

O SISTEMA NACIONAL DE TRANSPLANTES: SAÚDE E AUTONOMIA EM DISCUSSÃO^(*)

BRAZILIAN NATIONAL TRANSPLANTATION SYSTEM: DISCUSSING HEALTH AND AUTONOMY

Brunello Stancioli^(**)

Nara Pereira Carvalho^(***)

Daniel Mendes Ribeiro^(****)

Mariana Alves Lara^(*****)

RESUMO

É forçoso admitir a existência de temas-tabu na sociedade brasileira. Com uma tradição fortemente lastreada em valores cristãos, aos quais se associa a ideia da intangibilidade corporal, falar-se dos limites ético-jurídicos da autonomia da pessoa em relação aos usos do corpo, no Brasil, é tarefa bastante árdua, principalmente se se pretende explorar a fundo a temática dos transplantes de órgãos e tecidos. Embora consista no maior programa público de transplantes do mundo, o Sistema Nacional de Transplantes, totalmente estruturado a partir de doações, não tem conseguido suprir o problema da escassez de enxertos. Registra-se aumento da demanda,

^(*) Para melhor delimitação do objeto epistêmico, não serão tratados aqui aspectos pertinentes ao uso de sangue, esperma e óvulos, em consonância com o art. 1º, parágrafo único da Lei n. 9.434/1997.

^(**) Bacharel, especialista, mestre, e doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da UFMG; coordenador do *Grupo Persona* e pesquisador do Núcleo de Estudos do Pensamento Contemporâneo da UFMG. Belo Horizonte/MG-Brasil. *E-mail*: <brunello.bhz@terra.com.br>.

^(***) Bacharela e mestranda em Direito pela UFMG e integrante do *Grupo Persona* e do Núcleo de Estudos do Pensamento Contemporâneo da UFMG. Belo Horizonte/MG-Brasil. *E-mail*: <naracarv@yahoo.com.br>.

^(****) Bacharel e mestrando em Direito pela UFMG e integrante do *Grupo Persona* e do Núcleo de Estudos do Pensamento Contemporâneo da UFMG. Belo Horizonte/MG-Brasil. *E-mail*: <anield007@yahoo.com.br>.

^(*****) Bacharela e mestranda em Direito pela UFMG e integrante do *Grupo Persona*. Belo Horizonte/MG-Brasil. *E-mail*: <marianalara87@yahoo.com.br>. Recebido em 04.10.10. Revisado em 29.10.10. Aprovado em 03.11.10.

com número considerável de pessoas aguardando nas filas de espera. Ao problema da escassez, associam-se a falta de precisão nos critérios de morte e as restrições à autonomia individual nas decisões sobre doação, sendo, portanto, indispensável discutirem-se as bases sobre as quais esse sistema se assenta. Frise-se que a construção de qualquer consenso em uma sociedade democrática, aberta e plural — como pretendido pela nossa — pressupõe um debate fundado no uso público da razão e no império do melhor argumento. Assim, e (re)pensando a questão sob uma perspectiva eminentemente ético-inter-subjetiva, é possível apontar falhas, acertos e novas propostas para se tentar alcançar os principais objetivos de um sistema ético de transplantes: reduzir o déficit entre a oferta e a demanda de enxertos, tornar os procedimentos transplantatórios mais seguros, universalmente acessíveis, bem como se valorizarem as escolhas autônomas dos envolvidos.

Palavras-chave

Comercialização de Órgãos e Tecidos; Doação de Órgãos e Tecidos; Lei n. 9.434/97; Livre Uso do Corpo; Sistema Nacional de Transplantes.

ABSTRACT

It must be admitted that some subjects are still taboo in Brazilian society. With a moral tradition strongly attached to Christian values, to which the idea of corporeal intangibility can be associated, to speak, in Brazil, of the ethical-juridical limits of personal autonomy in regard to the uses of the human body is quite an arduous task, especially if one intends to thoroughly explore the topic of organ and tissue transplantation. In spite of possessing the largest public transplantation program in the world — the National Transplant System, which is totally structured on donations — the country has not been able to solve the problem of the dearth of organs. There has been an increase in demand, with a considerable number of people waiting years on the transplant lists. Besides the problem of scarcity, there is a lack of precision in defining death criteria and restrictions to individual autonomy on donation decisions, so that it is essential to discuss the basis in which this system is established. It must be stressed that achieving a form of valid consensus in a society — such as ours — that deems itself as democratic, open and plural, presupposes a debate founded on the public use of reason and on the imperative principle according to which the best argument should always prevail. Therefore, by (re)thinking the question from an eminently intersubjective-ethical perspective, it becomes possible to identify flaws, merits and to formulate new proposals to try to reach the main objectives of an ethical organ transplantation system: to curtail the deficit between graft supply and demand, to make transplantation procedures safer, universally accessible, as well as valuing the autonomous choices of the involved individuals.

Keywords

Brazilian Federal Law n. 9.434/97; Brazilian National Transplantation System; Free Use of the Body; Organ and Tissue Donation; Organ and Tissue Trade.

I. CORPO HUMANO COMO ESPAÇO PARA PROJETO DE VIDA

Um dos objetos de maior discussão hoje, em áreas como Filosofia, Teologia, Direito e Medicina, diz respeito aos possíveis usos do corpo humano. Os debates envolvendo o seu dispor para fins científicos, tratamentos médicos e pesquisas, encontram, muitas vezes, fortes contrastes ideológicos. Isso faz com que a temática do (*livre*) uso do corpo extrapole, e muito, o terreno meramente científico. Aliás, poucos espaços são tão “contaminados” pelo *sagrado* como o corpo humano — haja vista ser ele *locus* de enormes tabus, pertinentes a sexualidade, integridade, intangibilidade etc.

De fato, em sociedades marcadas pelo Cristianismo, a ideia de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de um deus pessoal influencia fortemente a concepção da existência corpórea e de seus fins. No primeiro livro da *Bíblia*, o *Gênesis*, por exemplo, já há a referência ao assunto, bem como à inviolabilidade de toda forma de vida humana⁽¹⁾.

Nota-se, aqui, o duplo aspecto envolvido.

Em primeiro lugar, a proteção à Pessoa Humana, como derivação lógica da dignidade das Pessoas Divinas, consubstanciadas em um só Deus⁽²⁾. Conforme Vaz: [foi] sem dúvida a revelação da pessoa nos mistérios cristológico e trinitário que apontou para o núcleo essencial a partir do qual foi possível pensar a **analogia entre as pessoas divinas e a pessoa humana**⁽³⁾. [negrito nosso]

O epicentro da questão está, no entanto, no momento em que se percebe serem a Pessoa Humana (como sujeito de direitos) e sua dignidade enquanto “projeto” os centros do ordenamento jurídico — e não meramente a *vida* como tal.

Em segundo lugar, para além dos espaços de pessoalidade, há uma forte tendência em se considerar toda manifestação de vida humana como sagrada. Assim, qualquer traço vital de um ser humano deveria ser respeitado e digno de deferência, haja presença de pessoalidade ou não.

(1) Cf. Gen. 1, 26-27; 9, 6.

(2) Cf. DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*: aborto, eutanásia e liberdades individuais. [Life's dominion]. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 114.

(3) VAZ, Henrique C. L. *Antropologia filosófica II*. São Paulo: Loyola, 1992. p. 206.

Nesse contexto, o problema pertinente a órgãos e tecidos pode ser visto sob dupla influência cristã: a da sacralidade do corpo da pessoa e a da sacralidade de qualquer forma de vida humana. Além disso, qualquer projeto de personalidade e de autorrealização poderia ser obliterado pelo caráter sagrado da vida, pois “o dom da vida é infinitamente mais significativo do que qualquer coisa que a pessoa de cuja vida se trata possa fazer por si mesma”⁽⁴⁾.

É evidente que nem sempre o mito da sacralidade da vida está presente de forma explícita. É, geralmente, uma tradição repetida, à exaustão, sem maiores reflexões. O argumento mítico, afinal, aloca-se em diversas formas de discurso, sendo, por vezes, impermeável a argumentos racionais⁽⁵⁾.

No Judiciário Brasileiro, a presença dessa ordem de argumentos é recorrente, em especial no que tange à vida. Tome-se o exemplo:

A vida deve sempre prevalecer [...] A condição em que se encontra o ser humano não importa: se ele está doente, se está em fim de vida, se gostamos dele, se sua existência nos faz sofrer, tudo isso é secundário em relação ao direito primário a vida. Fetos e bebês anencéfalos são seres vivos, são seres humanos [...]. Portanto, devem ser respeitados como seres humanos, criaturas do Criador.⁽⁶⁾ [negrito nosso]

Todo esse modelo ideológico-argumentativo, porém, mostra-se anacrônico e incompatível com o Estado Laico, pretendido no Brasil.

1. Em busca de argumentos laicos

Apesar de a influência moral-religiosa ser extremamente forte no país, o modelo de Estado Laico é formalmente adotado desde 1891. Neste, é indispensável distinguir-se a argumentação moral (de cunho manifestamente subjetivo e dogmático) da ético-jurídica (intersubjetiva e calcada na escolha do melhor argumento). Afinal, na conjuntura de pensamento pós-metafísico, todos os argumentos (mesmo os de origem religiosa) devem ser demonstrados, em última instância, com bases empíricas, para a construção pragmática de uma ética universalizável⁽⁷⁾. Nesse caso, se os dogmas

(4) DWORKIN, Ronald. op. cit., p. 126.

(5) HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I: racionalidad de la acción e racionalización social* [Theorie des kommunikativen Handelns. Band I. Handlungsrationality und gesellschaftliche Rationalisierung]. Madrid: Taurus, 1987. p. 69-110.

(6) MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível. Processo n. 1.0024.06.199818-3/001. Relator: Desembargador Nilo Lacerda. Data do acórdão: 8 nov. 2006. Disponível em: <[\(7\) Cf. TOULMIN. *The uses of the argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 1958.](http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=6&txt_processo=199818&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=aborto&todas=&expressao=&qualquer=&sem=)

religiosos não se propõem à argumentação na esfera pública, não podem ser fruto de um consenso racional e, por conseguinte, não devem ser assumidos pelo Estado como sendo ético ou juridicamente relevante.

Fica clara, assim, a diferença entre *opção moral religiosa* (predominantemente subjetiva) e dever de *correção ética, secular* (intersubjetiva e universalizável), pois “aprendemos a desfrutar de uma separação entre as questões religiosas, que deixamos a cargo das convicções individuais, e as questões seculares, que devem ser decididas no terreno da política”⁽⁸⁾.

