

# COMÉRCIO DE ÓRGÃOS HUMANOS: ATÉ ONDE VAI A AUTONOMIA DO INDIVÍDUO?\*

---

GUSTAVO NORONHA DE ÁVILA\*\*  
GABRIEL JOSÉ CHITTÓ GAUER\*\*\*  
RUTH MARIA CHITTÓ GAUER\*\*\*\*  
GERSON ANTÔNIO DE ÁVILA\*\*\*\*\*  
GUILHERME DETTMER DRAGO\*\*\*\*\*

---

## Resumo:

O presente trabalho analisa as alternativas e conseqüências na comercialização de órgãos humanos. Aborda a questão sobre diversas áreas do conhecimento, como a Filosofia, a Sociologia, a Medicina e o Direito. Trás à lume discussões acerca da manutenção do atual altruísmo em transplantes de órgãos humanos até possibilidade libertário-utilitarista da utilização de tais órgãos, sempre calcando o debate nas bases do princípio da dignidade da pessoa humana, verdadeiro indicador de que o corpo humano não pode ser utilizado como mero produto mercadológico.

## Abstract:

The present work analyzes the alternatives and consequences of the human organs commercialization. It approaches this subject on several areas of the knowledge, as the Philosophy, the Sociology, the Medicine and the Law. The article brings some questions regarding the maintenance of the current altruism in transplants of human organs to the possibility of a more liberal and utilitarian use of such organs, always basing the debate in the person's human rights, the true indicator of dignity and that the human body cannot be used as mere market product.

---

\* Pesquisa financiada pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) e pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq – **Processo 402747/2005-4**).

\*\* Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor da UNISUL. Advogado.

\*\*\* Doutor em Clínica Médica pela PUCRS. Pós-Doutor pela Universidade de Maryland (EUA). Professor do Programa de Pós-Graduação em Psicologia e Ciências Criminais da PUCRS.

\*\*\*\* Doutora em História pela Universidade de Coimbra. Professora do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS.

\*\*\*\*\* Doutor em Medicina pela UFRJ. Professor Adjunto do Departamento de Medicina Legal da PUCRS e da UFRGS. Membro do Comitê de Ética do Grupo Hospitalar Conceição.

\*\*\*\*\* Mestrando em Ciências Criminais pela PUCRS. Bolsista do CAPES. Membro do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/RS. Advogado.

## O “MERCADO” DE ÓRGÃOS HUMANOS

O mercado de órgãos humanos tem sua maior expressão no crime organizado. É através de conexões internacionais que ocorre o chamado *tráfico de órgãos*<sup>1</sup>, uma espécie do gênero tráfico de pessoas. Esta é considerada a terceira atividade ilícita mais lucrativa da atualidade, perdendo somente para o tráfico de armas e o de drogas, afetando mais de 20 milhões de pessoas.<sup>2</sup>

A estimativa é de que o tráfico de pessoas movimenta 31 bilhões de dólares anualmente.<sup>3</sup> O de órgãos, por seu turno, movimenta de 7 a 13 bilhões a cada ano no mundo.<sup>4</sup>

Nos dias atuais, o transplante de rim, órgão mais visado, se expandiu de um pequeno número de privilegiados centros médicos no primeiro mundo para praticamente todos os continentes, gerando a chamada escassez de órgãos transplantáveis. A hemodiálise, ainda que por curto período de tempo, é vista como verdadeiro fardo ao doente, em função do inerente sofrimento.<sup>5</sup> Estes fatores, então, levaram à identificação de uma abundante fonte de órgãos nos

corpos dos vivos, bem como no dos mortos, especialmente entre pobres, analfabetos, desempregados e desabrigados. As transações variam de contratos consensuais (formais e informais) até acordos com vício de vontade, geralmente intermediados por negociantes internacionais, envolvidos em operações multimilionárias.<sup>6</sup>

Estas condições colocaram em circulação corpos praticamente mortos viajando em uma direção e, na outra, órgãos saudáveis, dando origem ao chamado “*turismo transplantatório*”, ilegal e clandestino.<sup>7</sup> Por tal razão, não existe informação totalmente confiável em relação ao tráfico de órgãos humanos, mas se acredita que os intermediadores cobrem entre U\$ 100.000,00 e U\$ 200.000,00 para organizar um transplante de um rim de um doador saudável e compatível. O preço pago ao “doador”, em geral, fica entre U\$ 1.000,00 e U\$ 5.000,00.<sup>8</sup>

Na Figura 1<sup>9</sup> há uma representação dos países vendedores e compradores de órgãos humanos. Aqueles com a inscrição mais escura são tradicionalmente “exportadores” e os com a representação mais clara, “importadores”:

<sup>1</sup> Nancy Scheper-Hughes conduziu, durante cinco anos, pesquisa etnográfica, visitando doze países em que existiam fundadas suspeitas de tráfico de órgãos humanos. Ela mesma descreve sua pesquisa como eminentemente interdisciplinar, transitando entre a etnografia, direitos humanos e até mesmo investigação de atividades ilegais. As pesquisas, que incluíam entrevistas com participantes do comércio de órgãos e visitas à hospitais, deram origem aos inúmeros artigos publicados em diversas revistas estrangeiras, que citamos ao longo deste capítulo. Apesar de críticas sobre a maneira de como conduz sua narrativa, alegadamente circular e ausente de fundamentação teórica, seja filosófica ou antropológica (vide DINIZ, Débora. As Fronteiras da Pesquisa Antropológica: Ética, Autonomia e Tráfico de Órgãos. Um comentário a The Global Traffic in Human Organs, de Nancy Scheper-Hughes. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 17, jan.-fev. 2001. p. 215-219), seu trabalho prima pelo pioneirismo e originalidade, de forma inegável, dando visibilidade a um tema muitas vezes taxado de mera lenda urbana.

<sup>2</sup> Rights-Latin America: Human Traffickers Use Lure Of Better Life. *Global Information Network*, Nova Iorque, 24 ago. 2006. p. 1.

<sup>3</sup> *Tráfico de Seres Humanos*. Disponível em: <[http://www.mj.gov.br/Senasp/prevencao/prevencao\\_TSH.htm](http://www.mj.gov.br/Senasp/prevencao/prevencao_TSH.htm)> Acesso em: 12 set. 2006.

<sup>4</sup> *Tráfico de órgãos pode movimentar U\$ 13 bilhões/ano*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/agencia/materias.asp?pk=41199>> Acesso em: 17 jul. 2006.

<sup>5</sup> SCHEPER-HUGHES, Nancy. Parts Unknown – Undercover ethnography of the organs-trafficking underworld. *Etnography*, v. 5, n. 1, 2004. p. 62.

<sup>6</sup> SCHEPER-HUGHES, Nancy. Parts Unknown – Undercover ethnography of the organs-trafficking underworld. *Etnography*, v. 5, n. 1, 2004. p. 33.

<sup>7</sup> Idem, ibidem. p. 34.

<sup>8</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION. Organ trafficking and transplantation pose new challenges. *Bulletin Of The World Health Organization*, set. 2004; p. 82-89.

<sup>9</sup> Adaptado de: SCHEPER-HUGHES, Nancy. Organs Without Borders. *Foreign Policy*, n. 146, jan.-fev. 2005. p. 26.

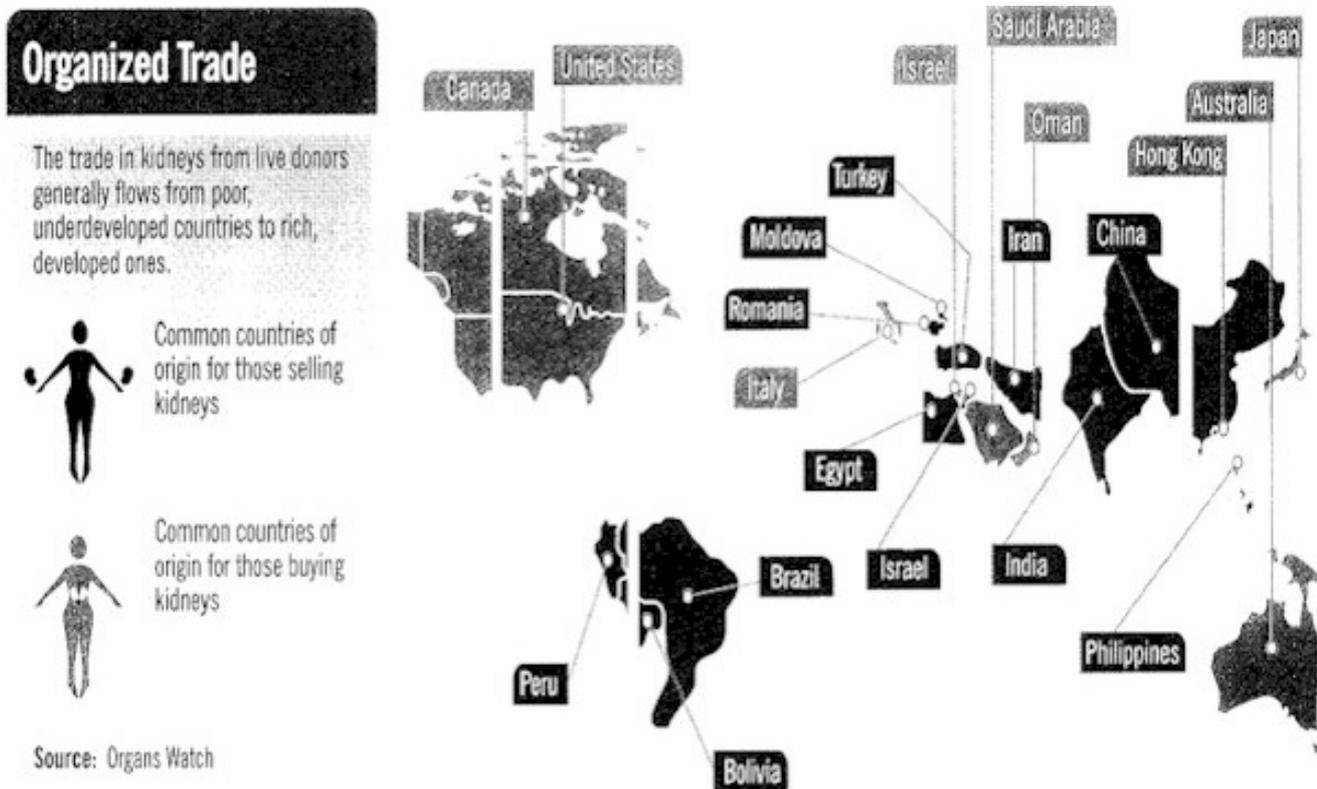


Figura 1: Compradores e Fornecedores de Órgãos Humanos

Na realidade, estes locais onde comprar estão sempre mudando. Primeiramente, foi a Índia, após a China, a Rússia, a Turquia, o Brasil<sup>10</sup> e a Moldávia.<sup>11</sup> De acordo com SCHEPER-HUGHES, estas práticas são protegidas não somente pela invisibilidade e exclusão social dos doadores de órgãos, mas também pela grande confiança da sociedade na técnica do transplante como um inquestionável bem social e moral.<sup>12</sup>

