



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

JEREMIAS ARONE DONANE

**TRÁFICO DE ÓRGÃOS HUMANOS E A TUTELA LEGAL: UMA
PERSPECTIVA LUSO-MOÇAMBICANA**

Salvador

2020

JEREMIAS ARONE DONANE

**TRÁFICO DE ÓRGÃOS HUMANOS E A TUTELA LEGAL: UMA
PERSPECTIVA LUSO-MOÇAMBICANA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós- Graduação em Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração em Direitos Fundamentais e Justiça.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Mônica Neves Aguiar da Silva

Salvador

2020

Dados internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D676 Donane, Jeremias Arone
Tráfico de órgãos humanos e a tutela legal: uma perspectiva luso-
moçambicana / por Jeremias Arone Donane. – 2020.
115 f.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Mônica Neves Aguiar da Silva.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de
Direito, Salvador, 2019.

1. Tráfico de órgãos. 2. Transplante de órgãos, tecidos, etc. 3. Tutela legal. I.
Silva, Mônica Neves Aguiar da. II. Universidade Federal da Bahia - Faculdade
de Direito. III. Título.

CDD – 344.04194

AGRADECIMENTOS

Antes de 2018, tomei por iniciativa pessoal, a decisão definitiva de que iria pesquisar o tema em causa, a razão fundamental incidiu sobre o aumento gradual do crime de tráfico ao nível da CPLP. Do mesmo modo, a temática serviria de alicerce para fortalecer a visão global, ainda com minudências, sobre o tráfico, muito embora as barreiras e constrangimentos da pesquisa *in locu*. Assim, só me foi possível ultrapassar os variados entraves dando início a disquisição até chegar ao fim da linha, e dar este trabalho como parcialmente finalizado.

Nessa perspectiva, esse exercício só me foi possível devido aos grandes apoios institucionais, familiares que nunca me faltaram, e aos apoios pessoais dedicados e empenhados, que me cumpre agradecer.

O meu particular agradecimento vai a Deus pelo dom de vida, à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia UFBA, instituição na qual me integro enquanto estudante e pesquisador, e, sem a qual, parte integral dessa realização não seria possível. Gratidão, pela imensurável experiência que me proporcionou durante os momentos da caminhada académica, Brasil tornou-se a terra que justifica todas as loas desde há muito entoadas em prosa e verso. Muito obrigado pelos prestimosos amigos e colegas adquiridos durante o nível de mestrado.

A Prof. Dra Mônica Aguiar da Silva agradeço o fato de ter aceite ser a orientadora, bem como, por tudo o que me ensinou desde o primeiro contato, quando tive a sorte de me cruzar com uma inovadora “cadeira” Estatuto Epistemológico da Bioética, e que foi o princípio de uma longa aprendizagem partilhada naquele processo de ensino, da qual tive prazer de lecionar em sede do tirocínio docente, pelo que serviu de maior estímulo pela disciplina, cujo traços foram integrados no presente trabalho. A prof. Dra Auxiliadora Minahim, pelas críticas e subsídios. Obrigado pela paciência e pedidos incomuns. Desejo-vos uma longa e profícua carreira tanto académica e pretoriana.

A Raquel Cardoso Donane e Clainte Donane, minha esposa e filho, prometo fazer diferente no futuro pelo tempo que estive forçadamente ausente. Igualmente devo agradecer pela sua compreensão e seus constantes encorajamentos, amos-vos incondicionalmente. Não posso colocar-me em silêncio ao apoio dos meus pais Arone Donane e Rotafina Massada, incluindo a dona Bendita Punguane, minha sogra, pelos preciosos subsídios durante minha ausência. Dona Rotafina, sua força e coragem face às adversidades da vida são para mim a fonte de inspiração que sempre permanecera.

JEREMIAS ARONE DONANE

**TRÁFICO DE ÓRGÃOS HUMANOS E A TUTELA LEGAL: UMA
PERSPECTIVA LUSO-MOÇAMBICANA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, área de concentração Direitos Fundamentais e Justiça.

