

# ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA LEI Nº 10.211/01 NA CONSTITUIÇÃO DE UM MERCADO HUMANO.

## CONTESTED ASPECTS OF LAW Nº 10.211/01 IN THE ESTABLISHMENT OF A HUMAN MARKET.

Lucas Alessandro Silva<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente artigo fará análise sobre a perspectiva do biodireito sobre a comercialização de órgãos e tecidos humanos para transplantes *inter vivos*, fato este que, apesar de ilícito perante o ordenamento jurídico vem sendo praticado e até mesmo defendido em certos discursos. Parte-se do estudo acerca dos principais dispositivos legais, no ordenamento jurídico brasileiro, como a Constituição Federal e as Leis nº 9.434/97 e nº 10.211/01, contextualizando-os segundo os princípios gerais de direito, bem como, dos valores morais e éticos imperativos na sociedade, como forma de determinar os limites da relação entre o desenvolvimento de um Mercado Humano de órgãos e a legislação vigente. Pretende-se assim, demonstrar que o desenvolvimento do comércio de órgãos para transplante entre indivíduos vivos está associado, indiretamente, com a legislação nacional, e que, em razão desta, não há controle efetivo no combate à mercantilização de órgãos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Mercado Humano; Transplante *inter vivos*; Mercantilização; Doação.

### ABSTRACT

This article will review about the perspective of biolaw on commercialization of human organs for transplants between living individuals, a fact that, although illegal towards the legal system, has been practiced and even defended in certain discourses. Begins the study of the main legal dispositions, in Brazilian legal system, such as the Federal Constitution and Law nº 9.434/97 and nº 10.211/01, contextualizing them according to the general principles of law, as well as moral values and ethical imperatives in society, in order to establish the limits of the relation between the development of a Human Market of organs and current legislation. The aim is to demonstrate that the development of commercialization of organs for transplant

---

<sup>1</sup> Mestrando (bolsista CAPES) em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná- campus Londrina/PR. Graduado em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Londrina. E-mail: lucas\_ales@hotmail.com.

between living individuals is associated indirectly with national law, and that, because of this, there is no effective control in combating commercialization of organs.

**KEYWORDS:** Human Market; Transplant between livings; Commercialization; Donation.

## INTRODUÇÃO

O desenvolvimento desenfreado de tecnologias na seara da biomedicina, a partir da segunda metade do século XX, repercutiu de modo contundente sobre o ordenamento jurídico. Isto posto, o surgimento de novos fatos desencadeou novos bens e situações jurídicas a serem tutelados pelo Estado (SILVA, 2002, p.401). Assim, o debate acerca da evolução dos mecanismos jurídicos de proteção e controle, suscita análise sobre os fundamentos do alcance prático, percebendo certos conflitos entre o *animus* do legislador e o alcance das normas no ordenamento social.

Dentre tais conflitos, a comercialização de órgãos e tecidos para transplantes *inter vivos* gera grande preocupação na área da bioética e do biodireito. Isso porque, apesar de que no ordenamento jurídico brasileiro a comercialização de órgãos para transplante seja ilegal de acordo com o § 4º do artigo 199 da Constituição Federal, tendo a tipificação do crime prevista no artigo 15 da Lei nº 9.434/97 e contrariar dispositivos do Código Civil, como os artigos 13 e 14, a promulgação da referida lei, mesmo após nova redação dada pela Lei nº 10.211/01, trouxe ao debate jurídico diversas polêmicas envolvendo dispositivos controvertidos e tidos como inconstitucionais. Dentre tais fatos, um dos que geraram maior impasse no campo doutrinário foi a permissão de doação de órgãos e tecidos para indivíduos não parentes, fato que elevou o número de transplantes *inter vivos*, mas gerou suspeitas sobre a possibilidade de doações motivadas financeiramente e não altruisticamente (PASSARINHO, et al., 2003, p.282).

Assim, com a promulgação da Lei nº. 9.434/97 esperava-se dar maior vazão à grande demanda por doações de órgãos em face da baixa oferta de doadores (CONTI, 2004, p.50), fato este inclusive, que levou à alteração de parte do texto da antiga lei pela Lei nº. 10.211/01, buscando ampliar as possibilidades de doação entre indivíduos vivos.

Neste contexto, parte-se da premissa de que, tão grave quanto o ato em si é a insegurança jurídica provocada pela controvérsia entre os avanços jurídicos de incentivo e proteção à doação, e falha dos mecanismos de controle à mercantilização ilícita. Assim, o problema se fundamenta na insegurança jurídica e no temor frente à total coisificação do

homem (DINIZ, 2008, p.323) objetivado por um mercado humano (BERLINGUER; GARRAFA, 1996, p.48).

De tal maneira, o Mercado Humano se constitui de “processos de compra e venda do corpo humano” (ibid., p.16), fundamentado através da capacidade de imposição de força de indivíduos sobre outros. Assim, compreende-se nos processos do mercado humano, por exemplo, a escravidão e o tráfico sexual. Estabelece-se assim um *locus* de compra e venda do corpo humano, atingindo cada vez mais certos limites de rompimento com o princípio da dignidade humana, levando inclusive a uma “fragmentação comercial do ser humano.” (ibid., p.17).