Recentemente, a *Wired Magazine* realizou pesquisa de opinião nos Estados Unidos, chegando ao resultado de que um corpo humano pode valer até 45 milhões de dólares. As mais diversas partes do corpo foram cotadas pelos entrevistados. Em razão dos avanços biotecnológicos, os órgãos vitais não são mais as partes com maior valorização.<sup>13</sup>

A parte mais valorizada é a medula óssea, cotada em 23 milhões de dólares, baseado em 1000

<sup>10</sup> A Comissão de Inquérito Parlamentar sobre Tráfico de Órgãos funcionou de 2003 a 2004. Em seu relatório final, indiciou 10 pessoas, a maioria médicos, incursos no artigo 14 da Lei n.º 9.343/97. Além disto, foram sugeridas diversas modificações na legislação referida, além de uma maior atenção dos demais órgãos das esferas de poder (legislativo e judiciário) para casos desta natureza. No dia 10 de janeiro de 2006, a Justiça Federal de Pernambuco absolveu 15 homens que venderam um dos rins no esquema internacional de tráfico de órgãos. A juíza Amanda Lucena, da 13ª Vara Federal, acolheu o argumento do Ministério Público sobre a falta de condição dos acusados de entenderem a dimensão do fato e por terem participado em função de problemas econômicos. Os vendedores não receberam informações consistentes sobre o procedimento, assumindo, por escrito, uma relação de parentesco com os receptores. Também não foram informados sobre as seqüelas advindas da intervenção. Vários deles apresentaram perda da capacidade laboral. O valor recebido, de 3 a 10 mil dólares, foi usado para o pagamento de dívidas, construir ou reformar moradia.

<sup>11</sup> FINKEL, Michael. Complications. *New York Times Magazine*, 27 maio 2001. p. 28.

<sup>12</sup> SCHEPER-HUGHES, Nancy. Parts Unknown – Undercover ethnography of the organs-trafficking underworld. *Etnography*, v. 5, n. 1, 2004. p.37.

<sup>13</sup> *Your Body May Be Worth More Than \$45 Million*. Disponível em: <[http://soundingcircle.com/newslog2.php/\\_\\_show\\_article/\\_a000195-000396.htm](http://soundingcircle.com/newslog2.php/__show_article/_a000195-000396.htm)> Acesso em: 01 set. 2006.

gramas, a U\$ 23,00 cada. O DNA encontrado em qualquer célula pode chegar a U\$ 9.7 milhões, a U\$ 1.3 milhões por grama, enquanto a extração de anticorpos pode alcançar U\$ 7.3 milhões. Em comparação, um pulmão foi cotado a U\$116.400,00, um rim a U\$ 91.400,00 e um coração em apenas U\$ 57.000,00.<sup>14</sup>

No entanto, enquanto a revolução tecnológica continua ainda limitada pela pesquisa em laboratório, as rotas do comércio internacional de órgãos humanos continuam a crescer. Pacientes israelenses viajam de avião “charter” para a Turquia, onde são feitos os exames de compatibilidade com o vendedor do rim, geralmente do interior da Moldávia ou Romênia, e transplantados por duas equipes de cirurgiões – uma de Israel e outra da Turquia. Outra rede é composta por pacientes americanos e europeus, juntamente com vendedores de rins filipinos, e atua em um hospital privado em Manila, intermediados por um agenciador que oferecia seus serviços website Liver4You.org.<sup>15</sup> Negociantes no Brooklyn, Nova Iorque, se passando por uma organização sem fins lucrativos, realizam o tráfico de imigrantes rusos para servir de fonte aos pacientes israelenses, transplantados nos melhores hospitais da costa Leste dos Estados Unidos. Palestinos com alto poder aquisitivo voam para o Iraque onde podem comprar rins dos árabes pobres vindos da Jordânia. Um médico/agenciador nigeriano organiza transplantes para estrangeiros na África do Sul ou em Boston, geralmente com uma grande quantidade de pobres nigerianos interessados na venda, a maioria mulheres solteiras.<sup>16</sup>

## A TENDÊNCIA LIBERTARIANA/UTILITARISTA ANGLO-SAXÃ

De acordo com a tendência libertariana, especialmente na obra de Robert NOZICK<sup>17</sup>, o Estado mínimo é o único tipo de Estado justificável. Qualquer outro tipo, com maior intervenção, será violador de direitos individuais. A liberdade individual torna-se corolário das relações sociais, não podendo estar sujeita a limitações, via de regra.

O utilitarismo está alicerçado na tese de que uma ação ou prática é correta (quando comparada à outra) se sua escolha leva ao maior bem possível em função de suas conseqüências ou, ao menos, ao menor número de sofrimento possível. Para os utilitaristas existe um, e somente um princípio ético básico: o da utilidade. Este princípio está assentado na premissa de que devemos sempre observar e tentar extrair o melhor que pudermos da relação entre boas e más conseqüências.<sup>18</sup>

Um elemento fundamental na regulação dos serviços de saúde, diz BLUMSTEIN<sup>19</sup>, é o reconhecimento de que a competição e o mercado possuem um papel importante. No sistema de transplante, entretanto, ainda existem resistências neste sentido, onde há o monopólio do sistema altruístico. Estas objeções estariam fundadas tão somente em argumentos preconceituosos, não racionais.<sup>20</sup>

São elencadas as seguintes razões para a abertura de um mercado, inicialmente composto somente por órgãos provenientes de cadáveres<sup>21</sup>:

- há um deslocamento da decisão relativa à doação, sendo esta retirada da família e feita so-

<sup>14</sup> Idem, ibidem.

<sup>15</sup> Em consulta realizada no dia 20 de agosto de 2006, o site continuava no ar. Neste sentido, também: *Website sells organs from poor foreigners to rich Britons*. Disponível em <<http://www.medicalnewstoday.com/medicalnews.php?newsid=3737>> Acesso em: 19 ago. 2006.

<sup>16</sup> SCHEPER-HUGHES, Nancy. Keeping An Eye on The Global Traffic In Human Organs. *The Lancet*, n. 9369, 10 maio 2003. p. 1645-1646.

<sup>17</sup> NOZICK, Robert. The Entitlement Theory Of Justice. In: LAFOLLETTE, Hugh (org.). *Ethics In Practice – An Anthology*. Oxford: Blackwell, 1997. p. 533.

<sup>18</sup> BEAUCHAMP, Tom L; WALTERS, LeRoy. *Contemporary Issues In Bioethics*. 6. ed. Nova Iorque: Thomson-Wadsworth, 2003. p. 12.

<sup>19</sup> BLUMSTEIN, James F. Legalizing Payment for Transplantable Cadaveric Organs. In: KUHSE, Helga (org.); SINGER, Peter (org.). *Bioethics – An Anthology*. Oxford: Blackwell, 2003. p. 391.

<sup>20</sup> Idem, ibidem. p. 397.

<sup>21</sup> Idem, ibidem. p. 396-397.

mente pelo indivíduo, longe do leito de morte, decidido de forma fria e racional;

- o reconhecimento de que as transações de mercado promovem e validam a autonomia do indivíduo doador/vendedor;

- a legalização do mercado de órgãos cada-  
véricos cria uma obrigação legal entre o “doador”  
e o transplantado, diminuindo a relutância da  
família;

- o uso de incentivos financeiros provavel-  
mente levará a um maior número de órgãos dis-  
ponibilizados do que no atual sistema, baseado  
somente no altruísmo.

Ainda em relação ao transplante *post mor-  
tem*, PETERS<sup>22</sup> propõe o que chama de “auxílio-  
morte” (*death benefit*). Este consiste em um pa-  
gamento de U\$ 1.000,00, feito pelas organizações  
capacitadas à captação de órgãos, valor que não  
considera coercitivo. As leis proibindo o agenci-  
amento de órgãos e assegurando a justa alocação,  
seguiriam inalteradas. Novamente, o principal  
argumento a sustentar a prática seria a perspecti-  
va de outras vidas serem salvas.

A comunidade médica têm preservado o al-  
truísmo como único motivo para doação cadavé-  
rica, talvez por ter de forma errônea presumido  
que esta qualidade aparece com aconselhamento  
e educação, afirma PETERS.<sup>23</sup> É feita a suposição  
de que o comportamento altruístico deva ocorrer  
nestas condições e que as pessoas não orientadas  
neste sentido não devem ser coagidas a agir de  
outra forma, pois a forma coercitiva impede a  
decisão livre.