Aprovada em ____ de _____ de 2020.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dra. Mônica Neves Aguiar da Silva – Orientadora Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo Universidade Federal da Bahia.

Prof. Dra. Auxiliadora Minahim Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia Universidade Federal da Bahia

Prof. Dra. Jessica Hind Ribeiro Costa Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia Universidade Católica do Salvador

"On ne se baigne jamais deux fois dans le même fleuve. " – **Héraclite d'Ephese.**

TRÁFICO DE ÓRGÃOS HUMANOS E A TUTELA LEGAL: UMA PERSPECTIVA LUSO - MOÇAMBICANA

RESUMO

A presente dissertação tem carácter teórico exploratório, visando apresentar uma proposta de combate ao tráfico de órgãos humanos na Comunidade dos Países da Língua Portuguesa, especificamente Moçambique, Angola, Brasil e Portugal. O transplante de órgãos representa um milagre do século, sendo, deste modo, imprescindível na cura de inúmeras patologias, contribuindo significativamente para o quadro clínico geral e a devolução da esperança dos pacientes. Para tanto, propõe-se a conscientização para doação *inter-vivos ou post mortem*, mediante os princípios de gratuidade, anonimato, com o pretexto de minorar os efeitos causados pelo tráfico ilegal de órgãos humanos. O descaso institucional sobre o edifício que sustenta a mercantilização de órgãos, permite a proliferação no mercado negro e um acentuado desvalor a dignidade da pessoa humana. O aumento exponencial de casos de tráfico de órgãos pelo mundo, é um potencial exemplo de exiguidade de políticas conjuntas arrojadas, capaz de quebrar o cordão umbilical da psicologia dos criminosos e seus modus operandis. Neste sentido, com tamanha a escassez de órgãos, urge de imediato a consciência de doação voluntária, buscando quebrar todos mecanismos que interferem na dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Transplante de órgãos, tráfico de órgãos, dignidade da pessoa humana.

TRAFFICKING IN HUMAN ORGAN AND LEGAL GUARDIANSHIP: A LUSO - MOZAMBICAN PERSPECTIVE

ABSTRACT

This dissertation has an exploratory theoretical character, aiming to present a proposal to combat the trafficking of human organs in the Community of Portuguese Speaking Countries, specifically Mozambique, Angola, Brazil and Portugal. Organ transplantation represents a miracle of the century, being, therefore, essential in the cure of numerous pathologies, contributing significantly to the general clinical picture and the return of hope to patients. To this end, it is proposed to raise awareness for inter-vivo or post mortem donation, through the principles of gratuity, anonymity, with the pretext of mitigating the effects caused by the illegal trafficking of human organs. The institutional disregard for the building that sustains the commodification of organs, allows the proliferation in the black market and a marked devaluation of the dignity of the human person. The institutional disregard for the building that sustains the commodification of organs, allows the proliferation in the black market and a marked devaluation of the dignity of the human person. The exponential increase in cases of organ trafficking around the world is a potential example of the meagerness of bold joint policies, capable of breaking the umbilical cord of the psychology of criminals and their modus operandis. In this sense, with such a shortage of organs, there is an immediate awareness of voluntary donation, seeking to break all mechanisms that interfere with the dignity of the human person.

Keywords: Organ transplantation, organ trafficking, human dignity.

LISTA DE ABREVIATURAS

CPLP	Comunidade dos Países da Língua Portuguesa
UNESCO	Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura
OMS	Organização Mundial da Saúde
OIT	Organização Internacional de Trabalho
SDN	Sociedade das Nações
OUA	Organização da Unidade Africana
UA	União Africana
DUBDH	Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
UNICEF	Fundo das Nações Unidas para a Infância
TADHP	Tribunal africano dos Direitos Humanos e dos Povos
CIOMS	Conselho para Organização Internacional de Ciências Médicas
ONG	Organizações Não-Governamentais
TSH	Tráfico de Seres Humanos
TP	Tráfico de Pessoas
WHA	Assembleia Mundial da Saúde
PALOP	Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa
PNCTSH	Plano Nacional Contra Tráfico de Seres Humano