Diante o problema, percebe-se a existência de uma crescente generalização do mercado ilegal de órgãos, tendo por base a ineficiência dos mecanismos legais de proteção, fiscalização e legitimação, bem como, em razão de vários fatores determinantes na ordem social, em especial o fator econômico. Não obstante, é imprescindível destacar, que a simulação contratual da venda de órgãos se justifica através da adequação de princípios jurídicos e éticos de modo a buscar a legitimação na ordem social e expandir o referido mercado, marginalizando-se ao ordenamento jurídico e se esquivando dos mecanismos de controle estatal.

Pretende-se assim, demonstrar que o atual ordenamento jurídico brasileiro, na tentativa de promover e garantir maior segurança e acesso a doações de órgãos e tecidos para transplante, contribuiu indiretamente com um cenário de abertura à mercantilização clandestina de órgãos e tecidos para transplantes entre indivíduos vivos, uma vez que o Mercado Humano para transplantes se fortalece através de lacunas legais, inobservância e fiscalização de ilicitudes e, principalmente do desespero e a miséria frente à preeminência da morte, seja por questões de saúde ou econômicas.

No entanto, cabe de antemão, estabelecer um marco teórico acerca dos transplantes de órgãos e tecidos entre indivíduos vivos. Ao contrário da remoção *post mortem*, quando se trata de doador vivo o objeto a ser removido se limita a órgãos duplos (rins), órgãos regenerativos ou recuperáveis (fígado), ou ainda tecidos (medula óssea), tendo em vista o fundamento da proteção à integridade física e mental do doador (DINIZ, 2008, p.323). Assim, quando se fala em doação de órgãos e tecidos *inter vivos*, seja esta lícita ou ilícita, não há que se falar em retirada de órgãos forçada, por mais que a condição dos indivíduos na situação de venda ou compra os leve a fazê-la por fatores extremos, ou seja, o que se pretende, é analisar a compra e venda de órgãos entre indivíduos vivos, capazes e livres de contratar entre si, mesmo que ilegalmente, partes de seus próprios corpos.

## 1. DO ORDENAMENTO JURÍDICO ATUAL NO TOCANTE À ILEGALIDADE DO MERCADO DE ÓRGÃOS

No ordenamento jurídico brasileiro as primeiras manifestações legislativas no tocante às doações de órgãos e tecidos se deram a partir do ano 1963, com a Lei n.º. 4.280, que apesar de tratar apenas da possibilidade de disposição de órgãos e partes do corpo humano morto, mediante autorização escrita deixada pelo *de cuius*, ou a não oposição de familiares e entidades interessadas.

No entanto, apenas ao final da década de 70 que uma nova legislação foi redigida a fim de aprimorar a anterior, trazendo novos preceitos quanto aos requisitos para a doação, incluindo a possibilidade de disposição de órgãos *inter vivos*, etc. Esta legislação (Lei n.º. 5.479/68) torna-se imprescindível para o contexto da ilegalidade na mercantilização de órgãos e tecidos, por ter constituído o primeiro preceito jurídico quanto à indisponibilidade onerosa de órgãos e partes do corpo humano, ao estabelecer em seu primeiro artigo que: “A disposição gratuita de uma ou várias partes do corpo "post mortem", para fins terapêuticos é permitida na forma desta Lei”.

Após a sucessão de outras alterações legais, o legislador editou a Lei n.º. 9.434/97, com objetivo de proporcionar maior segurança jurídica à doação de órgãos e tecidos, bem como possibilitar o crescimento no número de transplantes e doações, entretanto, alguns pontos desta lei vieram a ser controvertidos e desaprovados, gerando a necessidade de alterações. E devido a estes fatos, veio a ser promulgada em 2001 a alteração através da Lei n.º. 10.211, no intuito de satisfazer as faltas até então conhecidas.

Dessa forma, o instituto de gratuidade na disposição de órgãos passou a vigorar, desde 1968, nas sucessivas alterações legais, seja para transplantes *post mortem* quanto *inter vivos*, tornando-se matéria de apreciação na objetivação da licitude de tais atos.

Também há de se considerar a consagração constitucional quanto a essa ilicitude, prevista no § 4º do artigo 199:

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

Assim, a gratuidade vigora enquanto princípio funcional contundente à licitude dos transplantes. No entanto, a mera estipulação legal de proibição de onerosidade não infere na

inexistência de comercialização, mas apenas na taxatividade da vedação (SILVA, 2002, p.411).

Maria Helena Diniz (2014, p.436) se prostra totalmente contra tal onerosidade em razão de transplantes, haja vista ocorrer em “pena de ferir a dignidade humana, dispor de órgãos ou tecidos humanos como se fossem mercadorias destinadas à venda, visto que tal ato equivaleria a uma coisificação do ser humano” e justifica assim, a necessidade do dispositivo legal da gratuidade em tais atos, vindo a ser considerado um ato de “grande generosidade” (CONTI, 2004, p.52) ou ainda de “caráter altruístico” (SILVA, 2002, p.402).