No entanto, afirma que o pagamento por ór-  
gãos cadavéricos não seria coercitivo e nem re-  
sultaria na perda de valores altruísticos ou de

solidariedade. O pagamento não afetaria o do-  
ador em morte cerebral, assim como nenhum es-  
forço para obter órgãos seria feito no momento  
da constatação desse estado clínico. Ainda, se as  
convicções da família são tão contrárias em rela-  
ção à doação de órgãos, a modesta soma de U\$  
1.000,00, na forma de um auxílio, não significa-  
ria uma grande tentação de forma a abalar cren-  
ças tão fortes.<sup>24</sup>

PETERS rebate alguns dos possíveis efeitos  
colaterais de sua proposta. Relativamente ao agen-  
ciamento de órgãos humanos, em primeiro lugar,  
afirma que a quantia sugerida, paga através de um  
processo rigoroso, colocaria em desvantagem aque-  
les propensos a pagar mais, diminuindo as chan-  
ces de intermediadores levarem vantagem. Segun-  
do, os pagamentos não favoreceriam aqueles em  
melhor situação financeira, já que seriam feitos  
através de sistema público, beneficiando todo e  
qualquer paciente em fila. Por último, os paga-  
mentos não iriam prejudicar o orçamento da Saú-  
de, já que iriam custar aproximadamente U\$  
4.000.000,00 por ano.<sup>25</sup>

O sistema altruístico também é atacado por  
BARNETT, BLAIR e KASERMAN.<sup>26</sup> São mencio-  
nados dois fatores como ensejadores da atual es-  
cashez. Primeiro, o sistema não estipula incenti-  
vos para que a doação ocorra. Os manejadores das  
entidades credenciadas para transplante devem  
contar exclusivamente com o bom senso da co-  
munidade e com a benevolência por parte das fa-  
mílias dos recém-falecidos. Em segundo lugar, e  
o mais importante, o sistema atual não prevê ne-  
nhum tipo de treinamento no sentido de incenti-  
var a equipe médica a realizar uma abordagem  
adequada à família. Solicitar doação aos parentes

<sup>22</sup> PETERS, Thomas G. Life or Death: The Issue of Payment in Cadaveric Organ Donation. In: CAPLAN, Arthur L. (org.); COELHO, Daniel (org.). *The Ethics Of Organ Transplants – The Current Debate*. Nova Iorque: Prometheus Books, 1998. p. 196.

<sup>23</sup> PETERS, Thomas G. Life or Death: The Issue of Payment in Cadaveric Organ Donation. In: CAPLAN, Arthur L. (org.); COELHO, Daniel (org.). *The Ethics Of Organ Transplants – The Current Debate*. Nova Iorque: Prometheus Books, 1998. p. 198.

<sup>24</sup> Idem, ibidem. p. 199.

<sup>25</sup> Idem, ibidem. p. 200-201.

<sup>26</sup> BARNETT, Andrew H.; BLAIR, Roger D.; KASERMAN, David L. Improving Organ Donation: Compensation versus Markets. In: CAPLAN, Arthur L. (org.); COELHO, Daniel (org.). *The Ethics Of Organ Transplants – The Current Debate*. Nova Iorque: Prometheus Books, 1998. p. 209.

consternados com a perda de um familiar é uma tarefa desagradável. Ela é tão difícil que muitos médicos e enfermeiras simplesmente não perguntam sobre a doação ou, quando o fazem, é de forma bastante fria.

Assim, afirmam, é mais do que óbvio residir à oposição ao mercado de órgãos somente em uma questão moral. Por outro lado, em razão das muitas vidas que poderiam ser salvas, tal modelo é eticamente superior ao atual sistema altruístico de obtenção.<sup>27</sup>

Além do mais, todos envolvidos com o transplante são pagos, menos o doador. Os cirurgiões e a equipe médica são pagos, o coordenador da central de transplantes não realiza trabalho voluntário e o receptor ganha um importante benefício.<sup>28</sup>

Enquanto o debate ético continua, pacientes que poderiam receber o transplante continuam a morrer.<sup>29</sup> Enquanto a benevolência é exaltada e a ganância censurada, pacientes seguem sem o tratamento que poderia significativamente melhorar a sua saúde e salvar as suas vidas. Se a primeira prioridade dos profissionais da saúde é o de preservar vidas, e não forjar uma moral e uma ética aplicáveis à sociedade, então muitos integrantes da comunidade médica são culpados por negligenciar sua responsabilidade primeira, reivindicam BARNETT et al.<sup>30</sup>

Por último, argumentam que o sistema altruístico foi adotado há mais de trinta anos e continua sendo utilizado. Durante este tempo, não se tem notícia de que tenha, ao menos uma vez, dado conta da demanda por transplantes. Portanto, os clamores pela melhora da educação e um maior altruísmo, não reconhecem o fracasso histórico do sistema e efetivamente condenam um número ainda maior de pacientes à morte.<sup>31</sup>

RADCLIFFE-RICHARDS<sup>32</sup> et al. identificam na maioria das pessoas sentimentos de repugnância<sup>33</sup> que levaram a um total banimento da venda de rins. Estes sentimentos possuem tamanha força que a proibição parece não necessitar de qualquer outra justificação. Todavia, se quisermos negar tratamento aos pacientes e doentes cuja morte é iminente, seriam necessários melhores argumentos do que nossos sentimentos de aversão.

Na visão destes autores, a objeção mais comum à venda de rins humanos - a suposta exploração dos pobres pelos ricos - deve ser rechaçada. Os fornecedores estão ansiosos para vender e enxergam nesta prática a melhor opção disponível, dada a sua realidade sócio-econômica. A proibição da venda causa danos ainda maiores, pois prejudica aos vendedores e aos receptores.<sup>34</sup>

Enquanto a vida das pessoas continua a ser colocada em risco haja vista a escassez de órgãos

<sup>27</sup> BARNETT, Andrew H.; BLAIR, Roger D.; KASERMAN, David L. Improving Organ Donation: Compensation versus Markets. In: CAPLAN, Arthur L. (org.); COELHO, Daniel (org.). *The Ethics Of Organ Transplants – The Current Debate*. Nova Iorque: Prometheus Books, 1998. p. 216.

<sup>28</sup> ERIN, Charles A.; HARRIS, John. An Ethical Market In Human Organs. *Journal Of Medical Ethics*, v. 3, n. 29, jun. 2003. p. 137.

<sup>29</sup> Nos Estados Unidos, existem 92.076 pessoas na lista de espera por órgãos. A estimativa é de que 7.000 morram todos os anos enquanto esperam (DAVIS, R. Study: Organ donation needs push. In: *USA Today*, 03 maio 2006. p. 7). No Brasil, em maio de 2005, 62.785 pessoas esperavam na fila. (DELGADO, Malu. Lista de transplantes, na prática, não existe. *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 23 abr. 2006. p. C1). Vinte por cento destas pessoas morrem a cada ano. (*Médicos brasileiros têm dificuldade de fazer diagnóstico de morte cerebral*. Disponível em: <<http://www.adote.org.br/noticias/04-2006.htm>> Acesso em: 15 ago. 2006).

<sup>30</sup> BARNETT, Andrew H.; BLAIR, Roger D.; KASERMAN, David L. Improving Organ Donation: Compensation versus Markets. In: CAPLAN, Arthur L. (org.); COELHO, Daniel (org.). *The Ethics Of Organ Transplants – The Current Debate*. Nova Iorque: Prometheus Books, 1998. p. 216.

<sup>31</sup> Idem, ibidem.

<sup>32</sup> RADCLIFFE-RICHARDS, J.; DAAR, A. S.; GUTTMANN, R.D.; HOFFENBERG, R.; KENNEDY, I.; LOCK, M.; SELLS, R.A.; TILNEY, N. The Case For Allowing Kidney Sales. In: CAPLAN; COELHO, op. cit., p. 224.

<sup>33</sup> “Os direitos, a liberdade e a disponibilidade do corpo são conquistas que não devem ser confundidas com a propriedade dele, menos ainda com a sua comercialização. Estamos convencidos de que é preciso buscar nesse direcionamento, nessa linha de idéias, as bases racionais da **instintiva repugnância** para com o Mercado Humano, isto é, para com uma sociedade em que tudo pode ser comprado ou vendido.” (grifo nosso) BERLINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei. *O Mercado Humano*. 2. ed. Brasília: UnB, 2001. p. 53.

<sup>34</sup> RADCLIFFE-RICHARDS, J.; DAAR, A. S.; GUTTMANN, R.D.; HOFFENBERG, R.; KENNEDY, I.; LOCK, M.; SELLS, R.A.; TILNEY, N.. In: CAPLAN (org.); COELHO (org.), op. cit., p. 225.

disponíveis, é necessário considerar qualquer opção que possa ajudar nesta questão, dizem ERIN e HARRIS. Sugerem, assim, a criação de um mercado eticamente sustentável.<sup>35</sup>

Para que seja compatível com preocupações de cunho ético e regulatório, qualquer plano de comércio precisa estar assentado em garantias contra a exploração dos menos favorecidos, além da necessária proteção à população vulnerável.<sup>36</sup> O mercado seria restrito a uma área geopolítica auto-governável, como a União Européia. Somente os cidadãos residentes neste espaço poderiam vender ao sistema e ele e sua família seriam igualmente elegíveis para receber doações de órgãos.

O único comprador seria uma agência governamental, como o Ministério da Saúde, que compraria todos os órgãos e os distribuiria de acordo com a prioridade médica. Não haveria venda ou compra direta, exploração de países com baixa renda *per capita* e de suas populações. Os órgãos seriam testados para HIV, entre outras doenças, a sua procedência seria conhecida e as sanções e penalidades seriam rigorosas para evitar abusos.<sup>37</sup>

Os preços deveriam ser altos suficientes para atrair as pessoas ao mercado, já que a diálise e outras alternativas não são baratas. Os vendedores de órgãos iriam saber que salvaram uma vida e seriam razoavelmente compensadas pelo risco, tempo e altruísmo, que não estaria diminuído pela venda.<sup>38</sup>

A proposta que objetivava alcançar um consenso mínimo, no entanto, foi bastante criticada por RADCLIFFE-RICHARDS.<sup>39</sup> Segundo a auto-

ra, os argumentos utilizados implicam em uma visão contrária à livre disposição do corpo, pois estão antecipando danos inerentes à autorização da prática: coerção, exploração, falta de informação adequada, desvirtuamento do altruísmo, entre outros. Na verdade, diz, os benefícios *prima facie* da autorização de venda – salvar vidas e autorizar que os vendedores decidam por si mesmos – não foram sequer mencionados. Como se vê, não existe consenso entre os liberais/utilitários de como este mercado deve se dar.