2. Projeto de vida autônoma

Afirma-se, portanto, que a ideia de sacralidade de qualquer forma de vida humana não resiste ante a uma matriz de pensamento pós-metafísica e secular⁽⁹⁾. Pode-se dizer que o cerne do ordenamento jurídico está na proteção do projeto de vida digna de cada pessoa. Nesse sentido, o corpo deve ser espaço de autoapropriação e servir para a concepção de vida boa. Isso porque a dignidade não é algo “dado” (pelo Estado, pela ciência etc.); ao contrário, é uma *busca de autorrealização*. Assim, não se deve buscar normas que imponham aos indivíduos uma dignidade pré-estatuída⁽¹⁰⁾.

Um dos grandes caracterizadores da pessoa humana é a capacidade de formular *desejos de segunda ordem*: pela elaboração de um projeto de felicidade, a pessoa humana é apta a rejeitar um “desejo” imediato com vistas à consecução de um propósito considerado, por ela, “superior”⁽¹¹⁾. O grevista de fome, por exemplo, rejeita seu desejo imediato (comer) por querer algo muito mais valioso em sua opinião (como a Liberdade). Isso nos faz pessoas humanas. A Renúncia a si mesmo (e ao próprio corpo) pode ser, inclusive, a forma mais elevada de existência humana. Afinal, somos capazes de pensar outras realidades possíveis e melhores que não a meramente imediata. O sentido da existência pode estar muito além da própria vida biológica — esta, um mero processo biofísico-químico.

Dessa maneira, a busca de formas “superiores” de vida, a incessante (re)construção dos projetos pessoais e interpessoais de felicidade, a não interferência de agentes externos (em especial o Estado e a Igreja) nos projetos de vida autônoma e a capacidade de transcender a si mesmo para a busca de um ideal serão os princípios deste estudo sobre transplantes de órgãos e tecidos.

(8) DWORKIN, Ronald. Prefácio à Edição Vintage. In: DWORKIN, Ronald. op. cit., p. VIII.

(9) SINGER, Peter. *Unsanctifying human life*. Oxford: Blackwell, 2002. p. 215-232.

(10) Cf. STANCIOLI, Brunello. *Renúncia ao exercício de direitos da personalidade ou como alguém se torna o que quiser*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 85.

(11) Cf. FRANKFURT, Harry. Freedom of the will and the concept of a person. In: KANE, Robert. *Free Will*. Oxford: Blackwell, 2002. p. 127-144.

II. A PRÁTICA DOS TRANSPLANTES NO BRASIL

1. De quimera à realidade corriqueira

Embora a prática de *transplantes* tenha se expandido extraordinariamente a partir da segunda metade do século XX, a ideia consubstanciada no termo não é recente. A fusão de partes oriundas de corpos diversos é contemplada em figuras milenares como as da esfinge, do minotauro e do deus indiano Ganesha. No mesmo sentido, têm-se Cosme e Damião, patronos das faculdades de Medicina, a quem é atribuído o milagre da realização de transplante em um sacristão branco, cuja perna gangrenada foi substituída pela de um cadáver negro — cena retratada no célebre afresco de Fra Angelico⁽¹²⁾.

Contudo, enquanto prática médica, os transplantes só se constituíram em alternativa viável por meio do incremento científico. Destacam-se o aprimoramento de técnicas imunológicas, a descoberta de medicamentos imunossuppressores eficazes, o progressivo êxito das práticas cirúrgicas e das técnicas nos cuidados intensivos, as melhorias nos procedimentos de triagem e captação de órgãos, os mecanismos e equipamentos empregados na conservação dos enxertos...

Dessa forma, não obstante a complexidade envolvida, os transplantes passaram a ser, nas últimas décadas, o tratamento mais indicado quando da falência de alguns órgãos. Trata-se da única possibilidade de sobrevivência a uma série de pessoas, não apenas no que tange a doenças terminais, mas para vários pacientes com debilidades e defeitos diversos nos órgãos:

Para a maioria dos pacientes em uremia crônica, os transplantes oferecem as melhores opções de reabilitação e de sobrevida a longo prazo, com menor custo social do que o envolvido com os procedimentos de hemodiálise. Para os doentes com cardiopatia, hepatopatia ou pneumopatia terminal, os transplantes podem se configurar na única opção terapêutica capaz de evitar o falecimento em poucos meses [...].

Com o desenvolvimento da medicina, cada vez mais se amplia o número de doenças que podem levar à necessidade de realização de transplante. Algumas patologias que podem recomendar a realização de transplante são: doenças congênitas do coração; ceratocone, cirrose hepática, enfisema e fibrose pulmonar, diabetes, hipertensão e nefrite [...]. Atualmente, até mesmo portadores de tumores malignos do fígado podem ser beneficiados [...].

(12) FRA ANGELICO. *Cosme e Damião*. Têmpera em óleo, 37 x 45 cm, 1438-1440. Itália, Museu de São Marcos.

Portanto, as indicações para transplante de órgãos estão se tornando cada vez mais comuns. Já estão sendo aceitos pacientes idosos ou com doenças sistêmicas associadas, levando à expansão do número de potenciais receptores. Estima-se que, anualmente, no mundo, aproximadamente 500 mil pessoas desenvolvam insuficiência renal crônica; 300 mil, insuficiência cardíaca, e 200 mil, insuficiência hepática [...].⁽¹³⁾

Entretanto, se, por um lado, os transplantes relacionam-se com aumento da qualidade de vida (e sobrevida) de um número considerável de pessoas, por outro, tem-se um cenário intrincado, que envolve escassez de órgãos, taxas de rejeição significativas, mortalidade na fila de espera, nefrotoxicidade dos imunossuppressores, altos custos dos procedimentos e dificuldades atinentes à captação dos enxertos⁽¹⁴⁾.

Nesse contexto, e diante da grande importância que a técnica adquiriu na área da saúde, os transplantes consistem, hoje, em política pública do Estado Brasileiro. Conta, assim, com um aporte legislativo em constante desenvolvimento, com vistas à maior efetividade da prática no país.

2. Matriz legislativa

Apesar de a primeira lei acerca dos transplantes ser de 1963 (Lei n. 4.280, de 6 de novembro de 1963) — anterior, portanto, à realização do primeiro transplante no Brasil, datado de 1964 —, o tema recebe referência constitucional expressa apenas em 1988. É destacado enquanto política de saúde de relevância, a que se deve reservar todo um aparato técnico, profissional e financeiro, com vistas à maior efetividade.

Hodiernamente, a matéria encontra-se regulada pela Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, regulamentada pelo Decreto n. 2.268, de 30 de junho de 1997. Por meio deste, foi formalizado o Sistema Nacional de Transplantes. A novidade trazida com o SNT, todavia, não foi o foco central do grande antagonismo que se sucedeu. Para além dos debates acadêmicos, a publicação da lei foi acompanhada por significativa repercussão social sobretudo nos aspectos atinentes à doação presumida de enxertos após a morte. As posições levantadas evidenciaram não só a complexidade, importância e urgência do tema, como também, e principalmente, o desconhecimento geral sobre a matéria.

(13) BRASIL. TCU. *Relatório de Avaliação de Programa: Programa Doação, Captação e Transplante de Órgãos e Tecidos*. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo, 2006. p. 31.

(14) HUMMEL, Anderson Diniz et al. Aplicação de técnicas computacionais em bases de dados de transplante: revisão de artigos publicados no biênio 2007-2008. *Jornal Brasileiro de Transplantes*, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 1045, jan./mar. 2009.

As alterações dos pontos mais controversos da Lei de Transplantes foram fixadas por lei ordinária em 2001 (Lei n. 10.211, de 23 de março de 2001). Antes, todavia, as modificações advieram por meio de cinco medidas provisórias. Embora tenham sido modificados os pontos mais polêmicos, a lei ainda suscita uma série de questionamentos.

3. O Sistema Nacional de Transplantes: peculiaridades e vicissitudes

Formalmente organizado pelo Decreto n. 2.268, de 30 de junho de 1997 (que regulamentou a Lei n. 9.434), o Sistema Nacional de Transplantes é responsável por desenvolver “o processo de captação e distribuição de tecidos, órgãos e partes retirados do corpo humano para finalidades terapêuticas”, conforme dispõe o art. 2º desse decreto.

Assim, uma vez que no Brasil se parte do pressuposto de que todos os transplantes são oriundos de doação, ao se estruturar o SNT preocupou-se com o estabelecimento de mecanismos que viabilizassem uma melhor captação de tecidos e órgãos de doadores cadáveres (de onde provém a maioria dos enxertos transplantados⁽¹⁵⁾). Isso porque, nos transplantes *inter vivos*, as pessoas interessadas em doar, em geral ligadas ao paciente por laços afetivos, procuram espontaneamente os estabelecimentos de saúde para que sejam feitos os exames de compatibilidade. Nos *post mortem*, ao contrário, e diante da relevância assumida pelos transplantes nos últimos anos, demanda-se pelo implemento de formas eficientes para a realização da prática.

Nesse contexto, como o lapso temporal para retirada e substituição do enxerto (a partir do diagnóstico da morte encefálica do doador) é extremamente pequeno⁽¹⁶⁾, e tendo-se em conta a grande extensão territorial brasileira, optou-se que as atribuições executivas do SNT fossem desem-penhadas em nível estadual e/ou regional pelas Centrais de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos (CNCDOs).

(15) Nos últimos anos, no país, teve-se um aumento considerável do número de transplantes realizados com órgãos oriundos de doador cadáver. Em 2000, 52% do total dos procedimentos foram feitos com os enxertos extraídos de cadáver, ao passo que em 2009 esse percentual foi de 69%. Tomando apenas os transplantes de rim, em 2000, 41% vieram de doador morto, enquanto em 2009 esse percentual foi de 69%. Cf. ABTO. Registro Brasileiro de Transplantes Semestral: Jan./Jun. 2010. São Paulo. Disponível em: <http://www.abto.org.br/abtov02/portugues/populacao/rbt/anoXVI_n2/index.aspx?idCategoria=2>. Acesso em: 20 ago. 2010.

(16) Sobre o tempo máximo para remoção de enxertos de cadáveres para fins transplantatórios. Cf. ABTO. MINISTÉRIO DA SAÚDE. CFM. Entenda a doação de órgãos: decida pela Vida, p. 1. Disponível em: <<http://www.abto.org.br/abtov02/portugues/populacao/doacaoOrgaosTecidos/pdf/entendadoacao.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2010.

Qualquer atividade atinente aos transplantes no país passa, necessariamente, pelo controle do Estado Brasileiro, que, por sua vez, por intermédio do Sistema Único de Saúde, custeia todos os tipos de transplantes e oferece gratuitamente toda a medicação necessária no pós-cirúrgico⁽¹⁷⁾. Consequência disso é que o Brasil possui, hoje, o maior programa público de transplantes do mundo e, em termos absolutos, é o segundo país que mais realiza esse tipo de procedimento (a primeira colocação é ocupada pelos Estados Unidos)⁽¹⁸⁾.