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 ABORDAGENS CIENTÍFICAS À TEMÁTICA DO TRÁFICO DE ÓRGÃOS HUMANOS	15
INTRODUÇÃO.....	17
2.1 Enquadramento Jurídico Internacional Do Tráfico De Órgãos Humanos	20
2.1.1 A Diversidade De Abordagens Relacionadas ao Tráfico De Órgãos	23
2.2 Sugestão Principlista: Uma Análise Necessária e Pontual	24
2.2.1 DA INDISPONIBILIDADE E INALIENABILIDADE DO CORPO	31
2.2.2 Dignidade Da Pessoa Humana Na Declaração Universal Sobre Bioética e Direitos Humanos	33
2.2.3 Biodireito Nas Pesquisas Com Seres Humanos	36
2.3 Análise Genérica Do Tráfico De Órgãos Humanos No Mundo	38
2.3.1 Considerações Gerais Na luta Contra o Tráfico De Órgãos Humanos	39
2.3.2 FUNDAMENTO CONTRA A COMERCIALIZAÇÃO DE ÓRGÃOS HUMANOS: EXPLORAÇÃO DA VULNERABILIDADE HUMANA	40
2.3.3 Fundamento ético	45
2.3.4 Fundamento Religioso	45
2.3.5 Fundamento Económico	46
2.4 Dimensão Jusfilosófica Da Não Comercialização De Órgãos	47
3 ENQUADRAMENTO DE TRÁFICO E TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS EM DIFERENTES DOMÍNIOS DA BIOÉTICA	48
3.1 Definição do conceito de transplante	52
3.1.2 Modalidades de transplante	53
3.1.3 Transplantes de órgãos e tecidos <i>inter vivos</i> e <i>post mortem</i>	56
3.1.4 Fundamentos Da Gratuidade na Doação De Órgãos Humanos	59
3.1.5 Encadeamentos Éticos Na Doação de Órgãos <i>post mortem</i>	59

3.2 A Autonomia Do <i>de cuius</i> a Bioética Da Permissão e s Estranhos Morais	61
3.2.1 Doação <i>post mortem</i> : a Reflexão Dos Princípios vs Questão De Integridade Corporal	64
3.2.2 Tutela da Personalidade Humana <i>post-mortem</i>	65
4 Dos Princípios Bioéticos a Biodireito – Um Olhar Objetivo Sobre o Âmbito da Atividade Médica.....	65
4.1 O Princípio Da Autonomia	27
4.1.1 Não-Maleficência	28
4.1.2 Beneficência	29
4.1.3 Justiça	29
5 A Doutrina Do Consentimento Informado (<i>informed consent</i>) e Seus Dilemas Nos Ordenamentos Jurídicos: brasileiro e Português Soluções a Luz Dos Princípios	67
5.1 Dignidade Humana Na Doutrina Do Consentimento Informado	70
5.1.2 Termo De Consentimento Livre e Esclarecido: O Conteúdo Concreto Em Sua Elaboração	72
5.2 Uma Perspectiva Solidária, altruísta, Gratuita e De anonimato Guiada Pelas Exigências Da Saúde Pública	74
5.2.1 a Relação Médico-Paciente e Impacto Real Dos Princípios Éticos na Confrontação a Realidade Clínica	75
5.3.2 Litígios Emergentes e Desconforto Na Relação Médico-Paciente	77
5.2.2 Percepções Conflitantes Nos Transplantes De Órgãos	80
5.2.2 A Responsabilidade Civil Do Médico Nos Transplantes de Órgãos	83
5.3 Diretrizes No Âmbito Internacional Sobre Doação De Órgãos e Transplantes Regulamentação Da ONU e Da OMS	84
5.3.1 Protocolo adicional à Convenção Sobre Direitos Humanos e Biomedicina Sobre Transplante de Órgãos e Tecidos de Origem Humana	87
5.3.2 Regulamentos Transnacionais: O Conselho da Europa	88
5.3.3 As Medidas de Proteção e Assistência às Vítimas de Tráfico no Direito Internacional e Nacional	89

