os impulsos que nos acometem nesses momentos, é importante que o discurso em torno do respeito à “humanidade” dos indivíduos, tão importante para a convivência dos homens em sociedade, não seja relegado a segundo plano, não seja esquecido.

### 3.4. O SER HUMANO COMO UM FIM EM SI MESMO

A medida que a medicina avança, ocorre a crescente fragmentação do corpo humano. O que antes era uma unidade inseparável, hoje é um conjunto de peças: os órgãos, tecidos e sistemas são tratados pela ciência como blocos de um quebra-cabeça que, quando organizados de forma correta, fazem funcionar a máquina chamada ser humano. Até mesmo o nascimento, fenômeno compreendido como o mais divino dos acontecimentos, apresenta-se hoje como nada mais do que a junção de duas células haploides. Quem sabe, daqui há alguns anos poderemos prever, ou até mesmo escolher e descartar, as características de um indivíduo antes mesmo de sua concepção. Analisando as pesquisas atualmente desenvolvidas nas áreas de

---

<sup>40</sup> GEDIEL, *op.cit.*, p. 114.

<sup>41</sup> SHIMAZONO, Yosuke. **The state of the international organ trade: a provisional picture passed on integration of available information.** Bulletin of the World Health Organization. Disponível em: <<http://www.who.int/bulletin/volumes/85/12/06-039370.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2015.

mapeamento genético e técnicas de fertilização *in vitro*, é possível afirmar que um futuro com tais configurações não é mera ficção científica.

No entanto, por mais que desejemos os benefícios proporcionados por esses avanços, permanece o sentimento de que há alguma coisa errada em encomendar um bebê na clínica de reprodução como se fosse o produto de um supermercado. Isso porque a objetificação do ser humano, a separação total do corpo em relação ao sujeito, parece-nos pouco natural, gerando, assim, uma sensação de estranheza e anormalidade. Da mesma forma que nos é estranho pensar que alguém poderia dar um rim para ser usado em uma obra de arte, é estranho pensar que um bebê poderia ser encomendado como o objeto de uma negociação.

A separação entre corpo e sujeito apresenta-se hoje como um problema de vital importância para o direito. Contudo, nem sempre foi assim. Até o século XIX, discussões nesse sentido praticamente não existiam. Foi apenas com o avanço da medicina, ao viabilizar a separação das partes do corpo, que se percebeu a insuficiência teórica do direito quanto à regulamentação das relações intersubjetivas não patrimoniais.

A discussão travada por Puchta e Savigny a respeito do direito subjetivo do indivíduo sobre o seu próprio corpo pôs em evidência esse problema. Puchta (1798-1846) defendia que o corpo humano deveria ser concebido como algo separado do sujeito, podendo, inclusive, figurar como objeto de uma relação jurídica. Para ele, a vontade do sujeito era a fonte única do direito subjetivo, de modo que o simples consentimento, agregado à uma permissão legal, seria o suficiente para que o indivíduo pudesse dispor livremente de seu corpo. Savigny (1779-1861), por outro lado, entendia que, não obstante a fonte do direito subjetivo ser a vontade individual, limitações à liberdade de disposição deveriam ser impostas, pois o indivíduo não poderia ser ao mesmo tempo sujeito e objeto de Direito.

O que se vislumbra por detrás do impasse teórico enfrentado por Puchta e Savigny é, em verdade, o problema ético dos limites da liberdade jurídica em confronto com a unidade essencial do indivíduo, aspectos que interferem na definição da autonomia da vontade.<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> GEDIEL, *op.cit.*, p. 30.

Uma nova perspectiva foi proposta a partir dos estudos de Ihering (1818-1892), para quem “a definição de direito subjetivo até então enunciada era incompleta, porque se limitava a descrever os elementos estruturais, a partir da vontade, silenciando sobre a finalidade do direito subjetivo e da própria relação jurídica”.<sup>43</sup> Seu propósito era, portanto, demonstrar que o direito subjetivo não estava estrita e unicamente vinculado à ideia de vontade, e apontou a importância do interesse como objeto de tutela jurídica. Para enfatizar esse ponto, Ihering argumentou que indivíduos incapazes não têm sua vontade juridicamente reconhecida, mas nem por isso são despidos de direitos subjetivos.

O pensamento de Ihering não foi bem recebido à época, mas sua contribuição não deve ser descartada, pois essencial para lançar o embasamento sobre o qual construiu-se a concepção atual de direito subjetivo.

Como já anteriormente analisado, atualmente o consentimento, apenas, não confere ao doador autonomia plena em relação à disposição de seu próprio corpo. Os atos que implicam na dissociação do sujeito de seu invólucro, além de consentidos, devem estar finalisticamente limitados, isto é, devem respeitar a destinação específica que lhes impõem a lei e a moral.

---

<sup>43</sup> GEDIEL, *op. cit.*, p. 32.

## 4. O TRATAMENTO JURÍDICO

Antes de aprofundar o estudo, necessário fazer, primeiramente, uma distinção entre as duas modalidades existentes de disposição corporal: as realizadas em vida e as realizadas *post-mortem*. Entender essa classificação é crucial para compreender adequadamente as complexidades que envolvem os transplantes de órgãos, pois conquanto o corpo cadavérico permaneça biologicamente igual, composto pelos mesmos órgãos e tecidos, a ausência de vida desenha novos limites para essas intervenções.

Como já visto, a manifestação de vontade do doador é elemento essencial para a realização de qualquer transplante. Por esse motivo, é natural que a impossibilidade de o indivíduo exercer essa faculdade influencie o tratamento jurídico aplicado. Além disso, não se pode olvidar que o corpo vivo apresenta muito mais limitações aos atos de disposição corporal do que o doador cadavérico, uma vez que a intervenção cirúrgica não pode gerar qualquer diminuição à qualidade de vida do doador. A integridade física do sujeito deve ser, a todo custo, preservada.

Não obstante a existência de todas essas distinções entre a doação em vida e a doação cadavérica, deve-se frisar que em todos os casos é primordial que seja observado o aspecto finalístico das intervenções, bem como o atendimento aos interesses individuais e sociais envolvidos no procedimento<sup>44</sup>.

### 4.1. O TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS ENTRE VIVOS

A medida em que a medicina se desenvolve, o aproveitamento de órgãos e tecidos oriundos de doadores vivos torna-se cada vez mais eficiente, lançando a problemática sob uma nova luz.