Todavia, quando se observa o índice de transplantes *post mortem* proporcional à população, o Brasil apresenta um resultado muito pouco expressivo. Em 2005, a taxa anual pmp foi 8 (ou seja, foram realizadas 8 doações com doador cadáver por milhão de habitantes brasileiros), ao passo que a Espanha apresentou o maior número de doações no mundo, com uma taxa anual de 35,1⁽¹⁹⁾.

Num primeiro momento, tende-se a relacionar a baixa taxa à não autorização da família em favor da doação, seja por razões culturais e/ou religiosas, seja pela desinformação ou insegurança a respeito do diagnóstico de morte encefálica. Contudo, não é o que se verifica. Quando se analisa o número de potenciais doadores notificados, vê-se que a causa da não efetivação pela recusa familiar não é tão expressiva (embora passível de melhorias). Em dados do 1º semestre de 2010, teve-se um índice nacional de recusa de 23,7% (tendo o Pará registrado o maior índice estadual — de 45,7%)⁽²⁰⁾. Além disso, as CNCDOs contam com uma equipe de abordagem familiar que, ao saber da ocorrência da morte encefálica (ME) do paciente, entra em contato com a família, explica-lhe, se for o caso, as implicações do diagnóstico de ME, bem como os benefícios que a doação pode trazer a uma série de pessoas que aguardam na fila de espera.

A grande dificuldade para o aumento do número de doações parece estar na baixa taxa de notificação dos potenciais doadores — embora seja obrigatório, desde 1997, 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” (art. 13, Lei n. 9.434). Os motivos, para tanto, podem relacionar-se à complexidade envolvida no diagnóstico de morte encefálica (bastante detalhado, como se verá adiante), com conseqüente despreparo

(17) BRASIL. TCU. *Relatório de Avaliação de Programa: Programa Doação, Captação e Transplante de Órgãos e Tecidos*, cit., p. 11 e 26.

(18) Cf. Id. *Ibid.*, p. 26 e 97; AGÊNCIA BRASIL. *Transplantes de órgãos foram tema de seminário no RJ*. 18 jun. 2010. Disponível em: <http://agencia.ipea.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1443&Itemid=9>. Acesso em: 25 ago. 2010.

(19) COUNCIL OF EUROPE. *International figures on organ donation and transplantation — 2005. Newsletter Transplant*, v. 11, n. 1, p. 4 e 15, Sept. 2006.

(20) ABTO. *Registro Brasileiro de Transplantes Semestral: Jan./Jun. 2010*. São Paulo, cit., p. 27.

dos médicos para realizá-lo; a ausência de suporte técnico necessário para que se realizem os exames complementares; a preocupação com a possibilidade de demandas judiciais para responsabilização legal do médico⁽²¹⁾. Somam-se a isso o possível sentimento de fracasso do médico, que não tem a preocupação em fazer a notificação de ME, já que a ele foi confiado o tratamento daquele paciente específico, que resultou em morte. Tem-se também que:

O fato de a ME ser um procedimento legal de notificação compulsória para as centrais de transplantes era desconhecido por 27% e 34% dos médicos e enfermeiras, respectivamente, entrevistados. Mais preocupante foi a constatação [de] que metade dos profissionais da amostra não se sentia responsável pela não comunicação, e apenas 25% havia experimentado notificar um caso de ME durante sua rotina de trabalho⁽²²⁾.

Visando a minimizar esse problema, algumas alternativas podem ser vislumbradas: a sensibilização dos profissionais de saúde, nos próprios cursos de graduação, quanto à importância e significado que os transplantes apresentam hoje; estudos mais detalhados, nas próprias faculdades, de modo a preparar os médicos ao intrincado diagnóstico de ME; disponibilização dos subsídios técnicos necessários para a realização dos exames complementares previstos para a constatação de morte encefálica (previstos no art. 6º da Resolução n. 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina).

Uma medida tomada para fins de aumentar a notificação dos potenciais doadores consistiu na criação das Comissões Intra-Hospitalares de Transplantes (CIHDOTT), cujas atribuições encontram-se especificadas no art. 16 da Portaria n. 2.600/09 do Ministério da Saúde.

As CIHDOTT têm como principal objetivo articular-se com a CNCDO do estado ou Distrito Federal, com os profissionais de saúde encarregados do diagnóstico de morte encefálica, além de zelar pela manutenção de potenciais doadores, identificação dos recursos diagnósticos para viabilização do processo, organização de rotinas e protocolos, no âmbito da instituição, garantindo a adequada entrevista familiar para solicitação de doação e promovendo um programa de educação continuada para compreensão deste processo. Assim, uma das atividades essenciais dessa comissão é estimular a notificação de pacientes com diagnóstico de ME, mantendo bom relacionamento com os profissionais das UTI's, para construção de parcerias efetivas.⁽²³⁾

(21) SCHIRMER, Janine et al. Legislação sobre doação de órgãos e tecidos: o que pensam os profissionais de UTI? *Jornal Brasileiro de Transplantes*. São Paulo, v. 9, n. 1, p. 470, jan./mar. 2006.
(22) ABBUD FILHO, Mário. Desvendando as causas de não efetivação dos potenciais doadores de órgãos: educar para não punir... quem? *Jornal Brasileiro de Transplantes*. São Paulo, v. 9, n. 1, p. 467, jan./mar. 2006.

(23) SCHIRMER, Janine et al, op. cit., p. 470.

A partir da Portaria n. 2.600/09 do Ministério da Saúde, ampliou-se, por exemplo, a criação das CIHDOTTs — antes obrigatórias apenas para os hospitais públicos, privados e filantrópicos com mais de 80 leitos (Portaria Portaria n. 1.752/GM, de 23 de setembro de 2005, do MS).

Apesar do pouco tempo de vigência da Portaria n. 2.600/09, alguns resultados já podem ser percebidos no 1º semestre de 2010:

É interessante observar que cinco estados já obtiveram taxa de notificação de potenciais doadores próxima ou superior a 50 pmp: Distrito Federal (83,5 pmp), São Paulo (63,5 pmp), Paraíba (53,1 pmp), Santa Catarina (49,5 pmp) e Espírito Santo (49,3 pmp). Apenas o Ceará (43,6%) obteve taxa de efetivação acima de 40%. A taxa de doadores com órgãos transplantados foi superior a 15 pmp em São Paulo (22,5 pmp), Santa Catarina (16,5 pmp), Distrito Federal (16,4 pmp) e Ceará (15,3 pmp).⁽²⁴⁾

Todavia, não obstante a promoção de medidas para a melhoria do Sistema Nacional de Transplantes, a exemplo da aprovação do Regulamento Técnico do SNT (feita pela referida Portaria n. 2.600/09 do MS), bem como o crescente aumento de investimentos financeiros na área⁽²⁵⁾, o número de pessoas que aguardam por um enxerto nas listas de espera é bastante significativo. Em 2009, por exemplo, foram registradas 63.866 pessoas⁽²⁶⁾.

Outras críticas também podem ser formuladas a respeito do SNT, em análise circunstanciada feita pelo Tribunal de Contas da União:

Enquanto alguns tipos de transplante já se encontram consolidados, apresentam um grande número de centros, de equipes transplantadoras e de cirurgias realizadas a cada ano, além de possuírem um grande contingente de pacientes inscritos em lista de espera; outros ainda são procedimentos esporádicos, executados por poucas equipes médicas. [...]

Constatou-se que o acesso da população aos transplantes não tem sido equitativo e tampouco foram identificados mecanismos eficientes para minimizar as dificuldades de acesso incidentes principalmente sobre a população que reside distante dos centros transplantadores. Verificou-se grande heterogeneidade na distribuição das equipes

(24) GARCIA, Valter Duro. Crescimento estável e como previsto. In: ABTO. Registro Brasileiro de Transplantes Semestral: Jan./Jun. 2010. São Paulo, p. 3. Disponível em: <http://www.abto.org.br/abtov02/portugues/populacao/rbt/anoXVI_n2/index.aspx?idCategoria=2>. Acesso em: 20 ago. 2010.

(25) Em outubro de 2009, o MS anunciou que dobraria os valores de procedimentos de captação de órgãos, bem como acrescentaria ações para incentivar a realização de transplantes. Cf. BRASIL. Ministério da Saúde. *MS anuncia investimentos de R\$ 24,1 milhões em transplantes*. 21 out. 2009. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/default.cfm?pg=dspDetalheNoticia&id_area=124&CO_NOTicia=10699>. Acesso em: 15 set. 2010.

(26) BRASIL. Ministério da Saúde. *Lista de espera (ativos e semi-ativos) — Total 2009*. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/Lista_de_Espera_2009.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2010.

transplantadoras pelos estados brasileiros, relatos de dificuldades em se fazer os exames pré-transplante pelo SUS e suspensão de alguns serviços públicos de transplante por falta de recursos materiais nos hospitais. Desse cenário resulta um acesso aos transplantes bastante desigual entre a população residente nos diversos estados da federação, e entre aqueles que pagam pelo serviço ou que possuem plano de saúde e aqueles que dependem do SUS.⁽²⁷⁾

Assim, pode-se notar que um dos grandes problemas acerca da doação (e escassez) de órgãos é metalegal. Muito além da legislação específica e da criação do SNT, são necessários projetos educativos e motivacionais, tanto para médicos, quanto para a população como um todo. O processo de convencimento (que se dá por diversas vias discursivas, como a educação formal, a mídia etc.) cria condições de possibilidade para a livre e real adesão a todo o processo que envolve os transplantes. Tal só pode ocorrer se baseado em argumentos que demonstrem todos os benefícios pertinentes à doação de órgãos e que envolvam a necessidade de participação ativa dos sujeitos envolvidos para a consecução desse projeto de solidariedade.

4. Lei n. 9.434: controvérsias pretéritas, controvérsias futuras...

4.1. Na dúvida, a doação: O paradoxo da solidariedade compulsória

Sob o objetivo primeiro de minimizar a escassez de órgãos, criou-se com a Lei n. 9.434 a figura da *doação presumida*. Segundo a redação original do art. 4º, § 1º, para os que fossem contrários à doação, “[a] expressão ‘não doador de órgãos e tecidos’ dever[ia] ser gravada, de forma indelével e inviolável, na Carteira de Identidade Civil e na Carteira Nacional de Habilitação da pessoa que opta[sse] por essa condição”. Ter-se-iam, assim, desburocratizados os procedimentos para a realização de transplantes, num contexto em que pesquisas feitas pelo Ministério da Saúde, quando da elaboração do projeto da Lei 9.434, teriam indicado que 70% dos brasileiros estariam dispostos a doar seus órgãos, “mas, desses 70%, 90% não sabiam como fazer para doar”⁽²⁸⁾.