5.4 a Cooperação ao Nível Interno/Internacional e Dos Estados Membros da CPLP No Combate ao Tráfico de Órgãos Humanos	91
5.4.1 A ANÁLISE DO TRÁFICO DE ÓRGÃOS E DOAÇÃO AO NÍVEL DA LUSOFONIA	93
5.4.2 Moçambique	93
5.4.3 Contexto Sócio – Cultural	95
5.4.4 Enquadramento Jurídico Nacional	96
5.5 Angola Contexto Sócio – Cultural e Jurídico	97
5.5.1 Enquadramento Jurídico Nacional	99
5.5.2 A lei 9.434/97 – Ordenamento Jurídico Brasileiro	100
5.5.3 Fundamento do Consentimento na Doação de Órgãos no Território Brasileiro	101
6 Portugal- Doação de Órgãos na Legislação Portuguesa	102
CONSIDERAÇÕES FINAIS	106
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	108

1 INTRODUÇÃO

O direito à vida é o pressuposto básico para a materialização dos demais direitos consagrados em diplomas nacionais e internacionais. Nesses termos, o direito à vida por representar um castiçal de valor inestimável, deve ser olhado como uma usina para coroar o princípio da dignidade da pessoa humana - inerente aos cidadãos, sem qualquer exceção. A narrativa de proteção dos direitos fundamentais face às ameaças causadas pelo desenvolvimento científico e biotecnológico, ganha cada vez mais atenção na literatura jurídica, permeando novas reflexões jurídicas em decorrência da exposição biotecnológica em que o ser humano está diametralmente sujeito.

Evidencia-se, que diante das milagrosas descobertas oxigenadas pela pesquisa científica na contemporaneidade, exige-se uma nova postura aos profissionais de direito, médicos, eticistas, filósofos, biólogos, etc. O respeito pela ontologia do objeto - o direito à vida, coloca-os num impulso particularmente reacionário no desenvolvimento de novas ações concretas na proteção dignidade humana, especialmente aos sujeitos mais vulneráveis da sociedade, por serem pessoas visivelmente expostas pela tendência das tecnologias biomédicas.

Entretanto, o Direito Internacional da Bioética, confirma a hipótese de dar contributo à proteção da pessoa humana por tomar sobre si condições protetoras e instrumentos que amplificam marcos regulatórios aos estados. Por conseguinte, esse repertório corporifica um conjunto heterogêneo de padrões legais, princípios éticos, procedimentos e direitos que promovem um sistema flexível com vocação universal e objetiva, regulando práticas sociais vinculadas às ciências biotecnológicas.

Diante de todo exposto, o tráfico de órgãos humanos tem sido uma preocupação atemporal, que compreende-se na atualidade como um terreno em progressiva expansão (HANSER, 2015, p. 103)¹, cuja velocidade impõe ir ao fundo, com o pretexto de romper o terror psicológico que vem causando vítimas de milhões de famílias. Partindo dessa premissa, sabe-se porém, que o tráfico de órgãos humanos, dentre as várias finalidades, está a remoção de órgãos para

¹As principais atividades ilícitas o Crime organizado transnacional, dado que circulam a maior quantidade de dinheiro e repercutem em violência, são o tráfico transnacional de drogas, armas e pessoas, ainda que uma variada gama de atividades ganhe atenção destes grupos a cada ano, tais como o contrabando de arte, o tráfico de órgãos, a falsificação de músicas e roupas, o contrabando de animais, plantas e outros crimes ambientais entre tantas outras atividades.

transplante, muito embora, no continente africano em particular, a resposta a essa conjuntura esteja muitas vezes relacionada à magia negra².

Releva salientar, entretanto, que apesar deste argumento mágico (bruxaria), que coloca em cheque as cláusulas culturais (ofensiva aos bons costumes) e legais, nunca se descartou a possibilidade de os órgãos humanos ilegalmente extraídos, privilegiarem a uma rede transnacional de tráfico e transplante. Contudo, na realidade geopolítica moçambicana a situação é bem mais heterogênea, em virtude de nos últimos anos as práticas recaem sobre grupos seletivos, como sujeitos portadores de uma condição de pigmentação da pele (albinismo).