Em vida, a retirada de material orgânico para fins de transplante pode ocorrer em favor de terceiro ou em favor do próprio indivíduo afetado, como nos casos dos autotransplantes. Estes, em razão do baixo grau de rejeição, vêm sendo realizados desde a Idade Média, ainda que, naquela época, envolvessem procedimentos mais simples. Com a ajuda da tecnologia, hoje é possível realizar

---

<sup>44</sup> GEDIEL, *op. cit.*, p. 168.

autotransplantes de elevada complexidade, como, por exemplo, a reconstituição de partes inteiras do rosto com a utilização de enxertos de pele.<sup>45</sup>

A epiderme, quando adequadamente extraída por um profissional capacitado, pode se regenerar com relativa facilidade, sem causar prejuízos ao organismo, e por isso é classificada como um material orgânico renovável. O mesmo se pode falar do tecido ósseo e com as células hepáticas. Quando separadas do corpo, são consideradas pelo direito como *res*, chegando alguns a admitirem-nas como *res in commercio*.

Grande parte dos doutrinadores concorda que, não obstante as partes renováveis desprendidas do corpo se tornarem coisas distintas do organismo que lhes deu origem, o sujeito permanece exercendo pleno direito sobre esses elementos. A controvérsia cinge-se, portanto, acerca da natureza desse direito. Para alguns, no momento da separação, a relação entre o sujeito atingido e o material removido deixa de ser direito de personalidade e passa a configurar direito de propriedade. Em outras palavras, os direitos do indivíduo em relação às partes removidas de seu corpo seriam análogos àqueles exercidos por um proprietário em relação à sua propriedade – usar, gozar e dispor da coisa conforme sua vontade e entendimento –, desde que observados os requisitos da vedação à contraprestação patrimonial, da não diminuição permanente da integridade física do sujeito e, principalmente, da não violação da dignidade da pessoa humana.<sup>46</sup>

Insta salientar, contudo, que tratar materiais orgânicos como produtos suscetíveis de apropriação implicaria na possibilidade de transmitir à terceiros os direitos de propriedade sobre esses produtos, extinguindo-se, por consequência, os direitos de propriedade em relação ao indivíduo do qual o material foi retirado. Por esse motivo, é imperiosa a estrita observância ao último requisito acima elencado, qual seja, a não violação da dignidade da pessoa humana, a fim de evitar comportamentos antiéticos por parte de terceiros que venham a adquirir esse

---

<sup>45</sup>Em 2010, o Hospital Universitário Vall d'Hebron, na Espanha, pioneiro em pesquisas nessa área, realizou dois transplantes faciais bem-sucedidos, reconstruindo dois terços dos rostos de dois homens, um que sofria de malformação arteriovenosa e outro que carregava seqüelas decorrentes de um acidente. (HOSPITAL VALL D'HEBRON. **Barcelona's Vall D'Hebron University Hospital has successfully performed a new face transplant.** Disponível em: <[http://www.vhebron.net/en/actualidades/-/asset\\_publisher/gCy8/content/vall-d-hebron-realitza-amb-exit-un-nou-trasplantament-de-cara/10165](http://www.vhebron.net/en/actualidades/-/asset_publisher/gCy8/content/vall-d-hebron-realitza-amb-exit-un-nou-trasplantament-de-cara/10165)>. Acesso em: 20 out. 2015.)

<sup>46</sup> GOMES, Orlando. Direitos da Personalidade. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. *apud*. GEDIEL, José Antônio Peres. **Os Transplantes de Órgãos e a Invenção Moderna do Corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000. p.171-172.

material orgânico. Todo esse cuidado parece ser pouco relevante à primeira vista, mas pode representar um grande dilema se adentrarmos campos mais específicos da ciência. O sangue, por exemplo, é um tecido vivo e renovável cuja retirada em pequenas doses não acarreta nenhum prejuízo à saúde do indivíduo. Quando separado do corpo, o sangue,<sup>47</sup> conquanto não seja comercializável, pode ser manuseado e disposto pelo indivíduo como melhor lhe aprouver, inclusive ser entregue a terceiros. O mais comum é que seja oferecido a um banco de sangue, onde será filtrado e reutilizado em pacientes necessitados. Contudo, não há impedimentos legais que o impeçam de alienar o sangue extraído a um terceiro qualquer. Esse terceiro teria plenos poderes para usar e gozar do produto adquirido, como se proprietário fosse? Não se poderia admitir tal hipótese caso, por exemplo, esse adquirente desejasse retirar das células sanguíneas as informações genéticas do indivíduo fornecedor. O manuseamento leviano dessas informações tem atualmente levantado muitas perguntas e discussões, por representar uma ameaça a uma série de direitos fundamentais como a privacidade e a dignidade, já existindo em alguns países regulamentação legal a respeito<sup>48</sup>. Observa-se, portanto, que é imprescindível que o objetivo finalístico da utilização dos elementos corporais esteja sempre em foco. É necessário traçar uma linha rígida e clara delimitando a natureza especial com a qual devemos tratar o corpo humano.

Quanto aos órgãos não renováveis, o direito permite a extração apenas daqueles que nossos corpos possuem em duplicidade, e cuja retirada não implique em um prejuízo permanente ao doador. A ablação desses órgãos é admitida pelo ordenamento jurídico em virtude da distinção entre integridade anatômica e integridade funcional. Com a remoção de partes do corpo, a integridade anatômica é inevitavelmente violada, mas a integridade funcional pode, dependendo do órgão ou

---

<sup>47</sup> Conquanto o sangue seja cientificamente classificado como um tecido conjuntivo, sua doação é disciplinada por lei diversa (Lei nº 10.205/01). Mesmo assim, em observância à absoluta dignidade da pessoa humana, o tecido sanguíneo também deve receber tratamento jurídico diferenciado, distinto daquele reservado a bens patrimoniais. Corroborando nesse sentido, o art. 1º da Lei nº 10.205/01, em consonância com a orientação exposta na Lei nº 9.434/97, também veda “a compra, venda ou qualquer outro tipo de comercialização do sangue, componentes e hemoderivados”.

<sup>48</sup> Em maio de 2008 entrou em vigor nos Estados Unidos o *Genetic Information Nondiscrimination Act*, que proíbe a utilização de informações genéticas por planos de saúde, seguros de vida e empregadores, no intuito de evitar uma discriminação baseada unicamente na predisposição genética do indivíduo. (U.S. Equal Employment Opportunity Commission. **Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008**. Disponível em: <<http://www.eeoc.gov/laws/statutes/gina.cfm>> Acesso em: 23 out. 2015.)

tecido retirado, permanecer intacta<sup>49</sup>. Os rins, por exemplo, são encontrados em seres humanos saudáveis em duplicidade, mas a ausência de um deles não impede o indivíduo de participar nas mesmas atividades desenvolvidas por aqueles que possuem ambos<sup>50</sup>. Evidentemente, as chances do único rim vir a falhar existem, mas são baixíssimas e, em geral, não geram graves consequências.