Contudo, depois que a lei foi sancionada, o debate se tornou mais complexo: os interesses e as condições reais das instituições e dos profissionais, encarregados justamente em cuidar da vida e do corpo, começaram a aparecer. Desde então, percebeu-se que, na prática,

(27) BRASIL. TCU. *Relatório de Avaliação de Programa: Programa Doação, Captação e Transplante de Órgãos e Tecidos*, cit., p. 17 e 71.

(28) BRASIL. *Diário do Senado Federal*. Brasília, 8 jan. 1998. op. cit., p. 198.

nem o direito à vida, nem o direito à propriedade do corpo fazem sentido se não forem consideradas as deficiências dos sistemas de recepção e distribuição de órgãos, as condições da nossa pesquisa científica, sem falar da assustadora realidade do comércio ilegal e planetário de pedaços do corpo.⁽²⁹⁾

O grande sentimento de insegurança levou inúmeras pessoas, às vésperas da entrada em vigor da lei, a se dirigirem aos postos de identificação para gravarem o termo “não doador” em seus documentos.

A comoção dentre os brasileiros foi tratada na primeira sessão do Senado Federal de 1998 pela senadora Benedita da Silva:

As análises e avaliações feitas são apavorantes, catastróficas, terroristas, macabras. As pessoas imaginam corpos sendo decepados, como nos filmes de horror. Devemos esclarecer que ninguém será morto para que sejam retirados os seus órgãos, ainda que exista clandestinidade nesta questão. Estamos buscando condições para que esta questão seja tratada, discutida abertamente. Sabemos que o povo brasileiro é solidário, humano, fraterno e doador, mas há necessidade de maiores informações e explicações. [...] Estamos vendo a população se manifestar, dizendo que isso se trata de uma interferência, que seus direitos estão sendo invadidos, até mesmo no ponto de vista das suas concepções religiosas.⁽³⁰⁾

Na mesma sessão, o senador José Eduardo Dutra destacou comentário feito pelo senador Darcy Ribeiro, um dos elaboradores do projeto da “Lei da Doação Presumida de Órgãos”. Este teria comparado a resposta à nova medida com o episódio da Revolta da Vacina, de 1904, no qual se teve uma forte resistência popular à obrigatoriedade da vacinação, instituída por Osvaldo Cruz — “questões de natureza cultural muitas vezes provocam polêmica”⁽³¹⁾.

De fato, o que é novo causa estranheza, gera repulsa. Talvez porque “a tendência a achar que as coisas já se cristalizaram [tenha] o atrativo de inspirar segurança e mascarar com uma aparência de previsibilidade o mundo em que vivemos”⁽³²⁾. Todavia, enquanto exemplo clássico de negócio jurídico gratuito, a *doação* caracteriza-se pela interferência de uma intenção liberal. Imprescindível, portanto, que o doador *queira* praticar o ato de liberalidade e, mais do que isso, manifeste devidamente o seu *animus donandi*⁽³³⁾.

(29) SANT’ANNA, Denise Bernuzzi de. Corpo, a próxima fronteira do capital. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 16 mar. 1997.

(30) BRASIL. *Diário do Senado Federal*, cit., p. 197.

(31) *Id. Ibid.*, p. 198.

(32) TOLEDO, Roberto Pompeu de. Um mapa que não tem sossego. *Veja*, São Paulo, ed. 2.061, ano 41, p. 134, n. 20, 21 maio 2008.

(33) PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. p. 401.

Assim, se no plano jurídico não importa a motivação para *doar* (que pode ser altruística ou não), é, porém, indispensável a atuação positiva do doador⁽³⁴⁾. A doação, nesse sentido, deve ser espontânea, inequivocamente manifestada e não resultado de uma presunção, no qual o torpor de uma pessoa, na prática, teria as mesmas implicações de uma expressão de vontade positiva de se retirar os enxertos, para fins transplantatórios, após a morte.

Sob a perspectiva de facilitar a concretização da solidariedade dos brasileiros, a presunção também redundou em contrassenso. A generosidade, por definição, caracteriza-se pela atuação pessoal e espontânea — devendo ser estimulada, mas, de forma alguma, imposta.

Dessa maneira, àqueles que permanecessem indiferentes à doação *post mortem*, atribuir-se-iam as implicações de uma manifestação positiva de vontade. Ao mesmo tempo, impôs-se àqueles que optassem por não doar (independentemente da justificativa que embasasse tal escolha) o ônus de dirigirem-se a um posto de identificação e, após, terem em seus documentos oficiais a gravação de “não doador”, num cenário social em que se valorizam sobremaneira os atos solidários. A nova situação configurada tornou-se, então, insustentável.

A polêmica tentou ser dirimida com a edição da Medida Provisória n. 1.718, de 6 de outubro de 1998, na qual se acrescentou o § 6º ao art. 4º da Lei n. 9.434, substituindo-se a doação presumida pelo critério supletivo de a família tomar a decisão, quando ausente a manifestação da vontade do potencial doador. Com a Lei n. 10.211, de 23 de março de 2001, o dispositivo novamente foi alterado e, a partir de então, cabe à família decidir sobre a doação (art. 4º, Lei n. 9.434).

4.2. A autonomia da vontade: vontade de quem?

Enquanto característica indispensável para a concepção da pessoa humana⁽³⁵⁾, a *autonomia* compreende, num sentido amplo, a “possibilidade de conformar e compor, conjuntamente com outrem ou por acto unilateral, os interesses próprios”⁽³⁶⁾. Todo ordenamento jurídico, pautado pelo primado da pessoa humana e sua dignidade (e assim é no Brasil e em quase todo o Ocidente), deve ter a autonomia da vontade como sua marca distintiva.

Esta autonomia da pessoa na modelação imediata da sua vida quotidiana liga-se umbilicalmente a uma concepção humanista ou personalista do Homem como sujeito da História: uma concepção que

(34) PINTO, Carlos Alberto da Mota. op. cit., p. 401.

(35) Cf. STANCIOLLI, Brunello. op. cit., *passim*.

(36) PINTO, Carlos Alberto da Mota. op. cit., p. 58.

o reconhece como actor capaz de decidir o curso dos acontecimentos, com liberdade relativa num quadro de relativo indeterminismo, e de se manifestar com a injustiça e os erros, em qualquer forma de organização social, recusando vê-lo como um acidente de um frio e inexorável movimento, determinado rigorosamente por uma infraestrutura — liga-se esta à biologia, à antropologia, à psicologia, à economia, às chamadas “relações de produção” ou à religião.⁽³⁷⁾

Por outro lado, além de constitutiva da pessoa, a autonomia da vontade é o fulcro da democracia. Mais que seu fundamento, é o alicerce da vida pautada no efetivo exercício da liberdade cotidiana:

Qual seja o índice de efetividade dos direitos em uma sociedade, qualquer que ela seja, depende, mais ainda que de sua positivação, do quão largo seja o espectro que vai de sua titularidade à garantia de seu exercício, aí incluídas todas as formas abdicativas. Por isso, quanto maior a autonomia que a ordem jurídica puder reconhecer ao indivíduo e aos grupos tanto mais próxima da perfeição estará.⁽³⁸⁾

O exercício da autonomia começa no próprio corpo humano. Quão mais amplas forem as possibilidades de uso e disposição do corpo, maiores as chances de a pessoa ter seu projeto de vida e de felicidade realizados. Nesse sentido, a autonomia transcende a noção de intangibilidade do corpo humano, tornando o seu uso uma discricionariedade pessoal⁽³⁹⁾.

Dessa maneira, alijar o possível doador da escolha fundamental do destino de seus órgãos implica privá-lo do mais elementar espaço de autodeterminação. Ainda que bem-intencionada, a família não pode, em última instância, suprir completamente a vontade manifestada em vida pelo potencial doador. Contudo, o atual dispositivo do art. 4º da Lei n. 9.434 coloca inteiramente a carga da família essa decisão.

É claro que o ideal seria haver uma convergência de vontades para que a família busque cumprir o projeto estabelecido pela pessoa ainda viva e, mais, que compactue com esse processo, realizando-se também nele. Entretanto, no extremo da divergência entre as vontades do doador e da família, deve prevalecer os desejos daquele.

Visando-se a conciliar as assertivas acima, seria interessante a adoção de um modelo no qual seja possibilitado ao doador manifestar sua vontade em documento jurídico específico (v.g. uma escritura pública ou um

(37) PINTO, Carlos Alberto da Mota. op. cit., p. 97.

(38) VILLELA, João Baptista. Contrato de doação: pouca luz e muita sombra. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad (Coords.). *Direito dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 256.

(39) STANCIOLI, Brunello; CARVALHO, Nara Pereira. Da integridade física ao livre uso do corpo: releitura de um direito da personalidade. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEITE, Gustavo Pereira. *Manual de teoria do direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey [no prelo].

instrumento particular com testemunhas). Ali, a pessoa manifestaria, por escrito, de forma livre e circunstanciada, se quer ou não doar, quais órgãos a serem doados e os demais aspectos possíveis. Nesse caso, a família seria a grande fiadora da vontade do doador, além de promotora das disposições apostas ao documento. Na ausência de manifestação de vontade do potencial doador, norma supletiva garantiria à família a possibilidade de escolher se a doação deve ou não ser realizada.

4.3. A apropriação da morte: relativizando critérios

Ao se tratar de transplantes *post mortem*, indispensável a discussão acerca do que consiste a morte e, consequentemente, a partir de quando o indivíduo pode ser considerado morto⁽⁴⁰⁾.

Até a década de 1960, a cessação dos batimentos cardíacos, a parada respiratória, a rigidez cadavérica e a hipotermia foram usados como critérios para a definição do momento da morte. Entretanto, os progressos médicos na área de reanimação cardíaca e na manutenção artificial da vida, bem como o êxito no primeiro transplante de coração humano em 1967, conduziram à revisão dos critérios adotados. Criou-se, assim, o *Comitê Ad Hoc da Escola Médica de Harvard para Examinar a Definição de Morte Cerebral*, cujo relatório, publicado em 1968, estabeleceu novos critérios, que rapidamente foram adotados na maior parte do mundo⁽⁴¹⁾.

No Brasil, a fixação da morte encefálica como critério para a retirada de enxertos destinados a transplantes dá-se, pela primeira vez, na Lei n. 8.489/92 (art. 12). Na legislação em vigor (Lei n. 9.434/97), ela está expressa no art. 3º, no qual se destaca que a especificação do critério será feita por resolução do Conselho Federal de Medicina. É editada, assim, a Resolução n. 1.480/97, que dispõe:

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

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.