Entretanto, não subsistem dúvidas que os mecanismos subterrâneos para obtenção de órgãos humanos abastecem e fomentam o mercado clandestino. Assim, dada a indisponibilidade voluntária de doação de órgãos e ausência de uma morfologia político - legislativa, o mercado negro representa um banco de laboratorio onde a disponibilidade de orgãos humanos depende dos sujeitos dispostos a pagarem elevadas somas a titulo de compra, com pretexto de salvar a vida das suas familias que necessitam de doação. Portanto, o caráter sagrado da pessoa, cede lugar a disponibilidade³ e a comercialização, descaracterizando a ideia-essência da pessoa humana.

A integridade corporal é um imperativo de ordem pública, pressuposto indeclinável de que estamos vinculados a proteger, daí a insusceptibilidade de qualquer convenção e um escrutínio permanente do Estado e da sociedade. Assim, como antes referimos, à luz dos princípios bioéticos, a dignidade da pessoa humana assegura o respeito pelos seres humanos e pelas liberdades fundamentais dos indivíduos face às ameaças, como bem é assegurado pela Declaração Universal da Bioética e Direitos Humanos, DUBDH. (2005, p.5). Portanto, a

² Em outubro de 2015, a Polícia moçambicana afeta no distrito de Massinga deteve três indivíduos em flagrante na posse de ossadas humanas de um cidadão de nacionalidade moçambicana portador de albinismo/pigmentação da pele. Segundo eles, pretendiam vendê-las na província nortenha de Cabo Delgado. Os três indivíduos ora detidos, exerciam atividade de garimpo na província de Cabo Delegado, neste caso escalaram o distrito de Massinga (sul do país), com propósito exumar o corpo de um indivíduo albino, para se apoderar das suas ossadas, com o objetivo principal de -os vender para fins mágicos (O PAÍS, 2015).

³La théorie de l'indisponibilité supposait aussi que l'on ne pouvait faire commerce de son corps à titre onéreux, ni même d'ailleurs à titre gratuit. Or, la loi organise des systèmes de dons d'éléments du corps humain dans l'intérêt des tiers, dans le cadre de la solidarité nationale ; une seconde faille se révèle alors, et non la moindre, dans l'adaptation du principe d'indisponibilité au corps de règles juridiques et sociales qui gouvernent à la matière médicale. L'indisponibilité du corps humain est une expression utilisée par la Cour de cassation française pour dénommer ce qu'elle qualifie de principe essentiel du droit français selon lequel le corps humain ne serait pas une chose pouvant faire l'objet d'un contrat ou d'une convention, posant ainsi des limites à la libre disposition de soi. Lexique des Termes juridiques, Dalloz, Paris, 11^e éd., 1998.

insuficiência de recursos humanos capacitados, financeiros, materiais e a não prioridade de muitos governantes, permeia com que os cidadãos se tornem cada vez mais vulneráveis.

Moçambique, Angola, Brasil e Portugal, palco privilegiado da nossa análise, não são fronteiras isoladas à proliferação do tráfico de órgãos humanos. Buscando elucidar esse novel destaque, fruto da evolução das ciências biomédicas, o transplante de órgãos humanos passou de um mito a realidade incontestável (Hamilton, 2012), principalmente para países como Brasil e Portugal, por terem adotado iniciativas legais⁴. O que colocou a descoberto, as inúmeras demandas por doações de órgãos. É, contudo, nesta perspectiva que as longas filas de espera por doação de órgãos revelam esperança dependente de quem por ato altruísta predispõe em doar.

Sem abandonar por completo as considerações acima arroladas, a janela de doação de órgãos *post mortem* é apontada por nós, como uma das soluções mais arrojadas para redução dessa busca incessante por órgãos, porém, essa medida, deve repousar sobre os arquétipos da *autonomia, anonimato, solidariedade e gratuidade* de quem pretende altruisticamente salvar vidas. Porque dignidade humana é derivada da imagem de Deus, projetada sobre as suas criaturas⁵, a comercialização, conforme as razões acima invocadas, o dever de respeito pela dignidade do ser humano e, evidentemente, a criteriosa formulação do imperativo categórico de Kant.