VEATCH, defensor da proibição durante vinte anos, diz: “*É chegada a hora de admitir a derrota e juntar-me àqueles que sempre aceitaram a mercantilização do corpo e legalizar incentivos para obter órgãos tanto de fontes cadavéricas, como vivas. Eles não serão mais doadores, serão fornecedores vendendo seus corpos em razão de esta ser a última alternativa para eles*”.<sup>40</sup>

Autores como VEATCH<sup>41</sup> e BURROWS<sup>42</sup> literalmente lamentam o fato de escolher pela venda de órgãos, por não existir outra alternativa presente a dar conta da mórbida escassez. Ambos possuem fortes objeções morais ao mercado, a serem analisadas com mais vagar no próximo ponto, porém abrem mão destas por razões de ordem prática.

## ARGUMENTOS RECORRENTES: A DIGNIDADE HUMANA E A ÉTICA DA ALTERIDADE DE LEVINAS COMO POSSÍVEIS (?) LIMITES

O fenômeno do relativismo cultural é característica inerente de nossa época. Neste, todos os valores são postos em cheque, face à complexi-

<sup>35</sup> ERIN, Charles A.; HARRIS, John. An Ethical Market In Human Organs. *Journal Of Medical Ethics*, v. 3, n. 29, jun. 2003. p. 137.

<sup>36</sup> Existem diversos conceitos de vulnerabilidade (ver: GOLDIM, José Roberto. *Vulnerabilidade e Pesquisa: Aspectos Éticos, Morais e Legais*. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/vulnepes.htm>> Acesso em: 12 jul. 2006. No presente trabalho, quando nos referirmos a ela, estaremos falando em um estado sócio-econômico no qual o indivíduo está mais suscetível a aceitar práticas eticamente discutíveis como forma de atenuar esta sua condição.

<sup>37</sup> ERIN, Charles A.; HARRIS, John. An Ethical Market In Human Organs. *Journal Of Medical Ethics*, v. 3, n. 29, jun. 2003. p. 137.

<sup>38</sup> Idem, *ibidem*. p. 137-138.

<sup>39</sup> RADCLIFFE-RICHARDS, J. Commentary. An ethical market in human organs. *Journal Of Medical Ethics*, v. 3, n. 29, jun. 2003. p. 139.

<sup>40</sup> VEATCH, Robert. Why Liberals Should Accept Financial Incentives For Organ Procurement. *Kennedy Institute of Ethics Journal*, v. 13, n. 1, 2003. p. 32-33.

<sup>41</sup> Idem, *ibidem*. p. 19-36

<sup>42</sup> BURROWS, Lewis. Selling Organs For Transplantation. *The Mount Sinai Journal Of Medicine*, v. 4, n.71, set. 2004. p. 251-253.

dade, fluidez, velocidade e incerteza presentes. Por um lado, este fenômeno mostra-se importante na promoção da diferença, pois dá voz também àqueles tradicionalmente excluídos do debate bioético, promovendo o pluralismo. Em outro sentido, pode também, assim como a racionalidade totalizante, dar margem a abusos.

Ter posições claras relativas às condições e circunstâncias históricas, culturais, econômicas, sociais e psicológicas particulares não significa cair em um relativismo inconseqüente, mas em compreender – ao assumirmos uma posição “particular” – que nos entendemos exatamente desde uma *posição* particular, e apenas desde ela. São posições relativas a partir das quais a vida assume seu sentido de infinita riqueza e multiplicidade.<sup>43</sup>

No ponto anterior referiu-se as possíveis razões e os argumentos utilizados de forma mais freqüente para fundamentar a disposição de partes do corpo humano, especialmente os órgãos. Agora, se passa às observações mais suscitadas para rechaçar a prática.<sup>44</sup> Diversos argumentos serão analisados, desde os de ordem prática (inclusive políticos e econômicos) até e, principalmente, os morais. Será atentado, especialmente, a dois alicerces fundamentais. Primeiramente, a dignidade da pessoa humana, largamente citada, e o outro referente à ética da alteridade em Levinas.

### Argumentos Recorrentes

Entre os autores discutidos, existem dois tipos de incentivos à doação de órgãos que são citados. O primeiro, denominado *direto*, diz res-

peito ao benefício em espécie, em moeda corrente. Além deste, também são destacados os chamados incentivos *indiretos*, relativos a um benefício auferido pela pessoa com poder de decisão sob a doação. Neste sentido, é possível citar, por exemplo, descontos fiscais ou o pagamento de despesas funerárias.

Para VEATCH<sup>45</sup> os benefícios colocados à disposição antes da obtenção dos órgãos apresentavam problemas. A proposta mais largamente sugerida prevê que o pagamento pelos órgãos ocorreria somente se os órgãos fossem obtidos. Isto gera sérios problemas de ordem prática. No caso de ser provido um órgão que não servisse para doação, como seria feito em relação ao benefício já concedido? Também existe adversidade para o caso do incentivo ser dado após o evento morte. Aqueles que fornecem muitos órgãos receberiam incentivos maiores em relação a quem fornece somente um?

A discriminação também é citada como fator a não recomendar o comércio. Seria plausível admitir que o pobre – aqueles necessitando de dinheiro desesperadamente para as suas mais básicas necessidades de vida e para a de seus familiares – estariam mais suscetíveis a aceitar incentivos financeiros. A discriminação diz respeito a atos de diferenciação. Deste modo, se o pobre percebe mais incentivos para consentir à obtenção de um órgão quando estímulos financeiros são oferecidos, seria plausível afirmar que este estaria sendo tratado de forma diferenciada, refere VEATCH.<sup>46</sup> No entanto, diz o autor, que as ofertas de trabalho para empregos de risco (como os

<sup>43</sup> SOUZA, Ricardo Timm de. *Sobre a Construção do Sentido – O Pensar e o Agir Entre a Vide e a Filosofia*. São Paulo: Perspectiva, 2004. p. 15-16. Neste sentido também a célebre frase de Albert Camus: “Se os homens não conseguirem referir-se a um valor comum, reconhecidos por todos em cada um deles, então o homem se torna incompreensível para o próprio homem”. (CAMUS, Albert. *O Homem Revoltado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 1997. p. 39)

<sup>44</sup> Além dos autores citados ao longo deste ponto, também são contrários ao comércio de órgãos humanos: CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*. 2.ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006. p. 197-199; PESSINI, Léo. *Bioética: um grito por dignidade de viver*. São Paulo: Paulinas, 2006. p. 92-94; TURAN, Lisa; TURKENTINE, Nick; LEE, Stephen; WILLIAMS, Rob. Should Charities Accept Money Raised Through Organ Sales? *Third Sector*, Londres, 10 mar. 2004. p. 65-70; WILKINSON, Stephen; GARRARD, Eve. Bodily Integrity and the Sale of Human Organs. *Journal Of Medical Ethics*, v. 6, n. 22, dez. 1996. p. 334-339.

<sup>45</sup> VEATCH, Robert. Why Liberals Should Accept Financial Incentives For Organ Procurement. *Kennedy Institute of Ethics Journal*, v. 13, n. 1, 2003. p. 25.

<sup>46</sup> VEATCH, Robert. Why Liberals Should Accept Financial Incentives For Organ Procurement. *Kennedy Institute of Ethics Journal*, v. 13, n. 1, 2003. p. 26.

operários de mineradoras de carvão) parecem também serem muito mais aceitas pelos pobres do que pelos ricos.

Mais um argumento freqüentemente citado é que a venda de órgãos iria prejudicar o sistema altruísta de doação. É feita referência a uma investigação realizada para apurar a motivação por trás das doações de sangue.<sup>47</sup> Os resultados mostraram que quando as pessoas recebem uma pequena remuneração para fazer a doação, em lugar de serem apenas elogiadas por seu altruísmo, a tendência é diminuírem as doações. E se os doadores tivessem recebido a oferta de U\$ 500 ou U\$ 5 mil? Certamente o número de doações teria aumentado, refere LEVITT.<sup>48</sup> E continua: “*Mas outra coisa também sofreria uma mudança drástica, pois todo incentivo tem seu lado negativo. Se um litro de sangue passasse a valer U\$ 5 mil, muita gente tomaria nota disso e talvez procurasse obtê-lo na ponta da faca.*”<sup>49</sup> (grifo nosso).

Por outro lado, SHAPIRO<sup>50</sup> refere que existem evidências a demonstrar a provável preservação do altruísmo. O exemplo da coexistência do trabalho profissional e do voluntário, para ela, é bastante sugestivo.

Outra razão pela qual VEATCH<sup>51</sup> não aceitava a prática, remete à discussão da Lei Americana de Transplantes de Órgãos, para a qual foi convidado, era de que as pessoas competentes para discutir, alterar e aprová-la eram os mesmos com poder para tratar das situações desesperadoras dos extremamente pobres dos Estados Unidos.

Poderia-se facilmente ter aumentado o salário mínimo, sendo oferecida uma renda mínima anual, ou provendo um padrão mínimo de vida digna para o país inteiro. Foi o fato de que os tomadores de decisão, na verdade, estariam forçando os menos favorecidos a vender seus órgãos, restando os meios alternativos para focar o problema da miséria, que fez da legalização de um mercado de órgãos, na época, algo eticamente incorreto.<sup>52</sup>

O fato de as pessoas morrerem por não conseguirem obter um órgão não prova, por si, que há um dever de aumentar a oferta de órgãos, diz GIROD.<sup>53</sup> O aumento do número de órgãos disponíveis também significaria que muitos indivíduos atualmente considerados como candidatos questionáveis ao transplante, em função de seu estado clínico, seriam aceitos nos centros transplantadores e os cuidados por eles exigidos demandariam valores maiores. A escassez é o único fator que controla o preço deste procedimento cirúrgico que variam, nos Estados Unidos, entre U\$ 100.000,00 e U\$ 400.000,00.<sup>54</sup> Estes custos iriam sobrecarregar o orçamento disponível, diminuindo os valores gastos em outros bens (médicos e sociais).<sup>55</sup>

Na verdade, irá dizer a autora, não deve-se começar a discussão supondo que aumentar o tempo de vida daqueles com problemas em seus órgãos é a melhor maneira de enfrentar as preocupações de saúde. Se o objetivo é salvar o maior número de vidas possível, ir-se-á concluir que o

<sup>47</sup> Cf. TITMUSS, Richard M. *The Gift Of Blood: From Human Blood To Social Policy*. Nova Iorque: LSE Books, 1997.