(40) Para análise da evolução do conceito de *morte*, cf. STANCIOLI, Brunello; CARVALHO, Nara Pereira. A pessoa natural e a morte no direito brasileiro: do romantismo ao biologismo. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 9, v. 57, p. 51-68, jan./fev. 2009.

(41) A respeito desse relatório (*Definition of Irreversible Coma. Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death*), cf. KUHSE, Helga; SINGER, Peter. *Bioethics: an anthology*. 2. ed. Oxford: Blackwell Publishing, 2006. p. 339-343.

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

Art. 4º Os parâmetros clínicos a serem observados para constatação de morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinhal e apneia.

Art. 6º Os exames complementares a serem observados para constatação de morte encefálica deverão demonstrar de forma inequívoca:

- a) ausência de atividade elétrica cerebral ou,
- b) ausência de atividade metabólica cerebral ou,
- c) ausência de perfusão sanguínea cerebral.

Muito embora a morte encefálica ser a mais aceita pela comunidade científica hoje, ela não está livre de controvérsias. Conforme se depreende da Resolução n. 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina, é necessária a parada irreversível de *todas* as funções do encéfalo — tanto as superiores, localizadas no córtex cerebral (consciência, emoções, afetividade etc.), quanto as vegetativas, controladas pelo tronco encefálico (respiração, batimentos cardíacos, circulação etc.). Todavia, pessoas declaradas mortas, por esse critério, podem conservar ainda certas funções vitais: “[A]pós o diagnóstico, continuam a ocorrer fenômenos neuroendócrinos, assim como atividades celulares esparsas pelo organismo, crescimento de anexos — tais como cabelos e unhas, sem falar na questão do batimento cardíaco persistente nos casos de ME.”⁽⁴²⁾

Frise-se que os próprios órgãos que podem ser aproveitados para transplantes precisam ser retirados antes ou quase imediatamente após a parada cardiorrespiratória do doador. Aguardar a falência de todas as funções demandaria exames muito específicos e dispendiosos, além de inviabilizar a realização da prática. Nesse contexto, pode-se adequar o conceito de morte para “cessação permanente das funções *clínicas* do cérebro” (em vez de “cessação permanente de *todas* as funções do cérebro”) — sendo funções clínicas as necessárias para a continuidade da saúde e vida do organismo, como consciência, respiração e circulação, excluindo possíveis atividades celulares isoladas⁽⁴³⁾.

Simultaneamente, outros entendimentos para *morte encefálica* são possíveis. Exemplo disso consiste no critério baseado na perda irreversível

(42) LEVYMAN, Célio. Morte encefálica: revisão e propostas. *Jornal Brasileiro de Transplantes*. São Paulo, v. 8, n. 2, p. 334, abr./jun. 2005.

(43) BERNAT, James L. Refinements in the definition and criterion of death. In: YOUNGNER, Stuart J.; ARNOLD, Robert M.; SCHAPIRO, Renie (Orgs.). *The definition of death: contemporary controversies*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1999. p. 87.

das funções do córtex cerebral (parte do cérebro responsável pela consciência, pensamentos e emoções, essenciais para o exercício da *personalidade*). Nesse caso, mesmo se existisse alguma função vegetativa, o organismo sem atividade cognitiva permanente já seria considerado morto⁽⁴⁴⁾. Há, também, aqueles que, ainda hoje, são partidários do critério de morte enquanto parada das funções cardiorrespiratórias, ou seja, o indivíduo permanece vivo enquanto o sangue e o ar circularem pelo corpo⁽⁴⁵⁾. Todas essas definições, contudo, apresentam problemas. A respeito da morte encefálica, *Singer* coloca que essa nada mais é que uma “ficção conveniente” adotada para viabilizar os transplantes de órgãos *post mortem*⁽⁴⁶⁾.

A morte consiste em um processo que põe fim à existência da pessoa. Não é um evento fixo e facilmente determinável. Ao contrário, trata-se de um *continuum* em que os órgãos deixam de funcionar aos poucos, em diferentes proporções e momentos. O que comumente se faz é escolher um ponto nesse processo e destacá-lo como epicentro da morte, principalmente, em razão da necessidade prática de respostas a diversas situações, a exemplo do direito sucessório, dos transplantes ou dos seguros de vida⁽⁴⁷⁾. Além disso, a morte recebe influências de valores religiosos, éticos e sociais, o que faz com que a escolha desse momento seja também cultural, podendo-se afirmar que o morrer não é definido apenas pelo biológico.

Dessa maneira, em uma sociedade que se pretenda plural e aberta às diversas visões de mundo, é de todo ilegítimo a fixação de um único e absoluto conceito de morte.

A título ilustrativo, têm-se os judeus ortodoxos, os quais acreditam que a pessoa continua viva enquanto estiver respirando, mesmo se diagnosticada a morte encefálica. Na cultura japonesa, por sua vez, o conceito de vida está atrelado ao funcionamento das funções do corpo como um todo, não se restringindo ao cérebro. Nativos americanos, movidos por crenças religiosas, opõem-se à definição de morte baseada apenas no encéfalo⁽⁴⁸⁾. Por outro lado, há quem defenda a possibilidade de se retirarem órgãos para fins de transplantes, apesar de não ter havido a morte encefálica:

(44) BRODY, Baruch A. How much of the brain must be dead? In: YOUNGNER, Stuart J.; ARNOLD, Robert M.; SCHAPIRO, Renie (Orgs.). *The definition of death: contemporary controversies*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1999. p. 72.

(45) Id. *Ibid.*, p. 73.

(46) SINGER, Peter. Is the sanctity of life ethic terminally ill? In: KUHSE, Helga; SINGER, Peter (Org.) *Bioethics: an anthology*. 2. ed. Oxford: Blackwell Publishing, 2006.

(47) SAVULESU, J.; WILKINSON, D. Death fiction and taking organs from the living. *ABC Unleashed Opinion Piece*, 28 out. 2008. Disponível em: <<http://www.abc.net.au/unleashed/stories/s2401933.htm>>. Acesso em: 01 set. 2010.

(48) VEATCH, Robert M. The conscience clause: how much individual choice in defining death can our society tolerate? In: YOUNGNER, Stuart J.; ARNOLD, Robert M.; SCHAPIRO, Renie (Orgs.). *The definition of death: contemporary controversies*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1999.

*Muitos irão achar repugnante pensar em retirar órgãos de uma pessoa ainda viva, mesmo que seja para salvar muitas outras vidas. Mas alguns de nós não. Preferiríamos que nossos órgãos fossem retirados se estivéssemos **permanentemente inconscientes**, nosso tratamento estivesse prestes a ser suspenso e fôssemos morrer de uma vez por todas. Pode haver outros como nós, que gostariam que seus órgãos fossem retirados se eles não tivessem chance de ter uma vida significativa e fossem morrer em breve.*⁽⁴⁹⁾ [negrito nosso]

Essas diversas visões refletem a ampla influência exercida por valores pessoais no processo da morte. Assim, num Estado Democrático que se pautou pelo respeito à pluralidade e pela tolerância, deve ser permitido que os sujeitos ajam conforme suas opiniões morais, desde que isso não interfira de forma intrusiva na vida de terceiros.

Em uma sociedade pluralista, é irreal esperar unanimidade nessas questões. Consequentemente, a tolerância ao pluralismo pode ser o único caminho para resolver o debate. [...] A única forma de se ter apenas uma definição de morte é através daqueles que têm o poder de coagir os demais a usar a sua definição preferida.⁽⁵⁰⁾

Afirma-se, nesse contexto, a possibilidade de a pessoa, dotada de autonomia, escolher o momento da sua morte. Para tanto, alguns limites, construídos intersubjetivamente, podem ser necessários para balizar esse espaço de autonomia, a fim de evitar situações esdrúxulas e insegurança jurídica⁽⁵¹⁾.

Em primeiro lugar, como a morte é da pessoa, o parâmetro mínimo em um contexto ocidental seria a ausência, ainda que reversível e temporária, de condições para o exercício da pessoalidade. Nesse sentido, a pessoa já poderia ser considerada morta, por exemplo, quando sofre uma parada cardíaca não seguida de reanimação após cinco minutos, ou quando o córtex cerebral encontra-se lesionado a ponto de impossibilitar, mesmo que momentaneamente, as funções superiores como consciência (estado vegetativo). No extremo oposto, o limite máximo de escolha poderia ser a morte total do encéfalo e mesmo de atividades em nível celular, como a secreção de hormônios.

Dentro desses limites, a pessoa poderia autodeterminar-se, fazendo ser respeitada a sua vontade por meio de instrumentos como o *living will* ou o *durable power of attorney*⁽⁵²⁾, ou ainda por qualquer outra forma de declaração que chegue ao conhecimento do médico ou dos familiares. Caso não

(49) SAVULESCU, J; WILKINSON, D. op. cit.

(50) VEATCH, Robert M. op. cit. p. 142-143.

(51) Um exemplo desse tipo de situação seria uma pessoa autointitular-se morta e exigir que sejam produzidos os efeitos decorrentes de um óbito. No extremo oposto, um cadáver já em estado de putrefação ser considerado vivo.

(52) Cf. STANCIOLI, Brunello. *Relação jurídica médico-paciente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 70-71.

fosse possível, aplicar-se-ia a norma supletiva (morte encefálica). A morte escolhida pelo sujeito seria hábil a produzir todos os efeitos previstos, inclusive para fins de transplantes. Desse modo, respeitar-se-ia a diversidade, bem como seria enfatizada a pessoa enquanto criadora de sua história, até o último instante da vida.

4.4. E persiste o problema da escassez de órgãos e tecidos

Embora a Lei 9.434 tenha sido elaborada com vistas a aumentar o número de enxertos, a escassez ainda consiste em problema longe de ser resolvido no país⁽⁵³⁾. Apostou-se na doação presumida como o grande trunfo para se minimizar o problema e foi justamente esse o maior ponto de dissenso — uma das primeiras alterações efetuadas, inclusive.

Sob a perspectiva legal, o Sistema Nacional de Transplantes é completamente baseado em doação (*inter vivos* ou *post mortem*). A gratuidade do ato de disposição é salientada logo no primeiro artigo da Lei n. 9.434 — em consonância com o art. 199, § 4º, da Constituição da República, que veda qualquer tipo de comercialização nesse sentido. Por conseguinte, nela estão elencados os crimes e as penas atinentes ao comércio de órgãos e tecidos (arts. 14 a 23), bem como são trazidos outros mecanismos para se coibir a prática no Brasil. Exemplo disso são algumas alterações trazidas pela Lei n. 10.211/01, que modificou a Lei de Transplantes.