Cabe destacar que, no que tange ao transplante de órgãos, o direito é orientado pelos princípios bioéticos da beneficência e da não-maleficência, ambos já explorados nos capítulos anteriores. Antes de realizar a operação, o médico deve sopesar os princípios supramencionados para confirmar a viabilidade do procedimento. Um doador saudável, com dois rins em perfeitas condições, terá um risco de sequela consideravelmente pequeno, de modo que o princípio da beneficência deverá triunfar sobre o princípio da não-maleficência. Se, ao contrário, o doador estiver debilitado, a cirurgia deverá ser abortada, pois, como institui o princípio da não-maleficência, o bem-estar do receptor não pode ser alcançado às custas da saúde do doador, que poderá sofrer prejuízos irreversíveis.

Com esse alerta em mente, o médico prosseguirá, caso assim entender, à retirada do órgão do sujeito doador. Cabe, contudo, estabelecer quais órgãos, renováveis ou não, podem ser extraídos do corpo humano em vida. A legislação brasileira não estabelece uma lista exaustiva de órgãos suscetíveis de doação, mas a Lei nº 9.434/97 fixa algumas diretrizes orientadoras:

Art. 9º [...]

§ 3º Só é permitida a doação referida neste artigo quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora.

Com as técnicas atualmente disponíveis, o rim é o único órgão não renovável passível de ser extraído em sua integralidade, sendo o transplante renal o tipo de transplante mais frequentemente realizado entre vivos. Partes do fígado e do pulmão, órgãos com capacidade regenerativa, também podem ser transplantados,

---

<sup>49</sup> GEDIEL, *op. cit.*, p. 173.

<sup>50</sup> NATIONAL KIDNEY FOUNDATION. **Living with one kidney**. Disponível em: <<https://www.kidney.org/atoz/content/onekidney>>. Acesso em: 22 out. 2015.

mas apenas em casos excepcionais. Estatísticas fornecidas pela Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos – ABTO revelam que em 2014 foram realizados no país 1.385 transplantes de rins provenientes de doadores vivos, número altíssimo quando comparado à quantidade de transplantes de fígado (150) e de pulmão (1)<sup>51</sup>. Quanto aos tecidos, apenas as células hematopoiéticas, alojadas na medula óssea, podem ser removidas em vida. A doação de medula óssea é relativamente mais simples e não exige que o doador seja submetido a procedimento cirúrgico complexo, uma vez que a extração é feita por meio de punções aspirativas. No ano passado, foram efetuados 2.013 transplantes de medula óssea.<sup>52</sup>

O crescente aperfeiçoamento das técnicas médicas provavelmente possibilitará transplantes cada vez mais complexos, envolvendo órgãos cuja remoção, hoje, pode soar impossível a nossos ouvidos. Mas a evolução da ciência consiste exatamente nisso: uma sequência de superações que, em algum momento do passado, já foram consideradas “absolutamente impossíveis”.

A conceituação constante no art. 9º, §3º da Lei nº 9.434/97 é notavelmente genérica, o que nos leva a concluir que era a intenção do legislador não restringir os órgãos transplantáveis a um rol taxativo, mas permitir que o texto legal conseguisse manter-se coerente com o incessável progresso da medicina.

Fica claro, portanto, que a classificação e o tratamento recebido pelo corpo humano vivo são largamente influenciados pelos mais diversos aspectos – os limites e avanços médicos, as diretrizes do direito internacional, os dispositivos constitucionais, etc. – mas sempre equilibrando o caráter solidário dos transplantes com a pesquisa científica e, acima de tudo, com a dignidade da pessoa humana<sup>53</sup>.

#### 4.2. O TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS *POST-MORTEM*

O máximo aproveitamento dos órgãos provenientes de um doador cadavérico depende, dentre outras variáveis, do exato momento em que ocorreu a paralisação total e irreversível da função cardíaca e respiratória do indivíduo, ou

---

<sup>51</sup> Associação Brasileira de Transplante de Órgãos, *op. cit.*, p. 6 *et. seq.*

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>53</sup> GEDIEL, *op. cit.*, p. 174.

seja, do momento da constatação de sua morte clínica. Para os órgãos alojados dentro do corpo sem vida, a morte clínica marca o início de uma contagem regressiva, que somente cessa quando o médico, munido de seus instrumentos cirúrgicos e acompanhado de uma equipe especializada, dá início à retirada dos órgãos do corpo falecido. Assim que os órgãos são removidos, outra contagem regressiva se inicia. O tempo dessa segunda contagem pode variar de poucas horas a alguns dias, dependendo das características do órgão retirado. Os rins, por exemplo, podem aguardar até 36 horas antes de serem transplantados em um novo recipiente, enquanto o coração e os pulmões, em geral, não aguentam mais do que 6 horas fora do corpo humano<sup>54</sup>.

Por muito tempo, a ausência de respiração e de batimentos cardíacos era suficiente para que uma pessoa fosse declarada morta. A evolução da medicina nos revelou, no entanto, que o coração que momentaneamente para de pulsar pode, ainda assim, voltar ao seu estado anterior quando são corretamente empregadas técnicas de reanimação cardiorrespiratória.<sup>55</sup> A “ressucitação”, contudo, não tem eficácia quando os traços de atividade cerebral se tornam completamente ausentes, o que demonstra contundentemente que nossa existência está muito mais ligada a sinapses nervosas do que a contrações cardíacas.

Tal constatação levou a comunidade médica a questionar a relevância de manter pacientes respirando artificialmente, por meio de aparelhos, quando por ausência de qualquer atividade neurológica sabe-se que jamais serão capazes de retomar a consciência. Partindo de um conceito de morte vinculado à funcionalidade das funções cardiorrespiratórias, chegar-se-ia à conclusão de que o paciente mantido em estado vegetativo é um ser humano vivo, devendo, por isso, ter a sua vida preservada. No entanto, os altos custos financeiros para a manutenção dos aparelhos, aliados à probabilidade baixíssima, praticamente nula, de que o sujeito retome a consciência, levaram a comunidade médica a desenvolver um novo conceito de morte – a morte encefálica. Em 1968, uma comissão *ad hoc* da *Harvard Medical School*, percebendo a necessidade de uma definição mais precisa a respeito do fenômeno, publicou pela primeira vez artigo sobre o tema.