<sup>48</sup> LEVITT, Steven D; DUBNER, Stephen J. *Freakonomics – O Lado Oculto e Inesperado de Tudo que nos Afeta*. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 26.

<sup>49</sup> Idem, ibidem.

<sup>50</sup> SCHAPIRO, Robyn S. Legal Issues In Payment of Living Donors for Solid Organs. *Human Rights*, v. 2, n. 30, primavera de 2003. p. 20.

<sup>51</sup> VEATCH, Robert. Why Liberals Should Accept Financial Incentives For Organ Procurement. *Kennedy Institute of Ethics Journal*, v. 1, n. 13, 2003. p. 30. Lembremos que no ponto anterior verificamos a aceitação do autor ao argumento utilitarista. Apesar de no texto elencar, na maior parte do tempo, as razões pelas quais não é eticamente justificável, admite ter revisto o seu posicionamento, pois este havia sido forjado à época da promulgação da referida Lei (1984). Vinte anos após, admite a deficiência do sistema altruístico e parte para a busca de outras possíveis alternativas a fim de salvar vidas.

<sup>52</sup> Idem, ibidem. p. 31.

<sup>53</sup> GIROD, Jennifer. The Organ Business. *The Christian Century*, v. 14, n. 119, 3-10 jul. 2002. p. 30.

<sup>54</sup> No Brasil, o transplante é uma cirurgia de custo bastante elevado pela tabela do SUS. Todos estes valores estão disponíveis para consulta em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/Decas/tabelasia.sih.htm>> Acesso em: 15 jul. 2006.

<sup>55</sup> GIROD, Jennifer. The Organ Business. *The Christian Century*, v. 14, n. 119, 3-10 jul. 2002. p. 31.

transplante de órgãos não é o método mais adequado. As iniciativas de saúde pública, notadamente as da medicina preventiva, seriam muito mais eficientes.<sup>56</sup>

KOLNSBERG<sup>57</sup> realizou estudo econômico sobre os alegados benefícios auferidos pelo doador. As suposições de que os doadores teriam um ganho financeiro de maior valor do que a perda de um órgão corporal não são suficientes, por si mesmas, para justificar a disposição. O estudo chegou às seguintes conclusões em um cenário de comércio *inter vivos*:

1. uma crescente oferta de órgãos no mercado interno, irá implicar em uma queda no preço a curto prazo;
2. os órgãos comprados no mercado internacional (notadamente países pobres) seriam mais baratos, o que diminui ainda mais o preço no mercado interno;
3. um excedente global de órgãos advindos dos países pobres podem causar um excedente de oferta;
4. um excedente global baixa ainda mais o valor pago aos doadores-vendedores;
5. uma naturalmente limitada demanda por transplantes manterá os preços baixos;
6. os intermediários restringirão os valores que pretendem pagar aos doadores-vendedores de maneira a preservar seus próprios lucros.<sup>58</sup>

A tese do baixo custo/benefício auferido pelo vendedor é corroborada por SCHEPER-HUGHES.<sup>59</sup> São identificadas conseqüências decorrentes da

nova condição física de quem dispõe do seu órgão. Estas são tidas como fatores a diminuir ou limitar sobremaneira a capacidade de trabalho destes. Entre outras são citadas: dor crônica, fraqueza, ansiedade e depressão, desentendimentos familiares e rejeição social.<sup>60</sup> O dinheiro recebido é gasto rapidamente, no entanto os efeitos na saúde e na vida social do vendedor perduram por muito tempo, quando não são permanentes.

Se for observado atentamente, o que fracassou não foi o projeto altruísta em si, mas sim a forma de promovê-lo. Campanhas de conscientização têm sido a melhor forma de aumentar significativamente as taxas de doação, cultivando e estimulando a cultura transplantatória. Nos países berços da idéia do “fracasso” altruísta, como os Estados Unidos, as taxas de negativa familiar para a doação de órgãos *post mortem* são extremamente altas, chegando ao patamar de 60%.<sup>61</sup> No Rio Grande do Sul, por outro lado, este índice chega à exata metade: 30%.<sup>62</sup> Em uma sociedade plural, este é um preço justo a pagar em nome da preservação da diferença.

### Dignidade Humana

Sobre o homem, KANT<sup>63</sup> afirma que este é todo ser racional, de forma geral, existe como fim em si mesmo, e não como meio para o uso arbitrário de determinadas vontades. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim.

<sup>56</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>57</sup> KOLNSBERG, Heather R. An Economic Study: Should We Sell Human Organs? *International Journal Of Social Economics*, v. 10, n. 30, 2003. p. 1049. KASERMAN, em réplica aos achados de KOLNSBERG, afirma que o critério adotado pela autora ignora os ganhos em termos de bem-estar social alcançável através da venda de órgãos e os promissores resultados relativos à venda de órgãos *post mortem*. (Cf. KASERMAN, David L. ‘Should We Sell Human Organs?’ Correction of a Faulty Analysis. *International Journal of Social Economics*, v. 10, n. 30, 2005. p. 893-898).

<sup>58</sup> KOLNSBERG, Heather R. An Economic Study: Should We Sell Human Organs? *International Journal Of Social Economics*, v. 10, n. 30, 2003. p. 1066.

<sup>59</sup> SCHEPER-HUGHES, Nancy. Kidney Kin – Inside The Transatlantic Trade. *Harvard International Review*, v. 4, n. 27, inverno de 2006. p. 62-65.

<sup>60</sup> Idem, *ibidem*. p. 65.

<sup>61</sup> Estatísticas disponibilizadas pela United Network for Organ Sharing (UNOS) em: <<http://www.unos.org/data/>> Acesso em: 10 jul. 2006.

<sup>62</sup> RS é Campeão de Transplantes no País. *Zero Hora*, 07 out. 2006. p. 56.

<sup>63</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Martin Claret: São Paulo, 2005. p. 59.

A natureza humana, então, diverge de uma coisa, não sendo o homem, portanto, objeto passível de ser utilizado como simples meio, mas, ao contrário, deve ser considerado sempre como fim em si mesmo. É impossível, então, dispor do homem em minha pessoa para mutilá-lo, degradar ou matar.<sup>64</sup>

Essa elaboração do imperativo categórico kantiano pode ser denominada, segundo DALL'AGNOL<sup>65</sup>, de “*fórmula da humanidade*”. O pressuposto fundamental dessa formulação é que um ser racional, ou seja, um ser capaz de agir a partir de representações e, portanto, ter uma vontade – como o ser humano –, é um fim em si mesmo. Uma pessoa não pode ser considerada um mero objeto de satisfação dos nossos interesses, desejos, entre outros. Ela não pode ser manipulada “*ao nosso bel prazer*”.<sup>66</sup>

FUKUYAMA faz menção ao denominado “*Fator X*”, aquela qualidade humana essencial que é merecedora de certo nível mínimo de respeito.<sup>67</sup> Se o que nos dá dignidade e um status moral mais elevado que o de outras criaturas vivas está relacionado ao fato de sermos todos complexos em vez da soma de partes simples, fica claro que não há nenhuma resposta simples para a pergunta: que é o Fator X? Isto é, o Fator X não pode ser reduzido à posse de escolha moral, ou razão, ou linguagem, ou sociabilidade, ou sensibilidade, ou emoções, ou consciência, ou qualquer outra qualidade que tenha sido proposta como base da dignidade humana. São todas essas qualidades combinando-se num todo humano que constituem o Fator X. Cada membro da espécie humana possui uma dotação genética que lhe permite tornar-se

um ser humano em essência de outros tipos de criaturas.<sup>68</sup>

Em um sentido os objetos têm um *preço*, em outro, uma *dignidade*, afirma AZEVEDO.<sup>69</sup> Quando algo tem um preço, é possível pôr em seu lugar um equivalente; mas quando uma está acima de todo preço, não permitindo qualquer equivalente, então essa coisa tem dignidade.

Sobre a dignidade, a espécie humana não é apenas mentes pensantes incorporadas em um corpo vivo, em um futuro cadáver. O corpo é indiscernível da idéia natural que se tem da pessoa que caracteriza cada um. Ao descrever uma pessoa, não se faz referência somente a seus pensamentos. A nobreza e a dignidade de cada indivíduo não se reduz a uma única virtude, a razão, mas a uma série de virtudes naturais, que são identificadas em nós mesmos e em cada um dos demais.<sup>70</sup>

D'AGOSTINO afirma existir uma palavra-chave afeta tanto aos filósofos, quanto aos juristas e bioeticistas: *dignidade*. Este tema, embora seja considerado essencial por todos, requer uma constante *redefinição*, pois está submetido ao permanente risco de uma espécie de implosão, capaz de esvaziá-lo completamente e reduzi-lo a uma mera fachada sem conteúdo.<sup>71</sup>

Adentrando a seara jurídica, José Afonso DA SILVA se refere à dignidade humana como sendo: “(...) *um atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único a ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente*”.<sup>72</sup> O Estado brasileiro, de acordo com o artigo 1º da Constituição Federal de 1988, tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a **dignidade da pessoa huma-**

<sup>64</sup> Idem, ibidem. p. 60.

<sup>65</sup> DALL'AGNOL, Darlei. *Bioética: princípios morais e aplicações*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004. p. 94.

<sup>66</sup> Idem, ibidem.

<sup>67</sup> FUKUYAMA, Francis. *Nosso futuro pós-humano: conseqüências da revolução da biotecnologia*. Rio de Janeiro: Rocco, 2003. p. 158.

<sup>68</sup> FUKUYAMA, Francis. *Nosso futuro pós-humano: conseqüências da revolução da biotecnologia*. Rio de Janeiro: Rocco, 2003. p. 179-180.

<sup>69</sup> AZEVEDO, Marco Antônio Oliveira de. *Bioética Fundamental*. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2002. p. 133.

<sup>70</sup> AZEVEDO, Marco Antônio Oliveira de. *Bioética Fundamental*. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2002. p. 139.