A dignidade da pessoa humana vem a ser, dessa forma, a cláusula geral de direito opositora ao comércio de órgãos, assegurando o “direito de se viver plenamente, sem quaisquer intervenções espúrias” (GAGLIANO; FILHO, 2010, P.65), tendo natureza de princípio, como estabelece o artigo 1º, inciso III da Constituição Federal:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

Da mesma forma que o ordenamento jurídico brasileiro estabelece esse requisito de validade, também propõe, em contramedida, a punição devida para quem pratica tal ofensa. Desse modo, os artigos 11 e seguintes da Lei n.º. 9.434/97 estabelecem sanções penais e administrativas para aqueles que incorrerem contra os dispositivos da lei. Em especial, o artigo 15 traz que:

Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano:

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

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

Incorre em crime, portanto, todo aquele envolvido direta ou indiretamente no comércio de órgãos. E assim, o artigo 15 é expressão de legitimação de ilicitude de tais atos, e por mais que existam aqueles que defendem a tese de que a venda ou a gratificação na doação de órgãos devesse ser validada no ordenamento jurídico brasileiro, a legislação atual objetiva inviabilizar o crescimento de um mercado ilegal de órgãos, bem como aumentar a doação espontânea e gratuita para transplantes.

O desenvolvimento de um mercado ilegal de órgãos torna-se uma das principais consequências do estímulo desenfreado à doação de órgãos e tecidos, e o crescimento constante das filas de espera de órgãos.

Ressalta-se também, a importância de destacar os principais aspectos da Lei nº. 9.434/97, vistos como polêmicos ou controvertidos, de modo que se perceba em que ponto influenciou no entendimento e na condição do atual estado de comercialização de órgãos e tecidos humanos.

### **1.1. ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA LEI Nº 9.434/97**

A lei nº. 9.434/97, regulamentada pelo Decreto nº. 2.268/97, veio a revogar a lei nº. 8.489/92 que abordava sobre transplantes com fins terapêuticos e científicos, trazendo assim uma abordagem mais ampla sobre a temática, com objetivo de aumentar o número de transplantes no país, e alcançar uma média equilibrada na discrepância entre a oferta de órgãos para transplante e a demanda de pacientes em filas de espera.

A Lei de Transplantes de Órgãos trouxe em seu cerne certas determinações que suscitaram críticas quanto a sua viabilidade, bem como sua eticidade. Dessa forma, tais aspectos tornaram-se polêmicos, cercados de “dilemas éticos e morais, suscitando assim manifestações da Bioética e do Biodireito” (CONTI, p.50), vindo a serem prontamente contraditados e posteriormente alterados.

O principal aspecto controvertido se fundamenta na discussão a respeito da constitucionalidade da presunção, de que todo aquele que se mantiver inerte quanto à declaração de vontade de doar órgãos, seria automaticamente doador.

Assim dispunha o artigo 4º da referida lei:

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

Desse modo, todo brasileiro que tivesse capacidade jurídica era presumidamente doador de órgãos e tecidos, proporcionando uma estatização do corpo humano como dispõe Maria Helena Diniz (2014, p.448). Assim, a lei nº. 10.211/01, buscando solucionar a referida demanda, veio a dar nova redação para o artigo 4º:

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

Nos termos da lei nº. 9.434/97, outras disposições geraram também manifestações contrárias, dentre elas, a grande maioria versava sobre a tese de que o legislador violava o

direito da personalidade, bem como da dignidade, constitucionalmente tutelados no artigo 5º (DINIZ, 2014 p.449).

Cabe enaltecer em que ponto a referida Lei de Transplantes de Órgãos pode ser interpretada como diretamente relacionada ao mercado de órgãos.

Ao ampliar os critérios que permitem a doação em vida, bem como, presumidamente estabelecer que todos brasileiros são doadores, permite-se também a ampliação de possibilidades de compra, venda e até mesmo a extração ilegal de órgãos.

Para tanto, se faz necessário distinguir os dois principais campos sob os quais esses atos ocorrem.

De um lado há compra e venda de órgãos e tecidos para transplantes *inter vivos*, na qual existem dois polos de uma relação comercial e que, muitas vezes, se mascaram com “alegações altruístas de ajuda ao próximo” (PASSARINHO, et al., 2003, p.282). Nesses termos, a lei nº. 9.434/97 ampliou as possibilidades de doações intervivos, podendo assim, como demonstram Passarinho, Gonçalves e Garrafa (ibid., p.282), dar ensejo a situações em que indivíduos mais favorecidos economicamente, e em situação clínica prejudicial, possam oferecer dinheiro a pessoas economicamente necessitadas em troca de órgãos.

Por outro lado, também se institui a possibilidade de compra e venda de órgãos *post mortem*, na qual se tem a extração ilegal de órgãos e tecidos com a finalidade de venda para pacientes necessitados, ou ainda de órgãos e tecidos retirados legalmente, porém extraviados e vendidos. Neste campo, como afirma Maria Helena Diniz (2014, p.451), a lei nº. 9.434/97 contribui indiretamente com o mercado de órgãos, pois:

com a presunção de serem doadores aqueles que não se manifestassem de modo contrário, poderia ocorrer que funcionários inescrupulosos de estabelecimentos hospitalares efetuassem a extração de órgãos de pacientes falecidos, cuja documentação pessoal não contivesse a expressão “não doador de órgãos e tecidos”.

Outros atos de má-fé poderiam ser realizados como exemplo, o diagnóstico ou confirmação fraudulenta da morte encefálica ou da parada cardíaca irreversível. Ou ainda, ingressando cada vez mais na esfera criminal, o sequestro de pessoas com fins de extração de órgãos.