---

<sup>54</sup> LIFECENTER NORTHWEST. **Organs&Tissues for transplant**. Disponível em: <<http://www.lcnw.org/donation/organs-tissues-for-transplant/>>. Acesso em: 15 out. 2015.

<sup>55</sup> ARAÚJO, Sebastião. ARAÚJO, Izilda E. M. Ressucitação cardiorrespiratória. **Revista Medicina**. Ribeirão Preto. v. 34. jan./mar. 2001, p. 36-63.

Nosso principal objetivo é definir o coma irreversível como um novo critério de morte. Existem dois motivos pelos quais uma conceituação a respeito do tema é necessária: (1) O aperfeiçoamento de técnicas de reanimação e de manutenção artificial da vida tem aumentado os esforços para salvar aqueles em situações gravíssimas de saúde. As vezes esses esforços são atingidos apenas parcialmente, de modo que o coração continua a bater, mas o cérebro está irreversivelmente danificado. As consequências são devastadoras para os pacientes que tem sua consciência perdida, bem como para suas famílias, para os hospitais, e para aqueles que esperam pelos leitos por eles ocupados. (2) Um critério obsoleto quanto à definição de morte pode gerar controvérsias para a realização de transplante de órgãos.<sup>56</sup>

Hoje, a maioria dos países define a morte do indivíduo como sendo o momento de sua morte encefálica. De acordo com o *Global Glossary*<sup>57</sup>, editado pela Organização Mundial da Saúde, a morte cerebral (*braindeath*) pode ser definida nos seguintes termos:

Cessaçã irreversível das funções cerebrais e do tronco encefálico; caracterizado pela ausência de atividade elétrica, de bombeamento de sangue para o cérebro e de demais funções neurológicas, a serem determinadas por avaliação clínica. Com a morte cerebral, o indivíduo é considerado morto, mesmo que sua atividade cardiorrespiratória seja mantida por mais algum tempo.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> Our primary purpose is to define irreversible coma as a new criterion for death. There are two reasons why there is need for a definition. (1) Improvements in resuscitative and supportive measures have led to increased efforts to save those who are desperately injured. Sometimes these efforts have only partial success so that the result is na individual whose heart continues to beat but whose brain is rreversibly damaged. The burden is great on patients who suffer permanent loss of intellect, on their families, on the hospitals, and on those in need of hospital beds already occupied by thoses comatose patients. (2) Obsolete criteria for the definition of death can lead do controversy in obtaining organs for transplantation. (BEECHER, Henry K. *et al.* A Definition of Irreversible Coma: Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death. **The Journal of the American Medical Association**. Chicago. v. 205. n. 6. aug. 1968. p. 85-88.)

<sup>57</sup> Em razão da inexistência de uma terminologia unificada para uma série de vocábulos utilizados pela comunidade médica, principalmente no que se refere à doação e ao transplante de órgãos e tecidos, a Organização Mundial da Saúde entendeu ser pertinente a elaboração de uma database contendo definições básicas de termos regularmente empregados pelos profissionais da área. As informações coletadas nesse projeto foram organizadas e compiladas no Global Glossary of Terms and Definitions on Donation and Transplant. (WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **Global Glossary of Terms and Definitions on Donation and Transplant**. Disponível em: <<http://www.who.int/transplantation/activities/GlobalGlossaryonDonationTransplantation.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2015.)

<sup>58</sup> Irreversible cessation of cerebral and brain stem function; characterized by absence of electrical activity in the brain, blood flow to the brain, and brain function as determined by clinical assessment of responses. A brain dead person is dead, although his or her cardiopulmonary functioning may be artificially maintained for some time. *Idem*, p. 8.

A Organização Mundial da Saúde também tem se esforçado para desenvolver, no âmbito internacional, uma série de recomendações relativas à identificação de morte encefálica em um paciente, sempre levando em consideração o fato de que cada país possui suas próprias percepções legais, culturais e sociais em relação à morte.<sup>59</sup>

Atualmente, apenas alguns países como a Romênia e o Paquistão não possuem legislação vinculando formalmente a morte com a cessação das funções cerebrais. Pesquisas realizadas em hospitais das duas maiores cidades do Paquistão – Karachi e Hydebarad – revelaram que a conceituação de morte cerebral variava significativamente de médico para médico, dificultando a realização de diversos procedimentos post-mortem, inclusive o transplante de órgãos.<sup>60</sup>

O Código Civil brasileiro, apesar de definir expressamente o momento de início da a vida humana<sup>61</sup>, mantém-se silente quanto a seu fim, restringindo-se a dispor, em seu art. 6º, que “a existência da pessoa natural termina com a morte”.

Assim, coube à Lei nº 9.434/97, ao disciplinar a remoção e disposição de órgãos e tecidos, definir com maior precisão o momento de falecimento do paciente, tendo em vista, principalmente, a vital importância dessa informação para a realização bem-sucedida de transplantes. O legislador, em consonância com o entendimento internacional a respeito, escolheu a morte encefálica como critério definidor da cessação da vida, conforme se verifica do disposto no art. 3º da supramencionada lei:

Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

---

<sup>59</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **International Guidelines for the Determination of Death – Phase I**. Disponível em: <<http://www.who.int/patientsafety/montreal-forum-report.pdf>>. Acesso em: 19/10/2015.

<sup>60</sup> KHELANI, Bhojo *et al.* Brain Death: Concepts and knowledge amongst Health professionals in Province of Sindh, Pakistan. **Journal of Pakistan Medical Association**. Karachi. v. 58. n. 7. jul. 2008. p. 352-356.

<sup>61</sup> O art. 2º do Código Civil estabelece que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” (BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Portal da Legislação**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 10 nov. 2015.)

Cerca de cinco meses após a edição da Lei nº 9.434/97, o Conselho Federal de Medicina publicou a Resolução nº 1.480/97, a fim de esclarecer aos médicos brasileiros os parâmetros técnicos adequados para a constatação da morte cerebral.