Esperar por um transplante de órgão, representa um episódio difícil na vida de sujeitos que têm que lidar por anos com falência. Por conseguinte, para uma resposta centrada no reconhecimento do outro, impõe-se a existência de uma construção social altruísta, de sujeitos dispostos a doarem os seus órgãos pelo eminentemente solidário, com a consciência de que o transplante pode ser uma alternativa terapêutica considerável na continuidade de vida. Dentro

⁴BRASIL. Lei n.10.211 de 23 de março de 2001. Altera dispositivos da Lei n.9.434 de 04 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. [acesso 3 jan 2010]. Disponível em; <http://www.saude.gov.br/transplantes>. PORTUGAL - 2011 – Despacho n.º 5015/2011, de 23 de Março – Condições de atribuição da compensação relativa à dádiva de tecidos e células de origem humana.2012 – Decreto-Lei n.º 124/2011, de 29 de Fevereiro – Criação do Instituto Português do Sangue e da Transplantação, IP, (IPST,IP), com a integração dos Centros de Histocompatibilidade e as funções da ASST 2012 – Decreto-Lei n.º 128/2012, de 21 de Junho – Regulamenta o acesso às prestações do Serviço Nacional de Saúde por parte dos utentes no que respeita ao regime de taxas moderadoras e à aplicação de regimes especiais de benefícios. 2013 – Lei n.º 36/2013, de 12 de junho - Aprovação do regime de garantia de qualidade e segurança dos órgãos de origem humana destinados a transplantação no corpo humano. A Lei nº 12/93, lei de transplante.

⁵ "A única dignidade existente, ao menos até os séculos XIII e XIV, é de origem externa, a heterônoma baseada na imagem de Deus ou na de dignidade como honra, cargo ou título, como aparência ou como imagem que cada um representa ou se lhe reconhece na vida social".Cf. MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho. 2 ed, Madrid: Dykinson, 2003, p.25-27.

do espírito de construção da liberdade pessoal, a pessoa humana é concebida como detentora de uma gama de desejos e instintos que a motiva a agir.

Este trabalho de natureza académica, reflete uma compreensão sobre a dramaticidade e complexidade do fenómeno por meio da apresentação e levantamentos de dados relevantes para o combate ao tráfico de órgãos humanos, mas também a sustentar os caminhos a serem seguidos, dentro de uma visão prescritiva e pragmática, sobretudo, partindo da problemática de proteção da dignidade humana no contexto de tráfico para o transplante de órgãos humanos. A metodologia usada é de carácter exploratório, objetivando descrever o problema colocado para a investigação científica e refletir criticamente os conceitos abordados. Nesse contexto, o nosso objeto de estudo alicerça-se em duas dimensões: em primeiro lugar consiste em compreender o tráfico de órgãos humanos e suas finalidades, analisando os países partes da CPLP (Comunidade dos Países da Língua Portuguesa), como Moçambique, Angola, Brasil e Portugal.

De seguida, seguiremos um vasto roteiro, com vista a demonstrar o papel do Estado e da sociedade no geral na erradicação do tráfico de órgãos, bem como, o papel da bioética na efetividade dos direitos fundamentais. Para tentar responder às questões da pesquisa, apresentamos um trabalho composto por 6 capítulos de reflexão teórica. No primeiro capítulo, analisamos a construção de um campo teórico a volta do tráfico de órgãos humanos, associá-lo principalmente ao contexto jurídico internacional, de seguida, remontamos o que chamamos de paradigmas fundadores, ao aproximar o tema no âmbito do principialismo, trazendo questões pontuais e relevantes para a discussão do trabalho em apreço.