O fato imperativo é que, em razão da obscuridade e ilegalidade da compra e venda de órgãos e tecidos, recai sobre o principal bem tutelado pelo ordenamento jurídico: a vida. Possibilitar que se explore de tal maneira a vida é o mesmo que coisificá-la.

De modo geral, a intenção de estabelecer uma legislação, ao mesmo tempo, consolidada sobre a temática, que promovesse o aumento no número de doadores e que

despertasse o interesse social na doação de órgãos, teve por fim grande repercussão negativa, ocasionando a necessidade de alterações através de outra legislação. A lei nº. 10.211/01.

## **1.2. DO ADVENTO DA LEI Nº 10.211/01**

A lei nº. 10.211 de 23 de março de 2001 trouxe nova redação a alguns dos pontos polêmicos da lei nº. 9.434/97, tendo por objetivo o esclarecimento das controvérsias geradas no âmbito da violação de direitos, como autonomia da vontade e personalidade, bem como almeja, através de sua nova redação, uma ampliação nas possibilidades de transplantes.

Esta lei contém apenas cinco artigos, dentre os quais, o artigo 1º traz os cinco artigos da lei nº. 9.434/97 que passaram a ter nova redação, e o artigo 4º que revoga os parágrafos 1º a 5º do art. 4º da Lei nº 9.434/97. Dentre as principais modificações promovidas pela nova legislação, se destacam duas em específico para esta pesquisa, sendo a nova redação do artigo 4º, já exposto aqui, e a do artigo 9º.

A alteração do texto legal do artigo 4º da Lei nº 9.434/97 teve por objetivo superar o dilema da doação presumida de órgãos e tecidos nos casos *post mortem*, adotando novo sistema de disposição de órgãos e tecidos. No sistema anterior, se estabelece que todo cidadão que não se manifestasse em contrário, nos termos da Lei (ou seja, por meio da manifestação de vontade, feita na Carteira de Identidade Civil ou na Carteira Nacional de Habilitação através da expressão “não-doador de órgãos e tecidos”), era presumidamente doador, tendo por base, portanto, um sistema de consentimento presumido (SILVA, 2002, p.418). Por outro lado, o sistema adotado com a nova redação legal, trouxe uma presunção negativa, ou seja, apenas através da anuência expressa, como traz o artigo 4º, “do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte” é que se pode realizar a retirada de órgãos e tecidos para transplantes.

Não obstante, fazia-se necessário um posicionamento sólido e contrário à disposição dos parágrafos 1º a 5º do artigo 4º, que tratavam da convalidação da manifestação de vontade de oposição ao ato de ser doador, realizada mediante a inscrição do termo “não-doador de órgãos e tecidos” na Carteira de Identidade Civil ou na Carteira Nacional de Habilitação, fato que veio a ser considerado discriminatório e violador de preceitos constitucionais, tal qual descreve Maria Helena Diniz:

[...] a qualificação de “não doador de órgãos” em documento de identidade pessoal constituía, na opinião de muitos, uma forma de discriminação contra aquele que não quisesse dispor de seus órgãos, fazendo com que fosse considerado desumano, egoísta,



antissocial, seja qual fosse o motivo dessa sua decisão. [...] A gravação documental da expressão “não doador de órgãos e tecidos” feria a Constituição Federal, art.5º, III e XLI, por atentar contra a intimidade e a privacidade e por levar a pessoa a sofrer tratamento degradante, sanções morais, discriminações ou, até mesmo, segregação social.” (DINIZ, 2014, p.451).

Sobre tais preceitos veio o legislador a decidir através do artigo 2º da Lei nº. 10.211/01, pela perda da validade da expressão “não doador de órgãos e tecidos” constantes em tais documentos, cessando assim a necessidade de sua inscrição e superando um dos principais pontos controvertidos da Lei nº. 9.434/97.

No tocante ao artigo 9º tinha-se que era “permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos ou partes do próprio corpo vivo para fim de transplante ou terapêuticos” (Lei nº. 9.434/97). Tal disposição foi criticada tendo em vista o impasse sobre a figura do paciente-receptor dos órgãos e tecidos, uma vez que, não fica clara a possibilidade de liberdade de escolha sobre quem os receberá, ou ainda, se o receptor estaria em lista única de espera e, se estivesse se haveria de respeitar a ordem. Apesar do Decreto nº. 2.268/97, que regulamenta a referida lei, dispor em seu artigo 15, parágrafo 4º:

[...] o doador especificará, em documento escrito, firmado também por duas testemunhas, qual tecido, órgão ou parte do seu corpo está doando para transplante ou enxerto em pessoa que identificará, todos devidamente qualificados, inclusive quanto à indicação de endereço.

Desse modo, considerando o silêncio da lei e o acréscimo do Decreto, entende-se subjetiva a interpretação necessária em tal empreitada, de forma que, possa-se até conceber (SILVA, 2002, p.429) que a possibilidade de doação *inter vivos*, para pessoa determinada, independente de sua posição na ordem da lista única de espera, encontra-se implícita.

A lei nº. 10.211/01 veio, portanto, a conferir novo significado ao texto do artigo 9º, dispondo o seguinte:

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

Estabelecendo assim, a ampliação de destinatários a quem se pode doar, o “legislador expressamente permitiu a doação em vida de forma dirigida” (SILVA, 2002, p.430), solidificando seu posicionamento, e almejando, através de tal permissão, o incentivo para que mais pessoas se tornem doadores, e conseqüentemente, se alcance números mais elevados de doações efetivadas no país.