O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958 e,

CONSIDERANDO que a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a retirada de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, determina em seu artigo 3º que compete ao Conselho Federal de Medicina definir os critérios para diagnóstico de morte encefálica;

CONSIDERANDO que a parada total e irreversível das funções encefálicas equivale à morte, conforme critérios já bem estabelecidos pela comunidade científica mundial;

CONSIDERANDO o ônus psicológico e material causado pelo prolongamento do uso de recursos extraordinários para o suporte de funções vegetativas em pacientes com parada total e irreversível da atividade encefálica;

CONSIDERANDO a necessidade de judiciosa indicação para interrupção do emprego desses recursos;

CONSIDERANDO a necessidade da adoção de critérios para constatar, de modo indiscutível, a ocorrência de morte;

CONSIDERANDO que ainda não há consenso sobre a aplicabilidade desses critérios em crianças menores de 7 dias e prematuros,

RESOLVE:

Art. 1º. A morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias.

Art. 2º. Os dados clínicos e complementares observados quando da caracterização da morte encefálica deverão ser registrados no "termo de declaração de morte encefálica" anexo a esta Resolução. Parágrafo único. As instituições hospitalares poderão fazer acréscimos ao presente termo, que deverão ser aprovados pelos Conselhos Regionais de Medicina da sua jurisdição, sendo vedada a supressão de qualquer de seus itens.

Art. 3º. A morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida.

Declarada a morte cerebral, o médico responsável fica incumbido de comunicar o ocorrido à Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos – CNCDO da unidade federativa onde se deu a morte, conforme prescrito no art. 13 da

Lei nº 9.343/97. Essa comunicação é obrigatória, e independe da condição clínica do falecido ou da decisão da família quanto à disposição de seus órgãos.

Art. 13. É obrigatório, para todos os estabelecimentos de saúde notificar, às centrais de notificação, captação e distribuição de órgãos da unidade federada onde ocorrer, o diagnóstico de morte encefálica feito em pacientes por eles atendidos.

Determinada a morte do paciente, o corpo do indivíduo recém-falecido passa a se denominar cadáver. Não obstante a ausência de vida significar um tratamento jurídico diferenciado, não se deve esquecer que as motivações por trás da remoção dos órgãos permanecem as mesmas, quais sejam a solidariedade humana e o desejo de curar da medicina.

A natureza jurídica do corpo morto já foi conceituada de diversas formas, mas atualmente prevalece na doutrina brasileira o entendimento de que se trata de *res extra commercium*. Isso porque, não obstante a morte extinguir a personalidade, ela não tem o condão de transformar o corpo do indivíduo em um bem de cunho patrimonial. A dignidade da pessoa deve ser preservada mesmo após o falecimento, inclusive nos rituais e procedimentos que se seguem: sepultamento, cremação, destinação a práticas científicas, etc.<sup>62</sup>

No que se refere à utilização do cadáver para fins terapêuticos, a redação original da Lei nº 9.434/97 previa, em seu art. 4º, que “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”. Tratava-se, portanto, de um regime jurídico baseado no “consentimento presumido”, também chamado de “Opt-out”<sup>63</sup>, e significava que a não manifestação do indivíduo em vida a respeito da destinação post-mortem de seus órgãos automaticamente transformava-o em um doador. Aquele que, por

<sup>62</sup> TRONCO, A. A. **Estudo comparado da regulamentação da doação de órgãos pós-morte**. 2013. 113. Trabalho de Conclusão de Curso – Graduação. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto.

<sup>63</sup> O sistema de captação de órgãos baseado no consentimento presumido (*opt-out*) é frequentemente contraposto sistema de doação *opt-in*, ou de consentimento informado. No entanto, a linha divisória entre esses dois modelos não é tão nítida quanto se faz parecer, existindo em vários países legislações que incorporam características de ambos. A doação de órgãos no Brasil é, em regra, classificada como *opt-in*, apesar de a manifestação de consentimento ser realizada pela família, e não pelo doador. (LEE, Shepherd *et al.* An international comparison of deceased and living organ donation/transplant rates in opt-in and opt-out systems: a panel study. **BMC Medicine**. vol. 12. n. 131. 24 de set. 2014. Disponível em: <<http://www.biomedcentral.com/content/pdf/s12916-014-0131-4.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2015.)

motivos pessoais, não desejasse ter seus órgãos retirados deveria expressamente comunicar tal vontade perante as autoridades competentes. A opção do doador ficava registrada em sua Carteira de Identidade e em sua Carteira Nacional de Habilitação, conforme se aúfere do art. 2º, inciso IV, do Decreto nº 89.250/83.

Interessante notar que antes do advento da Lei nº 9.434/97 a remoção de órgãos de doadores cadavéricos era regulada pela Lei nº 8.489/92, que também aplicava o sistema de *opt-out*, mas com uma ressalva: o cônjuge, o ascendente ou o descendente podiam se manifestar contra a retirada dos órgãos quando inexistisse documentação comprovando a vontade do doador<sup>64</sup>. Os familiares próximos tinham, portanto, um “direito subsidiário” em relação ao parente falecido para ratificar ou complementar a vontade desse, prerrogativa que foi abolida pela Lei nº 9.434/97.

O poder decisório dos familiares em relação ao doador cadavérico retornou, e com ainda mais intensidade, após a publicação da Lei nº 10.211/01 que alterou o art. 4º da Lei nº 9.434/97, o qual passou a dispor o seguinte:

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

Ou seja, o regime jurídico brasileiro fez um giro de 180º graus em relação à legislação precedente. Enquanto a antiga redação do art. 4º da Lei nº 9.434/97 não atribuía aos parentes qualquer possibilidade de manifestação, o atual texto legal, ao revés, estabelece a família como a única capaz de decidir sobre os órgãos do parente falecido. O que a lei sugere, portanto, é que o falecido, quando ainda em vida, comunique aos parentes mais próximos a sua intenção de se tornar doador de órgãos, de modo que estes, após a morte, possam decidir em consonância com sua vontade.