A partir dessa lei de 2001, foi criada a lista única de espera de receptores de transplantes (art. 10), para se ter um melhor controle sobre a prática. Igualmente, passou-se a exigir autorização judicial para doação *inter vivos* cujo doador não fosse cônjuge ou parente consanguíneo até o quarto grau (art. 9º, *caput*) — antes, não havia qualquer exigência para a doação em vida.

Por outro lado, apesar de consistir no centro do SNT, há limitações ao exercício da doação:

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

(53) Observa-se um aumento considerável na quantidade de transplantes realizados no Brasil nos últimos anos. De 2007 a 2009, houve um crescimento de quase 25% (números absolutos). Contudo, se se compara a quantidade de pessoas que estava na fila aguardando por um rim em 2009 com os transplantes desse órgão realizados em 2007-2009, tem-se um déficit de mais de vinte mil rins, o correspondente a cerca de 60% da demanda. Cf. ABTO. Registro Brasileiro de Transplantes Semestral: Jan./Jun. 2010. São Paulo, cit., p. 7; BRASIL. Ministério da Saúde. *Lista de espera (ativos e semi-ativos) — Total 2009*, cit.

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.

Contudo, uma vez fundamentada a ideia do *livre uso do corpo*, não se verificam, a princípio, motivos suficientes para embasar a vedação absoluta da venda de órgãos e tecidos ou para se restringir a prática da doação. Afinal, se o ordenamento jurídico existe *pela e para* a pessoa humana, deve-se ter em conta que a tão proclama *dignidade* envolve, inexoravelmente, a capacidade que os indivíduos têm de construir projetos de vida para si. Nesse contexto, o corpo, como elemento indispensável para a existência da pessoa humana, deve ser inserido nesses projetos pessoais, passível, portanto, de manipulação e modificação⁽⁵⁴⁾. Assim, o eixo argumentativo deve deslocar-se do “*por que permitir*”? para o “*por que proibir*”?

III. RES EXTRA COMMERCIIUM E DONATIO AD UITAM?

Não obstante ser taxativamente proibida em diversos ordenamentos jurídicos, a comercialização de órgãos é, hoje, uma realidade. No relatório de 2009 da *The Transplantation Society of Latin America and the Caribbean*, por exemplo, é ressaltada a ocorrência de vários incidentes de venda e do “turismo de transplante” na região nos últimos dez anos. Ao final, o relatório reafirma que um dos objetivos da entidade é a adoção de medidas para banir qualquer forma de comercialização de órgãos⁽⁵⁵⁾.

Todavia, em nenhum momento é apresentada a razão pela qual se adota postura absolutamente contrária a essa possibilidade. Repete-se um discurso irrefletido que condena o comércio de órgãos ao lhe atribuir supostos malefícios inerentes à prática, mas que são, na verdade, consequências da forma ilícita que ela tem assumido hoje.

(54) A discussão do papel do corpo na constituição da pessoa é tópico central na tradição filosófica do Ocidente. De concepções dualistas, segundo as quais o corpo é o suporte da alma, ao materialismo reducionista, que afirma não ser possível falar em atributos pessoais que não sejam também atributos corpóreos, o corpo é um elemento indispensável para se pensar a pessoa humana. Hoje, não é possível falar em pessoa humana sem uma base empírico-sensitiva corpórea. Contudo, há os que cogitam sobre existências pessoais sem o corpo, como os *Extropianos*, um grupo que acredita firmemente que os avanços científico-tecnológicos podem realizar a superação das limitações impostas ao homem por sua dependência de um corpo biológico. Cf. STANCIOLI, Brunello. *Renúncia ao exercício de direitos da personalidade ou como alguém se torna o que quiser*, cit., p. 85-91; EXTROPY INSTITUTE. *Extropy institute mission*. Disponível em: <<http://www.extropy.org/principles.htm>>. Acesso em: 17 set. 2010.

(55) THE TRANSPLANTATION SOCIETY OF LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN. *Latin America Transplantation: Report 2009*. Disponível em: <<http://www.abto.org.br/abtov02/portugues/populacao/rbt/rbtLatino2009/index.aspx>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

O mercado negro ou o tráfico de órgãos movimentam mundialmente, todos os anos, algo entre sete e doze milhões de dólares⁽⁵⁶⁾. A perniciosidade desse comércio ilegal é evidente: os critérios éticos de distribuição e alocação dos órgãos são ignorados, há enormes riscos para a saúde dos que se submetem aos procedimentos, bastante complexos, em condições precárias, e há, também, grande possibilidade da exploração injusta da pobreza dos potenciais vendedores.

Contudo, a venda de órgãos, pensada em outras bases, e como prática permitida pelo ordenamento jurídico, pode implicar benefícios à sociedade, não devendo ser primariamente rechaçada.

1. Por um comércio lícito de órgãos de pessoas vivas

Um comércio de órgãos de pessoas vivas envolveria a possibilidade de que se possa vender a outrem órgãos considerados não vitais, aqueles sem os quais o doador pode continuar a viver. O órgão mais relevante para essa análise é, indubitavelmente, o rim⁽⁵⁷⁾. Trata-se de um órgão duplo, e o procedimento de transplante apresentaria poucos riscos para o potencial vendedor, tanto na realização do procedimento em si quanto para a sua qualidade de vida após a cirurgia⁽⁵⁸⁾.

Caso fosse permitida a venda desse enxerto, uma das consequências imediatas seria o aumento substancial da oferta. O número de doadores vivos — que doam por razões outras que uma compensação financeira — permaneceria o mesmo que se tem hoje, de forma que os potenciais vendedores representariam um incremento direto na quantidade total de transplantes realizados.

Com o aumento dos transplantes, menos pessoas morreriam na fila aguardando um órgão oriundo de cadáver, e, possivelmente, haveria uma diminuição nos custos de manutenção do sistema de saúde, já que menos pacientes necessitariam de ser mantidos vivos por remédios e procedimentos

(56) Na internet, encontram-se tabelas dos valores a serem pagos por órgãos humanos. Um coração pode custar até cem mil reais, enquanto um rim poderia sair por oitenta mil. Cf. RODRIGUES, Alan. Tráfico de órgãos. *Istoé*, São Paulo, n. 2062, p. 48-50, 20 maio 2009.

(57) É possível que uma pessoa remova um dos seus rins, parte de um dos pulmões ou parte do fígado e continue a viver normalmente, com pouca ou nenhuma redução das suas funções fisiológicas. Entretanto, o transplante renal é, dentre os três, o mais executado, por várias razões: maior facilidade de encontrar órgãos com o tamanho compatível ao dos receptores, menor chance de rejeição, maior simplicidade, eficácia e segurança do procedimento — mais comumente recomendável.

(58) ERIN, Charles; HARRIS, John. An ethical market in human organs. *British Medical Journal*, n. 29, p. 137, 2003.

médicos caros, como a hemodiálise⁽⁵⁹⁾. Estudos indicam, ainda, que o prognóstico dos pacientes que recebem rim retirado de pessoa viva é melhor do que daqueles que o recebem de cadáver⁽⁶⁰⁾.

Se se têm muitas razões para permitir-se a venda, são igualmente numerosos os argumentos que se colocam contra a prática. Entretanto, a oposição muitas vezes assume contornos de um debate político simplório, no qual o problema tende a ser reduzido à mera questão de opinião⁽⁶¹⁾. Deve-se, antes, analisar os argumentos prós e contras para posicionar-se acerca da instituição de um mercado lícito de órgãos.

1.1. Afronta à dignidade da pessoa humana

Afirma-se que a venda de órgãos afrontaria o princípio da dignidade, pois, ao se mercantilizar o corpo, estar-se-ia objetificando a pessoa. Por conseguinte, nenhum tipo de comercialização de partes do corpo humano deveria ser admitido.

Contudo, ao se tomar o *livre uso do corpo* como pressuposto, a dignidade adquire um caráter de prescrição geral que informa que ser digno é ser o que se quiser. A vida, nesse sentido, adquire significado de acordo com os referenciais valorativos da própria pessoa, enquanto ser autônomo, e não por imposições externas⁽⁶²⁾.

Dessa forma, estabelecer, de pronto, que a venda de órgãos é contrária à dignidade da pessoa humana significa limitar as próprias opções do *ser pessoa*, as quais podem passar, inclusive, por escolhas consideradas controversas pela maioria da sociedade. Mais adequado, assim, referir-se à possibilidade de uma autoinstrumentalização, num contexto em que as pessoas são capazes de hierarquizar os bens que lhes são mais relevantes.

As pessoas têm o direito de tomar a decisão de vender uma parte do corpo. Se nós permitimos a venda do nosso trabalho, por que não

(59) O aporte de verbas do Ministério da Saúde Brasileiro para pagamento de hemodiálises pode chegar a um bilhão e oitocentos milhões de reais em 2010. Em comparação, o valor total gasto com transplantes de órgãos no país em 2009 foi de novecentos e noventa milhões e quinhentos e dez mil reais. Cf. BRASIL. Ministério da Saúde. *Ministério da Saúde reajusta valor da hemodiálise e investe R\$ 200 milhões no setor*. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/default.cfm?pg=dspDetalleNoticia&id_area=124&CO_NOTICIA=11700>. Acesso em: 17 set. 2010; BRASIL. Ministério da Saúde. *Investimento em transplantes cresce 343% em oito anos*. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/default.cfm?pg=dspDetalleNoticia&id_area=124&CO_NOTICIA=11108>. Acesso em: 17 set. 2010.

(60) ERIN, Charles; HARRIS, John. op. cit., p. 137.

(61) RADCLIFFE-RICHARDS, Janet et al. The case for allowing kidney sales. In: KUHSE, Helga; SINGER, Peter (Orgs.). *Bioethics: an anthology*. Oxford: Wiley-Blackwell, 2006. p. 139.

(62) STANCIOLI, Brunello. *Renúncia ao exercício de direitos da personalidade ou como alguém se torna o que quiser*, cit., p. 85.

vender os meios para realizar esse trabalho? Se nós permitimos que arrisquemos causar dano aos nossos corpos por prazer (ao fumar ou esquiar), por que não por dinheiro, para realizar outros objetivos de vida? Banir um mercado de órgãos é, paradoxalmente, restringir o que as pessoas podem fazer com as suas próprias vidas.⁽⁶³⁾

Frise-se que, ao se imporem determinados padrões morais de comportamento, endossa-se a infantilização da pessoa, recusando-lhe uma de suas características fundantes, a capacidade de autodeterminar-se.