Contudo, um dos pontos importantes a se destacar quanto a essa alteração, é o de que se tal dispositivo por si só garante sua inviolabilidade, ou seja, partindo-se da premissa de que

o único requisito para a doação de órgãos e tecidos intervivos não-parentes é a autorização judicial, seria possível que a compra e venda de órgãos poderia se mascarar (PASSARINHO, et al., 2003, p.282) de uma legalidade fundamentada no altruísmo e na generosidade?

Há de se considerar que a ampliação das possibilidades de doação de órgãos e tecidos, *inter vivos*, garantiu a oportunidade para que muitos transplantes fossem realizados a partir da possibilidade de se doar de forma mais direta e simples, tendo em vista, o contato direto entre doador e receptor.

No entanto, “a exigência de autorização judicial para transplantes entre não parentes deveria criar mais um obstáculo ao comércio de órgãos, considerado crime no Brasil” (ibid., p.282), mas não se pesa para tanto, o que se passa além da autorização judicial, ou seja, na relação entre doador e receptor, sejam aparentados ou não, não sendo possível conhecer os limites da generosidade e altruísmo, de forma que a manifestação de livre vontade e esclarecimento seja suficiente para a crença da bondade em seus atos. E o que se destaca, portanto, é que essa relação pode ser facilmente dissimulada.

Dessa forma, as arguições de altruísmo que fundamentam a doação, poderiam facilmente acobertar uma intenção de compra e venda, como no exemplo que se segue:

o doador, em face da premente necessidade financeira, e o receptor, fragilizado pela proximidade da morte, encontram-se em situação de vulnerabilidade. É questionável se a legislação brasileira é suficientemente forte no sentido de proteger esses vulneráveis das circunstâncias presentes. (ibid., p.283).

Se por um lado o legislador buscou, ao mesmo tempo, o incentivo às doações e a segurança jurídica desse ato, por outro, os meios e os instrumentos pelos quais a doação se realiza ainda viabiliza o comércio de órgãos. Portanto, se faz necessária uma análise mais detalhada sobre esse *locus* em que os transplantes ocorrem, bem como, a partir do entendimento de seu conceito e suas peculiaridades, também será possível analisar o *locus* em que o comércio de órgãos e tecidos ocorre.

## **2. DO MERCADO HUMANO E DO COMÉRCIO DE ÓRGÃOS**

Um dos princípios fundamentais para a doação de órgãos e tecidos, e talvez o mais elementar para a discussão, trata-se do *animus donandi*, que é a, grosso modo, a vontade de doar que se justifica por si só, desinteressada.

No entanto, há de se considerar, como já exposto até aqui, que nem sempre os motivos que justificam a doação de órgãos se pautam pela vontade de fazer o bem ao próximo e ocorrem, às vezes, segundo manifestações de exploração e desigualdade entre as partes.

Como expõem Berlinguer e Garrafa, por exemplo, destacam-se cinco formas principais de se obter órgãos e tecidos para transplantes *inter vivos*: “a) doações de parentes; b) doações de pessoas ligadas emocionalmente ao receptor; c) doações com fins altruísticos; d) doações remuneradas; e) comércio agressivo.” (1996, p.84). De tal maneira, existem três formas, *a*, *b* e *c*, nas quais a doação ocorre de maneira espontânea, justificada e legitimada, juridicamente e socialmente. Por outro lado, tanto a doação remunerada quanto o comércio agressivo tratam de formas polêmicas, controversas e injustas.

Estas duas formas de “doação” *inter vivos*, ao mesmo tempo em que partem de princípios que transgridam a ética, a justiça e os valores sociais, também alcançam cada vez mais adeptos, que por sua vez justificam tais medidas como sendo não apenas plausíveis como também necessárias.

As principais justificativas que defendem essas hipóteses partem, em princípio, de três áreas: jurídica, social e científico. O que não desconsidera o campo da ética e da moral, que por sua vez, é interessante analisar em comparação com os três principais.

Na seara jurídica, apesar da ilicitude do comércio de órgãos e tecidos para transplante *intervivos*, ou da doação remunerado, percebe-se que estes se camuflam sob aspectos contratuais, valendo-se subjetivamente, e às vezes objetivamente, de princípios como: autonomia da vontade ou consensualismo; liberdade individual; obrigatoriedade da convenção. Assim, esses atos incorporam erroneamente uma aplicabilidade mercantil juridicamente possível, inclusive por possuírem os requisitos necessários para o plano de existência de um contrato: manifestação de vontade; agentes; objeto da relação obrigacional; forma (GAGLIANO; FILHO, 2010, p.54), não havendo, no entanto os requisitos necessários para o plano de validade.

Considerando a gratuidade como outro elemento fundamental às doações, não há que se falar na disponibilidade do corpo humano mediante lucro, prêmio ou bonificação. Toda forma de doação, tendo partindo da autonomia da vontade ou da liberdade individual como justificativas, que possibilitar auferir uma renda como contraposta, por si só já está contravertida, pois o a doação de órgãos *inter vivos* deve ser inteiramente livre. Sendo um ato livre, não como se falar em qualquer forma de obrigação ou contraprestação frente à doação. Como afirma Andrew Vargas (2001, p.200), “mesmo que se possam justificar as doações de um órgão vivo, mostrando que isto está de acordo com a realidade da verdadeira natureza

humana, não podem encontrar razões suficientes ou provar que isso seja obrigatório”, assim sendo, a manifestação de vontade deve estar pautada na liberdade, mas essencialmente ligada ao altruísmo.