Permitir que a família decida sobre a destinação dos órgãos post-mortem traz outra importante discussão a respeito da natureza do direito à disposição

---

<sup>64</sup> O art. 3º Lei nº 8.489/92 estabelece em seu inciso I que a permissão para o aproveitamento de cadáveres para fins terapêuticos depende do “desejo expresso do dispoente manifestado em vida, através de documento pessoal ou oficial”. Ante a ausência de documentação, o inciso II determina que, inexistindo manifestação em contrário de cônjuge, ascendente ou descendente, será procedida a retirada dos órgãos do falecido. (BRASIL. Lei nº 8.489 de 18 de novembro de 1992. **Portal da Legislação**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1989\\_1994/L8489.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1989_1994/L8489.htm)>. Acesso em: 26 out. 2015.)

cadavérica, qual seja, a transmissibilidade ou intransmissibilidade desse direito. Não há dúvidas de que, em vida, a relação que temos com nosso corpo consiste em um direito subjetivo personalíssimo, sendo tal direito, por sua natureza, intransmissível a terceiros. Assim, extinguir-se-ia esse direito no momento da morte ou poderiam os herdeiros exercê-lo em nome do falecido? Questões envolvendo a transmissão de direitos personalíssimos tem gerado acaloradas discussões especialmente no que tange à legitimidade dos herdeiros para promover ações de indenização por danos morais, uma vez que a honra seria, a princípio, um direito personalíssimo e, por esse motivo, insuscetível de transmissão. No que se refere ao direito à disposição cadavérica, parecer haver um entendimento relativamente consolidada de que o seu exercício por familiares é permitido, seja para suprir ou complementar a vontade exposta em vida.<sup>65</sup> Seja como for, em ambos os casos o elemento que justifica a legitimidade dos parentes próximos para exercer os direitos do falecido é o mesmo: a *pietas* familiar, isto é, o sentimento de afinidade nutrido pelos entes queridos, para quem, na maioria das vezes, o cadáver não é uma mera coisa, mas o invólucro sagrado de um pai, uma mãe, um irmão ou um companheiro.<sup>66</sup>

A manifestação da família, mesmo que subsidiária, é ouvida na maioria dos países que adotam um sistema *opt-in*. Na Inglaterra, por exemplo, o *Human Tissue Act* de 2004 estabelece a necessidade de se colher o consentimento apropriado (*appropriate consent*) do indivíduo doador. A definição desse termo é dada pela própria lei, no item 1.3, e consiste na manifestação do doador, quando em vida, ou de seu representante, após a morte. Não tendo sido apontado um representante, são legitimados para responder pelo falecido aqueles com quem mantinha relações significativas (*qualifying relationship*), o que inclui, certamente, membros de sua família imediata e amigos próximos.<sup>67</sup>

Muitos países, por outro lado, mantêm um sistema de doação baseado no “consentimento presumido”, inclusive a Espanha, cujo programa de captação de

---

<sup>65</sup> GEDIEL, *op.cit.*, p, 189.

<sup>66</sup> CARVALO, Orlando de. Transplantações e direitos das pessoas. In: **Transplantações**: Colóquio Interdisciplinar (25 de março de 1993). Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra. p. 140-141, 1993 *apud* GEDIEL, José Antônio Peres. **Os Transplantes de Órgãos e a Invenção Moderna do Corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000. p. 176.

<sup>67</sup> INGLATERRA. Human Tissue Act 2004. **The National Archives**. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/30/contents>>. Acesso em: 16 nov. 2015.

órgãos é atualmente considerado o mais bem-sucedido.<sup>68</sup> Quanto à adoção de um sistema *opt-out* a lei espanhola não deixa dúvidas ao autorizar explicitamente a remoção de órgãos e outras peças anatômicas de indivíduos falecidos para fins terapêuticos ou científicos, desde que não tenham deixado manifestação expressa de sua oposição.<sup>69</sup> Importante notar, contudo, que essa postura não foi assimilada pela população, de tal modo que a Organização Nacional de Transplantes da Espanha (ONT) passou a determinar às equipes médicas que consultassem a família do falecido antes de realizar o procedimento, sob o argumento de que o texto legal não impunha uma obrigação por parte do médico de realizar o transplante, mas apenas autorizava-o a assim proceder caso julgasse conveniente.<sup>70</sup>

O êxito do governo espanhol em conseguir aumentar radicalmente a quantidade de doadores efetivos parece, à primeira vista, estar diretamente relacionado a política *opt-out* adotada pelo país no final da década de 70. É quase instintivo supor que a adoção de um sistema de consentimento presumido poderia gerar uma maior oferta de órgãos para os hospitais, visto que não haveria mais necessidade de uma manifestação positiva por parte do potencial doador a respeito de suas intenções, bastando o silêncio para que o transplante *post-mortem* fosse autorizado. Em segundo lugar, em um sistema em que ser doador é a “norma”, a conduta oficial, incentivada pelas autoridades, seria possível cogitar que as pessoas se tornariam mais inclinadas a adotar a referida conduta<sup>71</sup>.

Todavia, um exame mais profundo desse cenário revela que esse raciocínio apresenta algumas falhas, sendo a primeira delas o foco praticamente exclusivo nos doadores cadavéricos. O doador falecido certamente tem, quantitativamente, mais a oferecer do que um doador vivo, uma vez que órgãos indispensáveis ao bom

---

<sup>68</sup> Nos últimos anos, a Espanha tem registrado cerca de 33-35 de doadores de órgãos pmp. No Brasil, a média de doadores é atualmente 13,3 pmp, segundo a Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos. (MATESANZ, Rafael *et al.* Spanish experience as a leading country: what kind of measures where taken? **Transplant International**. v. 24. 6 de jan. 2011. p. 333-343. Disponível em: <<http://www.ont.es/publicaciones/Documents/Articulos/2011/Transplant%20International-Spanish%20exp.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2015.)

<sup>69</sup> Artículo quinto. Dos. La extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos podrá realizarse con fines terapéuticos o científicos, em el caso de que éstos no huberan dejado constancia expresa de su oposición. (ESPAÑA. Lei nº 30 de 6 de novembro de 1979. **Boletín Oficial Del Estado**. Disponível em: <<https://www.boe.es/boe/dias/1979/11/06/pdfs/A25742-25743.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2015.)

<sup>70</sup> TRONCO, *op. cit.*, p. 52

<sup>71</sup> LEE, *op. cit.*, p. 2.

funcionamento do organismo não podem ser retirados em vida. De fato, pesquisas mostram que transplantes de coração são, em regra, realizados em maior quantidade nos países com regime *opt-out*. Contudo, considerando que a grande maioria dos pacientes esperam por um rim, e que este é um dos poucos órgãos que podem ser doados em vida, não se pode negar que o consentimento dos doadores vivos possui igual ou até maior importância do que a doação *post-mortem*. Interessante notar, inclusive, que países *opt-in*, tendem a realizar mais transplantes renais entre vivos do que países *opt-out*. Além disso, importante reconhecer que o número de doações também é influenciado por outros fatores como a qualidade do serviço de saúde e da disponibilidade de cirurgiões qualificados para realizarem o procedimento<sup>72</sup>.