<sup>71</sup> D'AGOSTINO, Francesco. *Bioética – Segundo o Enfoque da Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006. p.73-74.

<sup>72</sup> SILVA, José Afonso da. A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, abr./jun.1998. p. 92.

na, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Encontra guarida, além da brasileira, nas Constituições Federais de Portugal (artigo 1º), Espanha (artigo 10º), Alemanha (artigo 1º), Itália (artigo 3º), Irlanda (preâmbulo), Grécia (artigo 2º), China (artigo 38), Venezuela (preâmbulo), Peru (preâmbulo), Bulgária (preâmbulo) e Colômbia (artigo 1º).<sup>73</sup>

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO, aprovada em 19 de Outubro de 2005, traz ao menos sete citações diretas ao termo dignidade humana.<sup>74</sup> Além do preâmbulo, a dignidade é referida no artigo 2º, III e IV (objetivos), artigo 3º, 11 e 12 (princípios) e artigo 28 (considerações finais).

SARLET irá dizer que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplce esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade.<sup>75</sup> Atua como elemento fundante e informador dos direitos e garantias fundamentais.<sup>76</sup>

O autor vai mais longe, afirmando a preponderância do princípio da dignidade da pessoa humana face aos demais. Este princípio (ombreado em importância talvez apenas com a vida – e mesmo esta há de ser vivida com dignidade)

tem sido reiteradamente considerada por muitos como o princípio e valor de maior hierarquia da nossa e de todas as ordens jurídicas que a reconheceram, aspecto que remete ao problema de uma eventual relativização da dignidade e da necessidade de uma ponderação (e, por conseguinte, também de uma hierarquização) de bens. De qualquer maneira, não deixa dúvidas da interpretação sistemática do ordenamento jurídico **conforme** a dignidade humana.<sup>77</sup>

É sustentado, então, que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais<sup>78</sup>, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações<sup>79</sup>). Desta forma, sem que se reconheça à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade.<sup>80</sup>

Na dignidade da pessoa humana, afirma COSTA JÚNIOR<sup>81</sup>, reside o limite mínimo a que está subordinada toda e qualquer legislação. Esse princípio vale em si e por si mesmo, antecede o juízo axiológico do legislador e vincula de forma absoluta sua atividade normativa, mormente no campo penal.

Desta forma, vemos que a dignidade humana é o valor-norte, verdadeiro farol jurídico a in-

<sup>73</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo 4 – Direitos Fundamentais. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 166

<sup>74</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura. Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos*. 19 de Outubro de 2005. Disponível em: <[http://www.mct.gov.br/upd\\_blob/8685.pdf#search=%22declara%C3%A7%C3%A3o%20universal%20bio%C3%A9tica%20direitos%20humanos%22](http://www.mct.gov.br/upd_blob/8685.pdf#search=%22declara%C3%A7%C3%A3o%20universal%20bio%C3%A9tica%20direitos%20humanos%22)> Acesso em: 30 jul. 2006.

<sup>75</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 47.

<sup>76</sup> Idem, *ibidem*. p. 80.

<sup>77</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 83.

<sup>78</sup> SILVA, José Afonso da. A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, abr./jun.1998. p. 92.

<sup>79</sup> Sobre o direito geracional, importante conferir as lições de Norberto Bobbio. Segundo ele existe a classificação temporal de quatro gerações de direitos: 1) *primeira geração*: direitos individuais (liberdades decorrentes da não-intervenção estatal na esfera do particular); 2) *segunda geração*: direitos sociais (poderes decorrentes de uma ação positiva do Estado); 3) *terceira geração*: relacionados a categorias difusas, como os referentes ao meio ambiente e ao consumidor; e 4) *quarta geração*: ligados às pesquisas biológicas que envolvem as manipulações do patrimônio genético. (BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 2-6).

<sup>80</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 84.

<sup>81</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Código Penal Comentado*. 8.ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 389.

formar os bens e valores de interesse, a serem protegidos na forma do Direito. Reduzir o corpo a um mero objeto, pensa-se, é atentatório contra a dignidade humana, já que a autonomia individual também deverá estar conforme aquela. No entanto, ainda existem maiores digressões a serem realizadas no que toca à relação entre “comprador” e “vendedor” e é este encontro que passa-se a tratar a seguir, ainda que rapidamente, tendo como ponto de referência a categoria filosófica da Alteridade.

### O Encontro com o Outro: Breve Reflexão a Partir da Alteridade em Levinas

De acordo com GOLDIM<sup>82</sup>, Emmanuel Levinas é um dos mais importantes autores de referência na reflexão moral contemporânea. Um de seus estudos principais é o sobre a alteridade, isto é, colocar o outro no lugar do ser. A alteridade, então, é a condição de *outro* em relação a mim.<sup>83</sup>

Esta categoria filosófica irá considerar, então, a ética “*como a construção do sentido da vida humana desde o encontro com o outro*”.<sup>84</sup> O ‘outro’ será compreendido como aquele que chega de fora, fora do âmbito do meu poder intelectual, de minha inteligência que vê e avalia o mundo. O outro rompe com a segurança do meu mundo, ele chega sempre de forma inesperada, sem que eu possa, sem mais, anular essa sua presença e esse seu sentido.<sup>85</sup>

O “eu” que pensa encontra alguém que pode dizer “não” ao meu “sim”: alguém que se nega a algum tipo de explicação de sua existência, de sua presença, por intermédio de uma forma lógi-

ca ou classificatória.<sup>86</sup> Assim, o que o Outro representa originalmente frente a mim é um problema não apenas teórico, mas um acontecimento concreto, que desestabiliza as certezas da minha inteligência. Eu não posso afirmar, de forma alguma, determinar aquilo que o Outro é enquanto tal, dizer o que ele é realmente: posso apenas dizer o que eu consigo captar dele, dele perceber e classificar.<sup>87</sup>

Apesar da diferença, não passível de ser superada pela via da inteligência e do conhecimento, é possível se aproximar do outro. Permanecendo diferentes é possível o encontro. Este não vai ser uma questão teórica – pois, caso contrário, recairia-se novamente no campo da representação mental, no campo da idéia de ‘outro’ que se tem -, mas uma questão fundamentalmente ética, prática, pois se trata do Outro concreto que é encontrado, e não de uma imagem dele. Quando realmente encontra-se alguém, em princípio esta outra pessoa não é “resolvida” pelo cérebro, não se considera ela um objeto, uma função que exerce ou um número qualquer, mas se considera um Outro que pode dizer ‘não’ ao meu ‘sim’, a qual se atribui uma classificação, mas se pergunta seu nome; a isto se chama ‘encontro’.<sup>88</sup>

Novamente, a ética exige uma outra lógica no lugar da lógica da inteligência, e com isso se quer indicar que o ético – expresso no encontro real – exige uma outra racionalidade, diferente daquela utilizada normalmente para lidar com as coisas e os conceitos, uma racionalidade do encontro com o outro.<sup>89</sup> Segundo GOLDIM, há uma certa inversão das propostas da Lei de Ouro e do Imperativo Categórico kantiano: ao invés do in-

<sup>82</sup> GOLDIM, José Roberto. *Alteridade*. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/alterid.htm>> Acesso em: 15 ago. 2006.

<sup>83</sup> SOUZA, Ricardo Timm de. *Ética Como Fundamento: Uma Introdução à Ética Contemporânea*. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2004. p. 58 (nota de rodapé 14).

<sup>84</sup> Idem, *ibidem*, p. 56.

<sup>85</sup> SOUZA, Ricardo Timm de. *Ética Como Fundamento: Uma Introdução à Ética Contemporânea*. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2004. p. 57.

<sup>86</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>87</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>88</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>89</sup> Idem, *ibidem*. p. 58.

divíduo agir frente ao outro como gostaria de ser tratado e que isto deveria ser uma norma universal, é a descoberta do outro que impõe a conduta adequada.<sup>90</sup>

A máxima “*A minha liberdade termina quando começa a dos outros*”, assume outro significado, segundo o qual a minha liberdade é garantida pela liberdade dos outros.<sup>91</sup> Portanto, nas palavras do próprio LÉVINAS: “*O encontro com o outro consiste no fato de que, apesar da extensão da minha dominação sobre ele e de sua submissão, não o possui.*” (grifo nosso)<sup>92</sup>

Assim, é a descoberta do outro que impõe a conduta adequada.<sup>93</sup> Ao pensar-se desta forma, também em relação à temática tratada neste trabalho, é possível de enxergar o ser humano como algo para além de um mero “*repositório de órgãos*”.<sup>94</sup> Desta forma: “*A ética não é algo secundário ou um enfeite da vida, mas o conteúdo mais profundo da própria vida, que no processo de se encontrar com o que a constitui lhe dá sentido*”.<sup>95</sup>

## TRATAMENTO NO DIREITO COMPARADO

A Associação Mundial de Saúde, em 2004, adotou uma resolução manifestando preocupação em razão da escassez de órgãos humanos, muito aquém da demanda. Nela, é recomendado aos países-membros que incentivem a doação de rins *inter vivos*. Ainda, conclama os Estados a tomar medidas de forma a proteger os mais pobres e pertencentes a grupos vulneráveis do citado “tu-

risimo transplantatório” e da venda de órgãos e tecidos, incluindo especial atenção ao grande problema do tráfico internacional.<sup>96</sup>

Nos Estados Unidos, o *National Organ Transplant Act* (1984) prevê como ilegal “*adquirir, receber ou transferir qualquer órgão humano em função de valores.*” O *Uniform Anatomical Gift Act*, de 1987, adotado na maioria dos estados, prevê como crime comprar ou vender órgãos humanos. Há previsão de multa no valor de U\$ 50.000,00 e pena de prisão de 5 anos, em caso de condenação por compra ou venda de órgãos humanos.<sup>97</sup>

O Parlamento Europeu, em sua resolução n.º 23 de 2004, manifestou preocupação com o comércio de órgãos.<sup>98</sup> As compensações oferecidas aos doadores estão estritamente limitadas às despesas e inconveniências relativas ao transplante. As condições específicas nas quais serão feitas estas compensações serão determinadas por cada estado-membro (artigo 12, 1). Além disto há menção expressa no sentido da proibição de qualquer outro tipo de incentivo ou vantagem econômica (artigo 12, 2).