No campo científico, encontram-se fundamentos pautados no descobrimento e desenvolvimento de tecnologias de melhoramento da saúde e prolongamento da vida, relacionando assim, a retirada de órgãos e tecidos para transplantes com os avanços científicos na medida em que esses:

progressos científicos que permitem a remoção, a modificação, a transferência e o uso, em benefício de outras pessoas (sobretudo por motivos de saúde, mas não somente por essa razão) de partes separadas do corpo humano, de gametas, de embriões. (BERLINGUER; GARRAFA, 1996, p.14).

Dessa forma, se projeta uma nova concepção do corpo humano, na qual se tem destaque à “fragmentação comercial do ser humano” (ibid., p.17), sendo possível repor “partes” danificadas, seja através da doação ou da compra, justificando-se assim, o fundamento de que a abertura à possibilidade de compra e venda permitiria um prolongamento da vida humana.

É, porém, no campo social que se encontram as justificativas mais contrastantes na contemporaneidade. Parte-se nesta, da relação entre indivíduo e sociedade, arguindo-se os elementos que constituem a relação daquele para o bem estar social. De modo geral, esses fundamentos partem de que, hodiernamente, as consequências do capitalismo no mundo globalizado atingiram níveis críticos de desigualdade social, elevando as dicotomias a verdadeiras segregações. Assim, justificam-se as doações remuneradas ou as retiradas agressivas, como meio de subsistência pessoas que de outra maneira não teriam como sobreviver. Tal qual o exemplo atual, e legal em certos países, do pagamento pelas doações de sangue.

Contudo, esse fundamento se contrasta objetivamente com a exploração social, pois se traveste de aspectos mercadológicos capitalistas, nos quais a coisificação do ser humano, que por si só já vem sendo um dos grandes debates dos últimos séculos pela venda de mão de obra, agora busca a legitimação para a venda de partes do homem. Assim se contrastam os aspectos mercantis:

O comércio de órgãos com objetivo de transplante é geralmente defendido por uma expressão emprestada pela da linguagem comercial: existe um desequilíbrio crescente entre a demanda e a oferta, entre a requisição de órgãos e a sua disponibilidade imediata. Em consequência, é preciso escolher: *to buy or to die*. Comprar ou morrer. (ibid., p.127).

Sob este ponto de vista, justifica-se que a doação de órgãos viria a ser vantajosa tanto para o doador-vendedor como para o receptor-comprador.

No entanto, todas as justificativas aqui expostas, se contrapõem com os princípios éticos.

A necessidade de elevar o número de doadores é uma preocupação mundial, no entanto, a que preço?

Permitir a compra e a venda, retirando-a da clandestinidade, poderá promover indiretamente o prolongamento da vida humana, porém, fundado na morte de tantos outros que se submeterão à comercialização de órgãos como forma de subsistência e auferimento de lucro. Bem como, se legitimará a exploração de determinadas regiões, muitas já existentes como ocorre, por exemplo, com a Índia, tornando-se um *locus* de busca por “matéria-prima” humana.

Outras possibilidades podem surgir da comercialização, independentemente de sua legalização, tal qual descreve Maria Helena Diniz (2014, p.448), como exemplo, o desestímulo à doações altruísticas; a quantificação de uma valor para o corpo humano; o estímulo a guerras e crimes com intuito de obter órgãos, dentre outras possibilidades que, em suma, substituem a dignidade humana por valores econômicos.

Portanto, por mais que existam justificativas largamente apoiadas, seja no contexto médico, jurídico ou social, é inegável o prejuízo que traria para a sociedade brasileira, se fosse legalizada sua comercialização. Mas nem por isso cabe opor as duas perspectivas principais, de legalização ou manutenção de estado de ilicitude, como se delas fosse possível extrair uma resposta prática à crise de doações de órgãos *inter vivos*. Pelo contrário, devem-se abordar outras medidas como forma de experimentar a possibilidade de desenvolvimento científico, mantendo-se intangível a lesão à dignidade humana.

Dentre tais possibilidades, as que mais se destacaram no histórico da evolução científica dos transplantes, tratam-se: da utilização de órgãos, no todo ou em parte, e tecidos, de animais, cientificamente chamado de xenotransplante; ou da utilização de próteses ou dispositivos mecânicos de substituição de órgãos ou auxílio no funcionamento destes, como no caso dos corações artificiais ou dos olhos biônicos.

Um exemplo destes posicionam-se Berlinguer e Garrafa:

[...] caso se tratassem de próteses produzidas artificialmente, não existiriam problemas morais; pelo contrário, este é um dos casos no qual o progresso técnico-científico pode ter um mais elevado grau ético, impulsionando a superação de deficiências manifestadas no nascimento ou que surgem posteriormente. (1996, p.52).