Não obstante a relevância das observações acima, qualquer afirmação de natureza estatística envolvendo causas e efeitos deve ser tomada com muito cuidado. É difícil verificar empiricamente se o estabelecimento de determinada conduta (a presunção do consentimento de potenciais doadores que não se manifestaram em vida) tem o poder de influenciar um segundo comportamento (a doação em vida). Estudos no sentido de avaliar essa causalidade têm sido desenvolvidos, mas ainda são poucos, e não cobrem um período de tempo necessário para viabilizar uma conclusão segura a respeito do tema<sup>73</sup>.

Ademais, estudos mostram que o sucesso atingido na Espanha está muito mais relacionado à aspectos organizacionais e institucionais – conhecidos internacionalmente como modelo espanhol (*Spanish model*) – do que ao sistema de consentimento presumido. O aumento dos transplantes, nota-se, ocorreu apenas 10 anos depois de entrar em vigor a legislação que implementou o sistema *opt-out* no país, de modo que é difícil estabelecer entre ambos uma relação de causalidade direta.<sup>74</sup>

Por fim, no que tange ao tratamento jurídico do corpo humano cadavérico, cabe também ressaltar que a Lei nº 8.501/92, cujos dispositivos regulam a utilização de cadáveres não reclamados por familiares para fins de pesquisa científica, não foi expressamente revogada pela Lei nº 9.434/97. Assim, tendo em vista o diploma legal

---

<sup>72</sup> LEE, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>73</sup> LEE, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>74</sup> LEE, *op. cit.*, p. 3.

de 1997 nada dispor a respeito, é possível concluir que o aproveitamento desses cadáveres nas faculdades de Medicina ainda é permitido, conforme disposto no art. 2º da Lei nº 8.501/92: “O cadáver não reclamado junto às autoridades públicas, no prazo de trinta dias, poderá ser destinado às escolas de medicina, para fins de ensino e de pesquisa de caráter científico”.

A constitucionalidade da Lei nº 8.501/92, contudo, é altamente questionável por representar uma afronta ao preceito constitucional de absoluto respeito à pessoa humana. A utilização dos cadáveres, na maneira proposta no referido texto legislativo, implica em uma verdadeira reificação do corpo humano, transforma-o em um mero objeto de pesquisa<sup>75</sup>.

---

<sup>75</sup> GEDIEL, *op. cit.*, p. 191.

## 5. CONCLUSÃO

A sociedade contemporânea é caracterizada por um multiculturalismo e por uma diversidade de opiniões. Diante de um caso concreto, não é incomum surgirem divergências a respeito da melhor decisão a ser tomada, eis que a definição de “melhor” pode variar de pessoa para pessoa. Como analisado no primeiro capítulo do presente trabalho, o ordenamento jurídico tem consciência dessa disparidade, e cria mecanismos para lidar com normas e princípios que entrem em conflito.

Em seguida, tomando como base os estudos realizados no âmbito da teoria do ordenamento jurídico, analisou-se como esses mecanismos são utilizados para solucionar conflitos que versam sobre questões pertinentes à bioética. Não há dúvidas de que o objetivo da medicina é sempre estar em busca do bem-estar físico e psíquico do paciente. No entanto, aquilo que é considerado benéfico pela comunidade médica pode não o ser pelo paciente. Garantir que relações médico-paciente sejam sempre absolutamente compatíveis é uma tarefa impossível. Isso, todavia, não deve impedir o emprego de esforços no sentido de harmonizar essas diferenças, a fim de que sejam respeitadas as visões de todas partes envolvidas.

As considerações feitas no primeiro capítulo foram importantes para construir uma base teórica que conseguisse sustentar as discussões realizadas ao longo do trabalho e poder direcionar a discussão, no segundo capítulo, para os conflitos bioéticos relativos especificamente ao transplante de órgãos e tecidos. Começando com uma construção histórica interdisciplinar, examinamos como o avanço da medicina impactou a percepção do ser humano sobre si mesmo. O conhecimento cada vez maior das funcionalidades orgânicas, bem como o desenvolvimento de técnicas cirúrgicas cada vez mais precisas, fizeram com que a ciência submetesse o sujeito a um gradual processo de fragmentação: os órgãos passaram a ser concebidos como peças, como engrenagens que compunham uma única e potente máquina chamada de “corpo humano”.

Sob essa nova conjuntura, surgiu o perigo de os órgãos, e em algumas situações o próprio corpo, passarem a ser tratados como objetos. A objetificação do ser humano impede que este seja concebido como um fim em si mesmo e dá azo à violação de uma série de direitos fundamentais.

Na última parte do trabalho, pretendeu-se examinar como a legislação brasileira regulamenta o transplante de órgãos e tecidos no país, levando em consideração as ideias desenvolvidas nos primeiros capítulos.

Em relação ao transplante de órgãos entre vivos, analisou-se, primeiramente, que os órgãos humanos são classificados em “doáveis” e “não doáveis”, tendo em vista o princípio bioético da não-maleficência. Ressaltou-se, após, as preocupações que acompanham o transplante de órgãos oriundos de doadores vivos, especialmente quanto a proteção da dignidade da pessoa humana.

Por fim, no que se refere ao transplante de órgãos *post-mortem*, a principal controvérsia cingiu-se a respeito do consentimento manifestado pelo doador, quando em vida, ou pelos seus familiares. O consentimento, como já apontado nos capítulos anteriores, consiste em um elemento essencial à realização de qualquer procedimento médico. Contudo, diante do aumento de pacientes na fila de espera por um órgão, muitas autoridades governamentais passaram a autorizar a retirada de órgãos de cadáveres de indivíduos que, em vida, haviam permanecido em silêncio a respeito da destinação de seu material orgânico após a morte. À primeira vista, um programa nesse sentido parece ter o poder de aumentar significativamente o número de doadores e, conseqüentemente, de fazer andar a longa e tortuosa fila de espera. No entanto, não há, na prática, dados que confirmem uma relação direta entre esse sistema e o aumento de doadores.

É possível afirmar que a vida só consegue se manifestar no mundo físico por meio de um invólucro corporal, eis que dependemos dele para a realização de praticamente todas as atividades inerentes à nossa existência terrena. Não por acaso, a medicina, desde os primórdios até os dias de hoje, nunca mediu esforços para fazer com que nossos corpos se tornassem cada vez mais eficientes. Queremos ser mais rápidos, mais produtivos, queremos nos alimentar melhor, nos exercitar, conduzir nossas vidas ao máximo e estendê-la por mais, muito mais tempo.