1.2. Coação e exploração dos mais pobres e ignorantes

Um dos argumentos levantados quando se discute a venda de órgãos consiste na suposição de que permitir a prática implicaria a exploração dos pobres pelos mais ricos. Sem opção para sair da pobreza, as pessoas venderiam seus órgãos por necessidade, coagidas pelas circunstâncias socioeconômicas em que se encontrariam.

Entretanto, a coação, por si só, é considerada um vício da vontade no Direito brasileiro. É causa de anulação do negócio jurídico (conforme dispõem art. 151 e seguintes do Código Civil Brasileiro de 2002) — aplicável, inclusive, a um eventual negócio de compra e venda de órgãos. Sabe-se, porém, que nenhuma escolha é plenamente autônoma. O que se deve exigir (e o que se pode esperar), assim, é um nível de autonomia dentro de uma faixa intermediária entre os extremos da coação total e da autonomia completa⁽⁶⁴⁾.

Ser pobre não significa ser incapaz de realizar escolhas. Caso contrário, dever-se-ia tornar a pessoa pobre, para todos os efeitos, juridicamente incapaz. Se a pobreza reduz as alternativas da pessoa, certamente o quadro não fica melhor com a proibição da venda de órgãos, já que as possibilidades de escolha ficam ainda menores⁽⁶⁵⁾.

Se a preocupação é verdadeiramente com a pobreza, deve-se encontrar formas de reduzi-la, de forma que a venda de órgãos não figure mais como a única (ou melhor) alternativa aos pobres, o que tornaria a proibição, por esse motivo, inócua⁽⁶⁶⁾. Num contexto em que se aceita socialmente que alguém viva na pobreza, e no qual são poucas as alternativas para se escapar dela, seria uma dupla injustiça dizer ao pobre “não, você não pode ter o que a maioria das pessoas tem e nós não vamos permitir que você faça o que você quer para obtê-las”⁽⁶⁷⁾.

(63) SAVULESCU, Julian. Is the sale of body parts wrong? *British Medical Journal*, n. 29, p. 138-139, 2003.

(64) Cf. STANCIOLI, Brunello. *Relação jurídica médico-paciente*, cit., p. 23-48.

(65) RADCLIFFE-RICHARDS, Janet et al., op. cit., p. 488.

(66) Id., loc. cit.

(67) SAVULESCU, Julian. op. cit., p. 139.

Outra vertente desse mesmo argumento alega que o pobre não estaria na posição de compreender os riscos envolvidos em um procedimento como o transplante de um rim. A ignorância, geralmente associada à pobreza, impossibilitaria o consentimento informado para a venda de órgãos. Entretanto, tal colocação implica um juízo sobre a pessoa que decide e não sobre a decisão em si.

Se o problema está no pouco discernimento dessas pessoas, a solução deveria voltar-se para formas de incrementar a sua capacidade de tomar decisões autônomas, a fim de compreenderem os reais riscos envolvidos. Todavia, esse argumento não permite concluir que vender um órgão seja, necessariamente, contra o melhor interesse de quem é incapaz de compreender tais riscos⁽⁶⁸⁾.

Parte-se da ideia de que uma pessoa, quando não coagida e ciente das implicações atinentes à remoção de um dos seus rins, dificilmente assumiria os riscos por dinheiro. Contudo, se há quem assuma os riscos de **doar** um órgão tendo em vista os benefícios esperados (altruísticos ou egoísticos), e isso é eticamente permissível, seria de um moralismo canhestro afirmar que o ato se torna inaceitável apenas quando o benefício esperado tem cunho financeiro⁽⁶⁹⁾.

1.3. Um mercado regulado

Os argumentos analisados, embora não ofereçam razões fortes o suficiente para que se proíba a venda de órgãos, explicitam vários problemas que um sistema de compra e venda não regulamentado poderia trazer. A exploração e/ou coação de vendedores pobres e os graves riscos para a saúde desses vendedores são possibilidades reais e preocupantes de um mercado de órgãos totalmente livre.

Talvez a solução seja instituir um mercado regulado, como o proposto por *Erin e Harris*⁽⁷⁰⁾.

Para atender preocupações éticas e regulatórias legítimas, qualquer esquema comercial [de venda de órgãos] deve conter salvaguardas contra a exploração ilícita e demonstrar preocupação com os vulneráveis, assim como levar em conta considerações de justiça e equidade.⁽⁷¹⁾

(68) RADCLIFFE-RICHARDS, Janet et al. op. cit., p. 488.

(69) Id. Ibid., p. 489.

(70) Cf. a proposta de um mercado regulado de rins apresentada em: ERIN, Charles; HARRIS, John. op. cit., p. 137-138.

(71) Id. Ibid., p. 137.

Para demonstrar como tal modelo funcionaria, pode-se tomar o exemplo do único país do mundo no qual a venda de órgãos — de rins — é atualmente lícita, o Irã.

Desde 1988, um mercado regulado foi posto em prática nesse país, em moldes que se assemelham bastante com o modelo proposto por *Erin e Harris*: há uma única entidade que licitamente realiza a compra (uma monopsonia, portanto), a distribuição e a alocação dos órgãos; são tomadas todas as medidas necessárias para se reduzir os riscos de saúde para vendedores e receptores; todos os envolvidos dão consentimento informado, cientes dos riscos envolvidos; e os critérios de prioridade e alocação dos órgãos são estritamente médicos, como nos demais países do mundo, sendo que os receptores pobres, incapazes de pagar os custos médicos (o órgão, em si, é pago pelo Estado), têm as despesas subsidiadas, e são igualmente elegíveis para receber um transplante⁽⁷²⁾. Como resultado, o sistema iraniano eliminou completamente as filas de espera por transplantes de rim, aumentando consideravelmente a expectativa de vida de pacientes com problemas renais graves⁽⁷³⁾.

Tal modelo, contudo, volta-se para atender as necessidades de um comércio relativo à prática dos transplantes *inter vivos*. Quais seriam, então, as peculiaridades do comércio de órgãos de cadáveres?

2. Comercialização de órgãos de cadáveres

Ao se lidar com a questão do comércio de órgãos de cadáveres, muitos dos argumentos apresentados contra a permissão da venda de órgãos de pessoas vivas desaparecem. Os riscos do procedimento para a saúde do doador são, obviamente, nulos, e a proibição parece fundar-se em outras bases.

Atualmente, o sistema brasileiro permite apenas que se doem os órgãos cadavéricos aproveitáveis para transplantes, mediante consentimento dos familiares do morto. Assim como no caso de órgãos extraídos de pessoas vivas, é vedado o pagamento ou qualquer tipo de compensação financeira pelos órgãos transplantados.

Contudo, é interessante observar que todos os envolvidos no processo de captação e transplante dos órgãos são remunerados, menos aqueles que efetivamente fornecem os enxertos. Desde os profissionais que participam da abordagem das famílias até as equipes de transplantes, todos recebem

(72) Sobre o sistema de mercado regulado iraniano, cf. GHODS, Ahad; SAVAJ, Shekoufeh. Iranian Model of Paid and Regulated Living-Unrelated Kidney Transplant. *Clinical Journal of The American Society of Nephrology*, n. 1, oct. 2006, p. 616-625.

(73) GHODS, Ahad; SAVAJ, Shekoufeh. Iranian model of paid and regulated living-unrelated kidney transplant. *Clinical Journal of The American Society of Nephrology*, n. 1, p. 616-625, Oct. 2006.

uma compensação financeira⁽⁷⁴⁾. Por que não estender essa compensação aos herdeiros dos doadores e, assim, aumentar a oferta?

Certamente, poderia haver um aumento proibitivo nos custos desses órgãos. Ao contrário do caso da venda de órgãos de pessoas vivas, os potenciais vendedores de órgãos de cadáveres poderiam ser também as pessoas que normalmente os doariam, mas que, diante da nova possibilidade de vendê-los, prefeririam receber um pagamento a não receber. Isso contribuiria com um aumento significativo dos custos sem a contrapartida de um aumento da oferta. Esse argumento, porém, deve ser examinado com mais cuidado.

Os familiares que permitem a remoção de órgãos de uma pessoa morta para fins de doação, hoje, são apresentados com duas opções: a doação ou a não doação. Se a maioria das pessoas (no Brasil, pelo menos) escolhe permitir a doação, elas o fazem por achar que doar seria preferível a não doar.

As razões que motivam essa doação são totalmente altruísticas, considerando que não há a obrigação de doar, que não há nenhuma espécie de pagamento e que sequer se pode escolher qual paciente irá receber aqueles enxertos. Portanto, se a maioria das pessoas escolhe doar esses órgãos por motivos altruísticos, por que se espera que esse altruísmo desapareça caso fosse possível vendê-los? A generosidade continuaria a existir, e possivelmente seria reforçada em um sistema no qual a possibilidade da doação se opusesse à da venda.

Uma possibilidade para se reduzirem os custos da captação de órgãos de cadáveres consistiria em um esquema de compensação financeira única. Independentemente da quantidade dos enxertos transplantados, pagar-se-ia um valor fixo aos herdeiros que permitissem a retirada de órgãos, o que reduziria significativamente o valor de cada órgão extraído, mantido o efeito desejado de aumento da oferta⁽⁷⁵⁾.

3. Do altruísmo na doação de órgãos: O não limite e suas implicações

Foram discutidas propostas para aumentar a oferta de órgãos baseadas no tratamento destes enquanto *commodities* (comodificação), mas e se fosse

(74) Segundo informações do Ministério da Saúde, todos os serviços envolvidos no processo de transplantação de órgãos cadavéricos são remunerados. Paga-se pela abordagem da família do doador que teve diagnosticada a morte encefálica, por exemplo, a quantia de R\$ 420,00. Na tabela de valores dos procedimentos, constam remunerações específicas pela avaliação dos órgãos do doador, pelo acompanhamento de pacientes no pré-transplante e pela retirada de órgãos. Cf. BRASIL. Ministério da Saúde. *MS anuncia investimentos de R\$ 24,1 milhões em transplantes*, cit.

(75) Sobre um possível sistema de compensação financeira, cf. PETERS, Thomas G. Life or death: the issue of payment in cadaveric organ donation. In: CAPLAN, Arthur. L.; COELHO, Daniel H. (Orgs.). *The ethics of organ transplants*. Amherst: Prometheus Books, 1999. p. 196-207.

possível levar a ideia do altruísmo às últimas consequências? Hipóteses como a de um suicídio racional⁽⁷⁶⁾ com fins à doação de órgãos, deveriam ser permitidas.