O artigo 5 do Código Civil italiano prescreve que os atos de disposição do próprio corpo estão proibidos quando ocasionem uma diminuição permanente da integridade física, ou quando sejam contrários de outra forma à lei, à ordem pública ou aos bons costumes.<sup>99</sup> Na Alemanha, existe uma lei desde dezembro de 1997 que bane qual-

<sup>90</sup> GOLDIM, José Roberto. *Alteridade*. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/alterid.htm>> Acesso em: 15 ago. 2006.

<sup>91</sup> GOLDIM, José Roberto. *Alteridade*. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/alterid.htm>> Acesso em: 15 ago. 2006.

<sup>92</sup> LÉVINAS, Emmanuel. *Entre Nós – Ensaio Sobre a Alteridade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p. 31.

<sup>93</sup> GOLDIM, op. cit.

<sup>94</sup> Expressão utilizada em: SCHEPER-HUGHES, Nancy. The Global Traffic In Human Organs. *Current Anthropology*, v. 2, n. 41, abr. 2000. p. 191-211.

<sup>95</sup> SOUZA, Ricardo Timm de. *Ética Como Fundamento: Uma Introdução à Ética Contemporânea*. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2004. p. 58.

<sup>96</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION. Organ Trafficking and transplantation pose new challenges. *Bulletin Of The World Health Organization*, set. 2004. p. 82-9.

<sup>97</sup> FINKEL, Michael. Complications. *New York Times Magazine*, 27 maio 2001. p. 28.

<sup>98</sup> UNIÃO EUROPEIA. PARLAMENTO EUROPEU. *Resolução n.º 23 de 2004*. Disponível em: <[http://www.who.int/entity/ethics/en/ETH\\_EU\\_Directive\\_2004\\_23\\_EC.pdf](http://www.who.int/entity/ethics/en/ETH_EU_Directive_2004_23_EC.pdf)> Acesso em: 28 jul. 2006.

<sup>99</sup> “Art. 5. Atti di disposizione del proprio corpo. Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all’ordine pubblico o al buon costume.” (cf. *ITALIA. Código Civil Italiano*. 1865. Disponível em: <[http://www.jus.unitn.it/CARDOZO/Obiter\\_Dictum/codciv/home.html](http://www.jus.unitn.it/CARDOZO/Obiter_Dictum/codciv/home.html)> Acesso em: 15 set. 2006.

quer tipo de comércio de órgãos humanos ou a tentativa.<sup>100</sup> A República Tcheca, por outro lado, não possui lei que proíba o comércio de órgãos.<sup>101</sup>

No Japão, com base na tradição do *Koden*, a expressão utilizada para a condolência “monetária” dada por amigos, havia um incentivo de um famoso cirurgião de transplante para o fundo “muito obrigado”, que provia pagamentos às famílias de doadores de órgãos. Esta iniciativa foi criticada e, posteriormente, banida.<sup>102</sup>

As doações entre pessoas vivas, que não sejam ligadas pelo sangue, são terminantemente proibidas, na Índia, a não ser que exista autorização de um Comitê. A lei, no entanto, não teve a eficácia desejada e o comércio de órgãos continua sendo realidade neste país.<sup>103</sup>

No Irã, uma organização não-governamental é responsável por dar uma quantia em dinheiro como um bônus social aos doadores de rins.<sup>104</sup> Este é o único país no qual se tem notícia de uma legislação permissiva em relação à disposição de órgãos humanos.

## TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS E PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICO-PENAI

Para ROXIN bens jurídicos são circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos.<sup>105</sup>

A única restrição previamente dada ao legislador se encontra nos princípios constitucionais.

Assim, um conceito de bem jurídico vinculante político-criminalmente só pode ser derivado das garantias estabelecidas na Lei Fundamental de um Estado de Direito, baseado na liberdade do indivíduo, através das quais são marcadas a possibilidade punitiva do Estado. Portanto, bens jurídicos são circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e o seu livre desenvolvimento no marco de um sistema social global estruturado sobre uma base desta concepção de fins, ou para o funcionamento do próprio sistema.<sup>106</sup>

Considerando-se o titular do bem jurídico, teremos que estes poderão ser individuais ou metaindividuais. Destes primeiros é titular o indivíduo, o particular que o controla e dele dispõe, em razão da sua vontade. Os últimos são característicos de uma titularidade de caráter não pessoal, de massa ou universal (coletiva ou difusa); estão para além do indivíduo – afetam um grupo de pessoas ou toda a coletividade - e supõem, desse modo, um raio ou âmbito de proteção que transcende, ultrapassa a esfera individual, sem deixar todavia, de envolver a pessoa como membro indistinto de uma comunidade.<sup>107</sup>

Há relação de complementaridade entre as duas categorias, refere PRADO.<sup>108</sup> Por exemplo, a saúde pública em relação à individual; o ambiente em relação à qualidade de vida do homem. Nos primeiros, a referência individual privada é direta; nestes a referência pessoal é indireta, em maior ou em menor grau. São bens universais<sup>109</sup>, da sociedade como um todo, com um marco individual mais ou menos acentuado.

<sup>100</sup> GERMAN Doctors Condemn Kidney Offer. *British Medical Journal*, n. 7271, 18 nov. 2000. p. 1243.

<sup>101</sup> Idem, ibidem.

<sup>102</sup> BAGHERI, A. Organ Transplantation Laws in Asian Countries: A Comparative Study. *Transplantation Proceedings*, v. 37, n. 10, dez. 2005. p. 4161.

<sup>103</sup> HEALTH-India: Kidney Trade Alive And Well As Laws Are Ignored. *Global Information Network*, Nova Iorque, 04 fev. 2003. p. 14.

<sup>104</sup> BAGHERI, op. cit., p. 4161.

<sup>105</sup> ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 19.

<sup>106</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General*. Traduzido por Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vincente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 55-56.

<sup>107</sup> PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 272-273.

<sup>108</sup> PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 273. Neste sentido também: ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 21.

<sup>109</sup> A obra de SOUZA constitui em importante contribuição no sentido de afirmar a identidade genética como um bem jurídico deste tipo (Cf. SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana – Contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 383-384).

Mesmo tendo apresentado uma definição de bem-jurídico eminentemente normativa, ROXIN<sup>110</sup> argumenta que esta não é estática, já que dentro dos contornos constitucionais. Assim, está aberto às transformações sociais e aos progressos tecnocientíficos.

Segundo a característica ínsita à sociedade contemporânea, o *risco*, descrito na obra de BECK<sup>111</sup>, os efeitos de um ato isolado, mesmo em uma região remota do globo, podem ser sentidos em toda a superfície do planeta. Face à constatação de que o objeto de tutela se encontra, então, numa situação delicada e passível de desaparecimento<sup>112</sup>, há autores que defendem o abandono da idéia de bem jurídico. STRATENWERTH é um dos expoentes desta escola, referindo que nos problemas concernentes ao meio ambiente e à tecnologia genética, estão em jogo interesses vitais não só dos indivíduos mas da humanidade em sua totalidade, assim como interesses das outras vidas existentes na Terra.<sup>113</sup>

Para SOUZA, não é esta a posição mais adequada. Este adota o paradigma dualista de bem jurídico, em que se afirma a existência de bens supra-individuais autônomos, sendo alguns titulares destes o meio ambiente e a própria humanidade.<sup>114</sup> Há concordância com STRATENWERTH no que cerne à idéia de determinados bens jurídicos possuírem uma referência ao futuro quando se trata da responsabilidade do homem atual com os interesses das futuras gerações, interesses da própria humanidade. Entretanto, isso não significa abandonar a concepção de tutela de

bens jurídicos, pois tal atitude poderia significar uma volta da tutela penal em função somente da moralidade ou a transformação do direito penal em instrumento de governo, ou em mero promotor de valores.<sup>115</sup>

No mesmo sentido, a concepção de bem jurídico também é defendida por FIGUEIREDO DIAS.<sup>116</sup> A legitimidade histórica da caracterização da sociedade contemporânea como uma sociedade de risco – em contraposição a uma sociedade de segurança – é altamente contestável, já que a sociedade foi sempre – possivelmente mais do que hoje, e talvez será para sempre – uma sociedade de risco.

FARIA refere diversos bens jurídicos envolvidos na transplantação de órgãos. Em relação ao receptor: a vida, a saúde, ou em certos casos, do âmbito de liberdade do próprio receptor na escolha do tratamento quando se configurem métodos alternativos. Sob o enfoque do doador, a situação altera-se profundamente. Não se trata da sua integridade física, mas do espaço de autonomia ética da pessoa, de um direito de autodeterminação, a ver respeitadas as suas determinações para depois da morte, sem que isso signifique um qualquer reconhecimento de direitos sem sujeito, ou de uma personalidade parcial do morto, ou ainda, de uma qualquer subjetividade jurídica para além da capacidade para o direito, que indiscutivelmente cessou. À face da nossa ordem jurídica, a personalidade cessa com a morte, e com ela também a suscetibilidade de se ser titular de direitos e obrigações. Há, portanto, uma impos-

<sup>110</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General*. Madrid: Civitas, 1997. p. 57-58.

<sup>111</sup> Cf. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. 3. ed. Paidós: Barcelona, 2002. Uma reflexão acerca deste tema pode ser conhecida em: D'AVILA, Fábio. *A Crise da Modernidade e as suas Conseqüências no Paradigma Penal (Um breve excursão sobre o Direito Penal do Risco)*. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=70](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=70)> Acesso em: 12 ago. 2006.

<sup>112</sup> SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana – Contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 126.

<sup>113</sup> STRATENWERTH, Gunther. *Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?* ZStW. 105 (1993). p. 691 apud SOUZA, P.V.S. de, op. cit., p. 127.

<sup>114</sup> SOUZA, op. cit., p. 127.

<sup>115</sup> Idem, ibidem. p. 127-128.