O transplante de órgãos e tecidos, nesse cenário, simbolizou um salto de enormes proporções não apenas para as ciências médicas, mas também para a busca incessante da humanidade pela erradicação das fragilidades do corpo.

Deve-se ter em mente, no entanto, que essa busca, conquanto inerente à condição humana, não pode cegar: o corpo deve continuar sendo percebido como o

induto sagrado de uma pessoa digna de respeito e de consideração, e não como um simples repositório de material orgânico.

## REFERÊNCIAS

ABADIE, Alberto; GAY, Sebastien. The impact of presumed consent legislation on cadaveric organ donation: A cross-country study. **Journal of Health Economics**, vol. 25, n. 4, p. 599-620, jun. 2004.

ALEXY, Robert. Constitucional Rights, Balancing and Rationality. **Ratio Juris**, Oxford, v. 16, n. 2, p. 131-140, jun. 2003. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/a63.pdf>> Acesso em: 23/10/2015.

AMARAL, Francisco. O poder das Ciências Biomédicas: os direitos humanos como limite. In: Carneiro, F. (Org). **A Moralidade dos Atos Científicos – questões emergentes dos Comitês de Ética em Pesquisa**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 1999.

ARAÚJO, Sebastião; ARAÚJO, Izilda E. M. Ressucitação cardiorrespiratória. **Revista Medicina**, Ribeirão Preto, v. 34, p. 33-63, jan./mar. 2001. Disponível em: <[http://revista.fmrp.usp.br/2001/vol34n1/ressuscitacao\\_cardiorrespiratoria.pdf](http://revista.fmrp.usp.br/2001/vol34n1/ressuscitacao_cardiorrespiratoria.pdf)> Acesso em: 23/10/2015.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS. **Registro Brasileiro de Transplantes**. Disponível em: <<http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/RBT/2015/rbt201508052015-lib.pdf>> Acesso em: 23/10/2015.

BEAUCHAMP, Tom. L; FADEN, Ruth R. **A History and Theory of Informed Consent**. New York: Oxford University Press, 1986.

BEECHER, Henry K. *et al.* A Definition of Irreversible Coma: Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death. **The Journal of the American Medical Association**, Chicago, v. 205, n. 6, p. 85-88, 5 ago. 1968.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. São Paulo: EDIPRO, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6ª ed. Brasília: Editora UnB, 1995.

BRETON, David le. **Antropologia do corpo e modernidade**. Petrópolis: Vozes, 2011.

COSTA, G. C. Ponderação e o princípio da proporcionalidade. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 26, p. 131-160, jan./jun. 2008. Disponível em: <<http://www.fdsm.edu.br/site/posgraduacao/volume26/06.pdf>>. Acesso em: 23/10/2015.

ENGELHARDT JR., H. Tristham. **Fundamentos da Bioética**. 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 1998.

GEDIEL, José Antônio Peres. **Os Transplantes de Órgãos e a Invenção Moderna do Corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Bioética e Biodireito: revolução biotecnológica, perplexidade humana e prospectiva jurídica inquietante. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 16, jan./mar. 2003.

IRELAND, Corydon. **Ethicists, philosophers discuss selling of human organs**. Harvard Gazette, 14 fev. 2008. Disponível em: <<http://news.harvard.edu/gazette/story/2008/02/ethicists-philosophers-discuss-selling-of-human-organs/>> Acesso em: 04/10/2015.

KANNIYAKONIL, Scaria. **Living Organ Donation and Transplantation: A Medical, Legal and Moral Theological Appraisal**. Vadavathoor: Oriental Institute of Religious Studies India, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KHEALANI, Bhojo *et al.* Brain Death: Concepts and knowledge amongst Health professionals in Province of Sindh, Pakistan. **Journal of Pakistan Medical Association**, Karachi, v. 58, n. 7, p. 352-355, jul. 2008. Disponível em: <[http://ecommons.aku.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1027&context=pakistan\\_fhs\\_mc\\_med\\_neurol](http://ecommons.aku.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1027&context=pakistan_fhs_mc_med_neurol)> Acesso em: 27/10/2015.

LEE, Shepherd *et al.* An international comparison of deceased and living organ donation/transplant rates in opt-in and opt-out systems: a panel study. **BMC Medicine**, vol. 12, n. 131, 24 set. 2014. Disponível em: <<http://www.biomedcentral.com/content/pdf/s12916-014-0131-4.pdf>> Acesso em: 26/10/2015.

MATESANZ, Rafael *et al.* Spanish experience as a leading country: what kind of measures were taken? **Transplant International**, v. 24, 6 jan. 2011, p. 333-343. Disponível em: <<http://www.ont.es/publicaciones/Documents/Articulos/2011/Transplant%20International-Spanish%20exp.pdf>> Acesso em: 26/10/2015.

NATIONAL KIDNEY FOUNDATION. **Living with one kidney**. Disponível em: <<https://www.kidney.org/atoz/content/onekidney>> Acesso em: 22/10/2015.

RUDGE, C. et al. International practices of organ donation. **British Journal of Anaesthesia**, Oxford, v. 108, n. s1, 2012. Disponível em: <[http://bjaoxfordjournals.org/content/108/suppl\\_1/i48.full.pdf+html](http://bjaoxfordjournals.org/content/108/suppl_1/i48.full.pdf+html)> Acesso em: 27/10/2015.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2011.

SILVEIRA, Patricia Azevedo da. Bioética e direito. **Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 4, p. 103-110, 2000.

SHIMAZONO, Yosuke. **The state of the international organ trade: a provisional picture passed on integration of available information**. Bulletin of the World Health Organization, v. 85, n. 12, p. 955-962, dez. 2007. Disponível em: <<http://www.who.int/bulletin/volumes/85/12/06-039370.pdf>> Acesso em: 04/10/2015.

TRONCO, A. A. **Estudo comparado da regulamentação da doação de órgãos pós-morte**. 2013. 113. Trabalho de Conclusão de Curso – Graduação. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto. 2013.

UNITED NETWORK FOR ORGAN SHARING. **Transplant trends**. Disponível em: <<https://www.transplantpro.org/technology/transplant-trends/>> Acesso em: 09/10/2015.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Global Glossary of Terms and Definitions on Donation and Transplant**. Disponível em: <<http://www.who.int/transplantation/activities/GlobalGlossaryonDonationTransplantation.pdf>> Acesso em: 14/10/2015.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **International Guidelines for the Determination of Death – Phase I**. Disponível em: <<http://www.who.int/patientsafety/montreal-forum-report.pdf>> Acesso em: 19/10/2015.