Nesses casos, mesmo havendo a substituição de partes do corpo por objetos inanimados ou órgãos de outros animais, não há que se falar na perda da dignidade humana ou na fragmentação do ser, fatos que só ocorrem a partir da quantificação do valor do ser que reduz a condição humana ao status de coisa, como ainda dispõem os autores:

mas visto que fala-se de órgãos como produtos humanos, não pode ser aceita a analogia com o automóvel. As suas partes de reposição são produzidas em série na fábrica, partindo de materiais biologicamente inertes, sem vida, enquanto a eventual proposta de empregar alguns indivíduos da nossa espécie à produção de peças para reposição, utilizáveis por outros, provocaria uma justa perplexidade em nível moral. (Ibid., p.52).

Cabe afirmar, portanto, que mesmo em vista de ser uma conduta por muita aceita, as consequências do comércio de órgãos são irredutivelmente reprováveis em especial no campo ético, que permeia e exerce função delimitadora dos outros campos. *A priori*, talvez a melhor maneira de abster-se de condutas que propiciem a compra e a venda de órgãos, seja adotar a ideia pura da doação, sem qualquer manifestação de vantagem ou auferimento de lucro, partindo-se apenas do altruísmo e da solidariedade.

### **3. DA CONJECTURA DA INCIDÊNCIA DA LEI Nº 10.211/01 NO DESENVOLVIMENTO DO MERCADO ILEGAL DE ÓRGÃOS E TECIDOS**

Considerando a perspectiva até então exposta sobre a legislação de Transplantes de Órgãos e Tecidos, perpassando por seu desenvolvimento através de sucessivas alterações, bem como apresentando os aspectos mais polêmicos e debatidos, e da mesma forma, expondo a existência de um mercado de órgãos e tecidos para transplantes, ainda se faz necessário interseccionar os dois polos em discussão, com intuito de demonstrar os limites da relação entre ambos na legislação brasileira.

Como se fez claro, a lei nº. 9.434/97 foi cercada de polêmica e questões tidas por contraditórias, tendo sido contundente para a alteração do texto normativo através da lei nº. 10.211/01, que trouxe nova redação sobre tais aspectos.

No entanto, tendo já sido exposto os principais aspectos debatidos sobre as duas leis, bem como as bases elementares no ordenamento jurídico sobre doação de órgãos e tecidos, ainda resta visualizar se há ou não relação direta entre o atual texto normativo e as práticas do comércio de órgãos, ou seja, será que o ordenamento atual favorece, ou de alguma forma, ignora a existência dessas práticas ilícitas?

Existem diversos posicionamentos sobre esta questão, mas antes de adentrá-la se faz importante recorrer à possível relação entre Lei nº. 10.211/01 e o comércio de órgãos.

Como visto, há apenas duas questões controvertidas da lei n.º.9.434/97 foram suprimidas, sendo uma relativa à presunção de doação de órgãos, abandonando o sistema de presunção positiva e; outra, relativa à normatização da ampliação dos agentes doador-receptores, permitindo a partir de então que a doação, de órgãos dúplices, parte de órgãos ou tecidos, entre indivíduos vivos se estendesse para não parentes, desde que com a devida autorização legal.

Dentre os dois aspectos, nenhum fere diretamente os fundamentos que permeiam o sistema de doação de órgãos, por não ferir princípios como o da dignidade da pessoa humana, indisponibilidade do corpo, ou ainda o requisito da gratuidade. Contudo, indiretamente, são considerados por célebres autores como condicionantes de um estado crítico de venda de órgãos.

Maria Helena Diniz defende em seu posicionamento que se a lei de transplante de órgãos e tecidos voltasse a limitar a doação apenas a parentes, como faziam as leis anteriores, e contasse ainda com a necessidade de autorização judicial, poder-se-ia evitar o desenvolvimento do mercado de órgãos, bem como as consequências deste, retomando para a doação seu sentido puro de altruísmo (2014, p. 449).

No mesmo sentido, Volnei Garrafa, Maura Gonçalves e Lúcia Passarinho, apresentam que, a partir da ampliação dos critérios da doação, permite-se, inevitavelmente, a possibilidade de explorações, por parte de pessoas mais abastadas financeiramente e em estado de fragilidade física em face de potenciais doadores com necessidades financeiras. Apontam ainda ser “questionável se a legislação brasileira é suficientemente forte no sentido de proteger esses vulneráveis das circunstâncias presentes.” (PASSARINHO, et al., p.283). Os autores apresentam em seu trabalho uma pesquisa referente à análise de dados da ABTO – Associação Brasileira de Transplante de Órgãos, na qual se percebe que o número de transplantes renais *inter vivos* elevou-se a partir do triênio 1998 a 2000 em função, principalmente, de a legislação anterior ampliar certos critérios de doação e, da mesma forma, é possível perceber que tal crescimento foi contínuo, elevando ainda mais sua margem após a redação da lei n.º. 9.434/97 ter sido alterada.

Por outro lado, existem hipóteses que afirmam que, por ser a compra e venda de órgãos algo anterior às referidas leis, e serem praticados concomitantemente com os desenvolvimentos científicos sobre transplantes, não cabe inferir se a lei n.º. 10.211/01 tem influência direta, ou mesmo indireta, sobre tal ilicitude.

Em amplo espectro, talvez o posicionamento mais assertivo a se tomar é o de conceber a atual legislação como correspondente justa das práticas de transplantes, não

havendo aspectos controvertidos ou contraditórios, mas ao mesmo tempo, não tendo alcançado o objetivo almejado de equilíbrio de números entre doadores-receptores. O fato é que, não cabe responsabilizar o legislador pelo desenvolvimento de mercados de órgãos, uma vez que já existe a proibição expressa contra tal ato, bem como princípios que legitima a doação como sendo altruísta, e não lucrativa.