No Brasil, não se tem hoje nenhum empecilho à doação de órgãos de pessoas que se suicidaram, apenas não sendo possível que uma pessoa deliberadamente tenha os órgãos extraídos enquanto estiver viva, sabendo que a remoção implicará a sua morte. Se o suicídio é fruto da ponderação autônoma da pessoa, e se um dos objetivos do ato é doar órgãos que certamente melhorarão a qualidade de vida de inúmeros outros indivíduos, parece que o que impede que essa possibilidade seja seriamente levada em consideração é unicamente uma visão “santificada” da vida, que acaba por colocá-la, paradoxalmente, fora do alcance dos seus próprios donos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: UMA PROPOSTA DE AUTONOMIA

A temática da doação de órgãos revela-se como um dos assuntos mais fascinantes na Bioética e no Direito.

Entretanto, decorridos quase cinquenta anos do primeiro transplante no Brasil, parece que a reflexão séria acerca de todas as implicações envolvidas nos transplantes (o momento da morte, a escassez de órgãos e sua possível comodificação, o SNT etc.) encontra-se em um curioso estado letárgico.

Tradições irrefletidas, influência cristã, pouca disponibilidade de informações sobre o tema, são alguns dos entraves observados. Nesse sentido, levantar discussões que tocam, de maneira tão profunda, as escolhas individuais pode gerar grande desconforto.

Em todo o texto, buscou-se valorizar a autonomia. Ela conduz ao debate ético da normatização dos transplantes de órgãos e às escolhas morais sobre o que fazer do próprio corpo.

A autonomia demanda participação e diálogo. Assim, muito mais do que soluções definitivas, procurou-se incitar a discussão do tema, como proposta para a consecução do direito à saúde e de uma democracia efetiva.

(76) Sobre o que venha a ser o *suicídio racional*, cf. AMSEL, Lawrence; PIPEL, Avital. What is wrong with rational suicide. *Philosophia*, [no prelo]. Disponível em: <http://www.avitalpipel.com/uploads/What_is_wrong_with_rational_suicide_April_2010.pdf>. Acesso em: 16 set. 2010.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBUD FILHO, Mário. Desvendando as causas de não efetivação dos potenciais doadores de órgãos: educar para não punir... quem? *Jornal Brasileiro de Transplantes*, São Paulo, v. 9, n. 1, jan./mar. 2006.
- ABTO. Registro Brasileiro de Transplantes Semestral: Jan./Jun. 2010. São Paulo. Disponível em: <http://www.abto.org.br/abtov02/portugues/populacao/rbt/anoXVI_n2/index.aspx?idCategoria=2>. Acesso em: 20 ago. 2010.
- _____. MINISTÉRIO DA SAÚDE. CFM. *Entenda a doação de órgãos: decida pela Vida*, p. 1. Disponível em: <<http://www.abto.org.br/abtov02/portugues/populacao/doacaoOrgaosTecidos/pdf/entendadoacao.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2010.
- AGÊNCIA BRASIL. *Transplantes de órgãos foram tema de seminário no RJ*. 18 jun. 2010. Disponível em: <http://agencia.ipea.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1443&Itemid=9>. Acesso em: 25 ago. 2010.
- AMSEL, Lawrence; PIPEL, Avital. What is wrong with rational suicide. *Philosophia*, [no prelo]. Disponível em: <http://www.avitalpipel.com/uploads/What_is_wrong_with_rational_suicide_April_2010.pdf>. Acesso em: 16 set. 2010.
- BERNARDES, Betina. Nova lei de doação causa fila para mudar RG. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 31 dez. 1997.
- BERNAT, James L. Refinements in the definition and criterion of death. In: YOUNGNER, Stuart J.; ARNOLD, Robert M.; SCHAPIRO, Renie (Orgs.). *The definition of death: contemporary controversies*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1999. p. 83-92.
- BRASIL. *Diário do Senado Federal*. Brasília, 8 jan. 1998.
- _____. Ministério da Saúde. *Investimento em transplantes cresce 343% em oito anos*. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/default.cfm?pg=dspDetalheNoticia&id_area=124&CO_NOTICIA=11108>. Acesso em: 17 set. 2010.
- _____. Ministério da Saúde. *Lista de espera (ativos e semiativos) — Total 2009*. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/Lista_de_Espera_2009.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2010.
- _____. Ministério da Saúde. *Ministério da Saúde reajusta valor da hemodiálise e investe R\$ 200 milhões no setor*. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/default.cfm?pg=dspDetalheNoticia&id_area=124&CO_NOTICIA=11700>. Acesso em: 17 set. 2010.

_____. *Ministério da Saúde*. MS anuncia investimentos de R\$ 24,1 milhões em transplantes. 21 out. 2009. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/default.cfm?pg=dspDetalheNoticia&id_area=124&CO_NOTicia=10699>. Acesso em: 15 set. 2010.

_____. TCU. *Relatório de Avaliação de Programa: Programa Doação, Captação e Transplante de Órgãos e Tecidos*. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo, 2006.

BRODY, Baruch A. How much of the brain must be dead? In: YOUNGNER, Stuart J.; ARNOLD, Robert M.; SCHAPIRO, Renie (Orgs.). *The definition of death: contemporary controversies*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1999. p. 71-82.

COUNCIL OF EUROPE. International figures on organ donation and transplantation – 2005. *Newsletter Transplant*, v. 11, n. 1, Sept. 2006.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. [Life's dominion]. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ERIN, Charles; HARRIS, John. An ethical market in human organs. *British Medical Journal*, n. 29, p. 137-138, 2003.

EXTROPY INSTITUTE. *Extropy institute mission*. Disponível em: <<http://www.extropy.org/principles.htm>>. Acesso em: 17 set. 2010.

FRA ANGELICO. *Cosme e Damião*. Têmpera em óleo, 37 x 45 cm, 1438-1440. Itália, Museu de São Marcos.

FRANKFURT, Harry. Freedom of the will and the concept of a person. In: KANE, Robert. *Free Will*. Oxford: Blackwell, 2002. p. 127-144.

GARCIA, Valter Duro. Crescimento estável e como previsto. In: ABTO. Registro Brasileiro de Transplantes Semestral: Jan./Jun. 2010. São Paulo. Disponível em: <http://www.abto.org.br/abtov02/portugues/populacao/rbt/anoXVI_n2/index.aspx?idCategoria=2>. Acesso em: 20 ago. 2010.

GHODS, Ahad; SAVAJ, Shekoufeh. Iranian model of paid and regulated living-unrelated kidney transplant. *Clinical Journal of The American Society of Nephrology*, n. 1, p. 616-625, Oct. 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa, I: racionalidad de la acción e racionalización social* [Theorie des kommunikativen Handelns. Band I. Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung]. Madrid: Taurus, 1987.

HUMMEL, Anderson Diniz et al. Aplicação de técnicas computacionais em bases de dados de transplante: revisão de artigos publicados no biênio 2007-2008. *Jornal Brasileiro de Transplantes*, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 1045-1048, jan./mar. 2009.

KUHSE, Helga; SINGER, Peter. *Bioethics: an anthology*. 2. ed. Oxford: Blackwell Publishing, 2006.

LEVYMAN, Célio. Morte encefálica: revisão e propostas. *Jornal Brasileiro de Transplantes*, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 333-340, abr./jun. 2005.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível. Processo n. 1.0024.06.199818-3/001. Relator: Desembargador Nilo Lacerda. Data do acórdão: 8 nov. 2006. Disponível em: <

PETERS, Thomas G. Life or death: the issue of payment in cadaveric organ donation. In: CAPLAN, Arthur. L.; COELHO, Daniel H. (Orgs.). *The ethics of organ transplants*. Amherst: Prometheus Books, 1999. p. 196-207.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

RADCLIFFE-RICHARDS, Janet et al. The case for allowing kidney sales. In: KUHSE, Helga; SINGER, Peter (Orgs.). *Bioethics: an anthology*. Oxford: Wiley-Blackwell, 2006. p. 487-490.

RADCLIFFE-RICHARDS, Janet. Commentary: an ethical market in human organs. *British Medical Journal*, n. 29, p. 139-140, 2003.

RODRIGUES, Alan. Tráfico de órgãos. *Istoé*, São Paulo, n. 2062, p. 48-50, 20 maio 2009.

SANT'ANNA, Denise Bernuzzi de. Corpo, a próxima fronteira do capital. *Folha de S. Paulo*. São Paulo, 16 mar. 1997.

SAVULESCU, Julian. Is the sale of body parts wrong? *British Medical Journal*, n. 29, p. 138-139, 2003.

_____.; WILKINSON, D. Death fiction and taking organs from the living. *ABC Unleashed Opinion Piece*, 28 out. 2008. Disponível em: <<http://www.abc.net.au/unleashed/stories/s2401933.htm>>. Acesso em: 01 set. 2010.

SCHIRMER, Janine et al. Legislação sobre doação de órgãos e tecidos: o que pensam os profissionais de UTI? *Jornal Brasileiro de Transplantes*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 469-473, jan./mar. 2006.

SINGER, Peter. Is the sanctity of life ethic terminally ill? In: KUHSE, Helga; SINGER, Peter (Org.) *Bioethics: an anthology*. 2. ed. Oxford: Blackwell Publishing, 2006. p. 344-353.

_____. *Unsanctifying human life*. Oxford: Blackwell, 2002. p. 215-232.

STANCIOLI, Brunello. *Relação jurídica médico-paciente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. *Renúncia ao exercício de direitos da personalidade ou como alguém se torna o que quiser*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

_____; CARVALHO, Nara Pereira. A pessoa natural e a morte no direito brasileiro: do romantismo ao biologismo. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, n. 9, v. 57, p. 51-68, jan./fev. 2009.

_____; _____. Da integridade física ao livre uso do corpo: releitura de um direito da personalidade. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEITE, Gustavo Pereira. *Manual de teoria do direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, [no prelo].

TOLEDO, Roberto Pompeu de. Um mapa que não tem sossego. *Veja*, São Paulo, ed. 2.061, ano 41, p. 134, n. 20, 21 maio 2008.

THE TRANSPLANTATION SOCIETY OF LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN. *Latin America Transplantation: Report 2009*. Disponível em: <<http://www.abto.org.br/abtov02/portugues/populacao/rbt/rbtLatino2009/index.aspx>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

TOULMIN. *The uses of the argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 1958.

VAZ, Henrique C. L. *Antropologia filosófica II*. São Paulo: Loyola, 1992.

VEATCH, Robert M. The conscience clause: how much individual choice in defining death can our society tolerate? In: YOUNGNER, Stuart J.; ARNOLD, Robert M.; SCHAPIRO, Renie (Orgs.). *The definition of death: contemporary controversies*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1999. p. 137-160.

VILLELA, João Baptista. Contrato de doação: pouca luz e muita sombra. In: PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad (Coords.). *Direito dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 249-283.