No segundo capítulo, propomos a estudar, no um campo interdisciplinar do conhecimento, a questão da filosofia ética, em torno da indisponibilidade do corpo, retratando a sua não patrimonialidade, em decorrência da ofensa a dignidade da pessoa humana, e, de seguida, apresentamos um retrato geral sobre propostas de combate ao tráfico de órgãos e a sua erradicação, através da reação dos ordenamentos jurídico-normativos e procedimentos morais e éticos em relação ao corpo como suporte de inviolabilidade. No terceiro capítulo, abordamos a reestruturação do fundamento hipotético respaldado sobre a não comercialização de órgãos humanos, sustentado com os alicerces trazidos nos capítulos anteriores e os da filosofia crítica, sobretudo para justificar o argumento da transformação acelerada da sociedade atual, desencadeada pela evolução das ciências biomédicas. No roteiro apresentado pelo quarto capítulo, dá-se início a análise sobre o transplante de órgãos humanos como uma das consequências do tráfico de órgãos. Neste capítulo, enquadrámos o transplante em vários

domínios da bioética, o seu conceito e modalidades, bem como, o que destacamos ser fundamental na análise do transplante *post mortem* – da qual atribuímos um dos meios para erradicar a comercialização. Ainda neste capítulo, será possível levantar os encadeamentos éticos na doação entre vivos e *post mortem*, sem deixar de lado a questão da permissão e estranhos morais.

No quinto capítulo, trataremos os princípios bioéticos à luz das atividades médicas, trazemos à superfície a questão do consentimento informado nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, dando suporte o ideário desses dois países, que têm o transplante de órgãos legislado e suas externalidades positivas e negativas. De seguida, analisaremos o roteiro da elaboração do consentimento livre esclarecido. No sexto e último capítulo, dedicaremos à análise do tráfico e doação de órgãos ao nível em Moçambique, espelhando pecados e estabelecendo virtudes que minimizem danos à pessoa humana, principalmente em razão da tamanha vulnerabilidade.

2 ABORDAGENS CIENTÍFICAS À TEMÁTICA DO TRÁFICO DE ÓRGÃOS HUMANOS: A EMERGÊNCIA DE UM PROBLEMA

Graças a sofisticação das ciências biomédicas na atualidade, os profissionais das diferentes áreas, não só se dedicam à ciência da diminuição da dor dos seus pacientes, ou de proporcionar uma maior esperança de vida e bem-estar da sociedade, mas também, concentram-se ao campo estético, ligado à beleza e ao campo existencial, - em virtude de estudos científicos sobre a possibilidade de prolongamento da vida humana. Qualquer que seja a compreensão preferida, as exigências bioéticas e do biodireito tem-se mostrado sempre presente para mitigar as diferentes nuances ligadas à violação de direitos face ao princípio da autonomia.

É notório que a vida ética é compatível com o desejo da perfeição humana e do reconhecimento da dignidade da pessoa como uma instância ontológica. À luz desses argumentos, é possível afirmar que a busca da felicidade não contrapõe o estabelecimento de uma autoridade ética.

Uma das discussões mais importantes que gira em torno do avanço das ciências de saúde na atualidade, tem sido o aumento da procura por órgãos humanos, cuja radiação se estende a países do terceiro mundo. Na verdade, alguns destes mecanismos adotados para obtenção de órgãos, afetam diretamente as condições existenciais da pessoa humana, em razão da

instrumentalização decorrente do valor inerente ao ser racional, mas também de sua autonomia⁶. Entretanto, como já dito anteriormente, o avanço das ciências da vida, revelou-se um projeto relevante na aceção de esperança de vida, especificamente para Brasil⁷ e Portugal⁸, em virtude dos dois países serem pioneiros ao nível da Comunidade dos Países da Língua Portuguesa, a elaborarem iniciativas legislativas sobre a doação e transplante de órgãos humanos, com a inclusão de uma nova dogmática constitucional que passasse por uma base filosófica.

Do exposto, resulta porém, que a legislação adotada por esses dois países sobre a temática do tráfico humanos, converteu-se em um dispositivo de força gravitacional para o movimento legislativo dos países africanos, dada a fórmula de racionalização lógica e sistêmica de processo histórico-legislativo e linguístico. Esse importantíssimo ganho, inelutavelmente trouxe mudança de paradigma no combate ao tráfico de órgãos humanos, e uma nova epistemologia de interpretação constitucional, em razão da salvaguarda do princípio da dignidade da pessoa humana. Porém, a ocorrência de tráfico de órgão humanos⁹ no continente africano, é um problema reafirmado pelo excesso de vulnerabilidade das famílias (OIT, 2006), associado a ausência do reconhecimento da igualdade dos demais, ao que confronta com a

⁶ Segundo Fábio K. Comparato: “a dignidade da pessoa humana não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita”. COMPARATO, Fábio K. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo:Saraiva, 1999, p. 20.