Caberia, no entanto, responsabilizar os entes federativos nos limites de ações de incentivo e informação ao transplante de órgãos, bem como ao desenvolvimento do setor médico-hospitalar como forma de possibilitar que a doação de órgãos e tecidos para transplantes não seja apenas ampliada, mas também efetivada, uma vez que de nada adianta o interesse e a manifestação de vontade populacional sem os meios necessários para sua realização.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Através da análise da legislação de Transplantes de Órgãos no Brasil, leis nº 9.434/97 e nº 10.211/01, foi possível observar os principais pontos polêmicos e controvertidos, tidos como violadores da Constituição Federal e de princípios jurídicos e éticos. A partir dos principais elementos analisados e contestados, por exemplo, a presunção de doação de órgãos, a polêmica ampliação do rol de sujeitos doadores e receptores para transplantes *Inter vivos*, foi possível estabelecer uma relação entre o *animus* do legislador em para com as críticas ao sistema de doação de órgãos.

Apesar de estar prevista no ordenamento jurídico a proibição de qualquer ato de retirada, venda, compra ou doação de partes do corpo, com finalidade onerosa, violando assim, cláusulas gerais da Constituição Federal, como o direito de personalidade, o princípio da dignidade humana e, princípios éticos e morais, tem-se que o mercado humano de órgãos fere contundentemente todo o ordenamento jurídico.

No entanto, ainda que a previsão de sua ilicitude seja expressa, sua prática e desenvolvimento são contínuos, levando a crer que existem outros empecilhos que ferem o sistema normativo. Em meio a tais obstáculos destacaram-se, por exemplo: a falta de informação quanto às formas de doação, bem como, à generosidade inerente a tal ato; a agressividade do sistema econômico capitalista (que leva a uma sociedade opressora e promotora de desigualdades e exploração, na qual indivíduos se predispõem a cometerem atrocidades pela preservação da vida por dinheiro); a decadência do sistema público de saúde, bem como da falta de incentivos também para o setor privado, entre outros.



Considera-se assim, que os elementos constitutivos do Mercado Humano são muitos e, até certo ponto, imperceptíveis ou de difícil análise, tendo em vista estarem enraizados na sociedade por meio do senso comum, ou até mesmo em bases científicas.

Portanto, se faz necessário maior estudo sobre o mercado humano, bem como, sobre suas perspectivas fundantes e garantidoras, para assim compreender outros motivos que levam indivíduos a comercializarem parte de seu próprio corpo, de modo que, o progresso na luta pela desestruturação do mercado humano deve ser contínuo, por meio de ações estatais, ou de maior rigidez no sistema legislativo.

Por fim, se destaca que, hodiernamente, a lei nº 10.211/01 não promove ou favorece intencionalmente, ou diretamente, a comercialização de órgãos e tecidos para transplantes, mas, como parte da doutrina defende, contribui indiretamente tendo em vista a falta de rigidez normativa, ou da ineficácia dos meios de controle e informação, permitindo a subversão de valores, necessitando assim, que sejam mais efetivos.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos (ABTO) – **Dimensionamento dos Transplantes no Brasil e em cada estado (2006-2013)**. Disponível em <[http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/RBT/2013/rbt2013-parcial\(1\).pdf](http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/RBT/2013/rbt2013-parcial(1).pdf)>. Acesso em: jul.2014.

BERLINGUER Giovanni; GARRAFA Volnei. **O mercado humano: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo**. 1ª ed. Brasília: Editora UnB, 1996.

BRASIL. **Código Civil (2002)**. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, de 11 de janeiro de 2002.

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.479, de 10 de Agosto de 1968. Dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes de cadáver para finalidade terapêutica e científica, e dá outras providências. Publicado no **Diário Oficial da União** 14 de agosto de 1968.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Publicado no **Diário Oficial da União** de 5 de fevereiro de 1997.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.211, de 23 de março de 2001. Altera dispositivos da Lei nº9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano

para fins de transplante e tratamento. Publicado no **Diário Oficial da União** de 24 de março de 2001, edição extra.

CONTI, Matilde CarneSilabe. **Biodireito: a norma da vida**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 9ª. ed. ver., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil, Vol. IV: contratos - Tomos I: teoria geral**. 6ª. ed. Ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

PASSARINHO, Lúcia Eugênio Velloso; GONÇALVES, Maura Pedroso; GARRAFA, Volnei. Estudo Bioético dos Transplantes Renais com Doadores Vivos não Parentes no Brasil: a Ineficácia da Legislação no Impedimento do Comércio de Órgãos. In: Nilson Giraldi; Volnei Garrafa; José Eduardo de Siqueira; Leonardo Prota. (Org.). **Bioética - Estudos e reflexões 4**. 1ª. ed. Londrina: CEFIL, 2003, v. 1, p. 281-299.

SILVA, Rodrigo Pessoa Pereira da. Doação de órgãos: uma análise dos aspectos legais e sociais. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Org.). **Biodireito**. 1ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 399-437.

VARGAS, Andrew C. **Problemas de bioética**. Traduzido por Pe. Guido Edgar Wenzel, S.J. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2001, p.189-204.