<sup>116</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 72.

sibilidade jurídica em se falar de direitos de personalidade de um morto.<sup>117</sup>

Assim, ao afirmar-se a idéia de bem jurídico, é possível, da análise dos tipos penais previstos na Lei n.º 9.434/97<sup>118</sup> (artigos 14 a 20), observar quais seriam aqueles positivados pelo legislador. A partir de um viés teleológico, possível citar o bem *vida* como o mais referido: artigo 14, § 2º, II; artigo 14, § 3º, III, IV; artigo 14, § 4º e artigo 15.

A vida, além de ser um direito fundamental do indivíduo, é também um interesse que, não só ao Estado, mas à própria humanidade, em função de sua conservação, cabe preservar. Assim como a ninguém é legítimo alienar outros direi-

tos fundamentais, como a liberdade, por exemplo, também não se lhe admite alienar a própria vida, em nenhuma de suas dimensões.<sup>119</sup> Por esta razão, estaria justificada a proibição de livre disposição do corpo para transplante *inter vivos*.<sup>120</sup>

Sobre a modalidade *post mortem*, no entanto, a dificuldade parece maior. De acordo com SILVA, o problema da licitude do indivíduo em alienar membros ou órgãos de seu corpo é delicado. Em suas palavras: “*Se essa alienação, onerosa ou gratuita, se faz para extração após a morte do alienante, não parece que caiba qualquer objeção. É que, em tal caso, não ocorre ofensa à vida, que já inexistirá*”.<sup>121</sup>

<sup>117</sup> FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de. *Aspectos Jurídico-Penais dos Transplantes*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 29.

<sup>118</sup> Artigo 14 - Remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições desta Lei:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa, de 100 a 360 dias-multa.

1. Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa ou por outro motivo torpe:

Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 100 a 150 dias-multa.

2. Se o crime é praticado em pessoa viva, e resulta para o ofendido:

I - incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;

II - perigo de vida;

III - debilidade permanente de membro, sentido ou função;

IV - aceleração de parto:

Pena - reclusão, de três a dez anos, e multa, de 100 a 200 dias-multa.

3. Se o crime é praticado em pessoa viva, e resulta para o ofendido:

I - incapacidade permanente para o trabalho;

II - enfermidade incurável;

III - perda ou inutilização de membro, sentido ou função;

IV - deformidade permanente;

V - aborto:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos, e multa, de 150 a 300 dias-multa.

4. Se o crime é praticado em pessoa viva e resulta morte:

Pena - reclusão, de oito a vinte anos, e multa de 200 a 360 dias-multa.

Artigo 15 - Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humanos: Pena- reclusão de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa.

Parágrafo único - Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou aufere qualquer vantagem com a transação.

Artigo 16 - Realizar transplante ou enxerto utilizando tecidos, órgãos ou partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos desta Lei:

Pena - reclusão, de um a seis anos, e multa, de 150 a 300 dias-multa.

Artigo 17 - Recolher, transportar, guardar ou distribuir partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos desta Lei:

Pena - reclusão, de seis meses a dois anos, e multa de 100 a 250 dias-multa.

Artigo 18 - Realizar transplante ou enxerto em desacordo com o disposto no art. 10 desta Lei e seu parágrafo único:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Artigo 19 - Deixar de recompor cadáver, devolvendo-lhe aspecto condigno, para sepultamento ou deixar de entregar ou retardar sua entrega aos familiares ou interessados:

Pena- detenção, de seis meses a dois anos.

Artigo 20 - Publicar anúncio ou apelo público em desacordo com o disposto no artigo 11:

Pena - multa, de 100 a 200 dias-multa.

<sup>119</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 200.

<sup>120</sup> Rita Maria Paulina dos Santos tece os seguintes comentários sobre a disposição do corpo *inter vivos*: “Admitir que o indivíduo tivesse sobre si mesmo disponibilidade absoluta constituiria a negação do próprio direito, ou a afirmação de um direito associal, que dispensa a relação com o próximo.” (SANTOS, Rita Maria Paulina dos. *Dos transplantes de órgãos à clonagem: nova forma de experimentação humana rumo à imortalidade?* Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 26).

<sup>121</sup> SILVA, op. cit., p. 200.

Não é este, no entanto, nosso entendimento. Primeiramente, nos reportamos novamente à doutrina que acredita ser a dignidade humana o princípio informador de todos os bens jurídicos erigidos a tal condição em nosso ordenamento. O corpo, apesar de não mais abrigar a vida e, por conseguinte, a personalidade ausente, ainda revela alguns dos traços inequívocos inerentes aos dotados da identidade humana. Assim, o artigo 18 da Lei n.º 9.434/97, cujo *telos* consiste no respeito à incolumidade do cadáver, é informado também pelo princípio, de forma a vedar a extração onerosa de órgãos. O evento morte não significa, irá dizer FARIA<sup>122</sup>, que a garantia de proteção à dignidade humana depois de sua verificação se encerre, necessariamente.<sup>123</sup>

Outra argumentação também é possível. No escopo do diploma legal há diversas menções ao bem jurídico saúde (artigo 14, §2º, III, IV e §3º, II), também informado pela dignidade humana. Considerando-se que o Sistema Nacional de Transplantes está baseado em um critério de lista única, a prática da comercialização iria, inequivocamente, gerar desigualdade no acesso aos órgãos. Desta forma, seria atingido o bem da vida “saúde” daquele que poderia vir a receber o órgão, mas teve sua expectativa frustrada em função da mercancia.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O anúncio do fracasso do altruísmo parece ser mais uma manifestação da tentativa da introdução de idéias paliativas, imediatistas. É justamente nos países onde a tendência libertário-utilitarista aparece com maior força, onde, coincidentemente, as taxas de negativa familiar para transplante *post mortem*, são exorbitantes. A medicina preventiva, importante no sentido de evitar-se doenças que levem à necessidade de um

transplante, e as campanhas publicitárias não são citadas por aqueles defensores da mercancia como alternativas que, a médio prazo, podem mostrar-se eficientes.

Ainda, não pode-se ignorar o argumento de que o mesmo Estado detentor do poder para realizar o processo legislativo necessário à autorização da venda de órgãos, é o mesmo capaz e possuidor dos meios a atenuar o drama de esta mostrar-se como a única alternativa viável à uma sobrevivência digna do seu cidadão. Desta forma, a vontade política pode fazer com que a disposição remunerada não seja o melhor possível para o vendedor no momento.

Tanto argumentos práticos como teóricos surgem para rechaçar a venda de órgãos. Dos mais diversos pontos de vista (como o econômico, o filosófico e o jurídico), não é possível considerá-la como opção razoável para amenizar a justificada preocupação com a escassez.

Economicamente, em um cenário onde foi analisada as “doações” *inter vivos*, a tendência aponta para uma diminuição no preço com o aumento da oferta, para o caso da legalização. Além disto, ainda que se tentasse restringir o comércio somente a uma região específica do globo, não há como evitar a diferença entre os preços praticados nos países mais pobres e os mais ricos, sendo impossível evitar o, neste caso positivado, turismo transplantatório. O baixo benefício econômico auferido pelo vendedor, levando-se em consideração as conseqüências normalmente observadas (dor crônica, fraqueza, ansiedade e depressão, desentendimentos familiares e estigmatização social), bem como o fato de o dinheiro, via de regra, ser gasto rapidamente, sendo que os efeitos na saúde e na vida social do vendedor são cicatrizes permanentes, são outros argumentos a não recomendar a disposição remunerada.

<sup>122</sup> FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de. *Aspectos Jurídico-Penais dos Transplantes*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 30.

<sup>123</sup> Neste sentido também: CARNEIRO, Eliana Faleiros Vendramini. *Aspectos Penais da Lei de Transplante de Órgãos*. São Paulo: Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2005. p. 34.

Sob o ponto de vista filosófico, argumentos kantianos e os fundados na ética da alteridade, sob a perspectiva de Levinas, também levam a igual conclusão. A perspectiva de enxergar um ser humano como um mero repositório de órgãos, ofende tanto a máxima de enxergar-se o homem sempre como um fim em si mesmo, nunca como um meio, quanto sob a perspectiva do encontro com o outro. Neste sentido, a ética não pode ser vista como algo secundário ou um enfeite da vida, mas como o conteúdo mais profundo da própria vida, que no processo de se encontrar com o que a constitui, lhe dá sentido.<sup>124</sup>

O princípio da dignidade humana, como informador e basilar à toda a ordem jurídica, também não pode ser ignorado. A redução do corpo a um mero objeto não estaria em consonância com este valor fundamental, pois a autonomia do indivíduo também deve estar subordinada a ele.

Além de ser um direito fundamental do indivíduo, a vida é também um interesse que cabe ao Estado e também à humanidade, em função de sua conservação, proteger. Desta forma, considerando-se a possibilidade do comércio de órgãos humanos *inter vivos*, da mesma maneira que a ninguém é legítima a alienação de direitos fundamentais, como o exemplo da liberdade, tam-

bém não se admite alienar a própria vida, em nenhuma das suas dimensões (incluída aí a integridade corporal).

Relativamente à mesma possibilidade *post mortem*, entendimento análogo se impõe. O evento morte não implica, necessariamente, a não observância da dignidade humana, pois o corpo ainda revela os resquícios fundamentais da identidade do homem.

A ausência de argumentos que resistam a uma análise ético-jurídica se reflete no direito comparado. Em nenhum país ocidental foi encontrada legislação permissiva ao comércio de órgãos, sendo que diversas diretivas, resoluções e convenções são expressas no sentido da preocupação com a prática, a vedando de forma veemente. O Brasil não constitui exceção, sendo o artigo 15 da Lei n.º 9.434/97 bastante claro neste sentido. Somente no Irã, ainda assim sob condições particulares, são permitidos tais atos.

O comércio ilegal de órgãos humanos já está entre as atividades ilícitas mais lucrativas da atualidade, o que indica a necessidade de um maior debate. Por enquanto, a preocupação mostra-se inevitável, pois, se para salvarmos vidas isto significar a necessidade de vendermos órgãos, qual será o preço?

---

<sup>124</sup> SOUZA, Ricardo Timm de. *Ética Como Fundamento: Uma Introdução à Ética Contemporânea*. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2004. p. 58.