⁷ De acordo com o Ministério da Saúde. Até setembro do ano de 2019, foram 6.719 transplantes de órgãos sólidos, segundo a Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos (ABTO). O número salta para 17.714, quando incluídos os de córneas, o que faz do Brasil o segundo país que mais transplanta, depois dos Estados Unidos, em números absolutos, porém, considerando a taxa de 17 transplantes por milhão de pessoas (pmp), o Brasil é o 23º colocado. (CLÁUDIA DIANNI, 2019)

⁸ Portugal subiu de quarto para terceiro país do mundo com mais doadores de órgãos para transplantação. Tendo em conta o relatório sobre transplantes do Conselho da Europa, com dados de 2016, o nosso país tem 32,7 doadores falecidos por milhão de habitantes (mais 1,7 do que no ano anterior), apenas ultrapassado pela Espanha (43,8 doadores por milhão de pessoas) e Croácia (39,5). Já ao nível do número de transplantes, apesar de termos subido de 77,2 para 79 doentes transplantados por milhão de habitantes, estamos em sexto lugar de uma tabela também liderada por Espanha. A principal explicação para esta diferença tem que ver com o facto de termos doadores cada vez mais velhos, o que faz que a qualidade dos órgãos aproveitáveis para transplantação desça. Ao todo, no ano passado, fizemos 864 transplantes, mais 40 do que em 2015, (PEDRO VILELA, 2016, p. 6)

⁹O termo "tráfico de órgãos" procura albergar dentro do seu conceito, toda uma gama de atividades ilegais que visam comercializar órgãos e tecidos humanos para fins de transplante. Engloba também o tráfico de pessoas com a intenção de remover os seus órgãos, independentemente do país, perfazendo assim, o “turismo de transplantes”, em que os pacientes ou seus mandatários viajam para o exterior em busca de um transplante (ilegal) de um doador que é pago pelo órgão extraído; e o tráfico de órgãos, tecidos e células, que se refere a transações comerciais com partes do corpo humano que tenham sido removidas de pessoas vivas ou falecidas (Study on Trafficking in Human Organs, European Union, 2015). Disponível em:<http://www.declarationofistanbul.org>

questão da filosofia *ubuntu*¹⁰, que resulta na ética e base da filosofia dos povos africanos (RAMOSE, 2002, p. 1).

No contexto legal do tráfico de órgãos humanos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a luz do disposto do (artigo: 22º), o Protocolo Adicional à Convenção Sobre Direitos Humanos e Biomedicina, relativo ao transplante de órgãos e tecidos de origem humana, que entrou em vigor em 2002 - (Conselho da Europa, 2002 a), a Declaração de Istambul¹¹, são diplomas legislativos internacionais pertinentes à tutela dos interesses da pessoa humana. Uma das novidades trazidas no texto da (DECLARAÇÃO DE ISTAMBUL, 2008), o tráfico de órgãos:

[...] “O tráfico de órgãos consiste no recrutamento, transporte, transferência, refúgio ou recepção de pessoas vivas ou mortas ou dos respectivos órgãos por intermédio de ameaça ou utilização da força ou outra forma de coação, rapto, fraude, engano, abuso de poder ou de uma posição de vulnerabilidade, ou da oferta ou recepção por terceiros de pagamentos ou benefícios no sentido de conseguir a transferência de controle sobre o potencial doador, para fins de exploração através da remoção de órgãos para transplante.” (Declaração de Istambul, 2008).

Cumprir destacar que tráfico de órgãos enquadra-se num arquétipo criminal, e, este posicionamento é calcado também pela Iniciativa Global das Nações Unidas¹². Segundo esta organização, o combate ao tráfico de órgãos humanos orienta-se em três grandes pressupostos: a) a coerção ou força usada contra a vítima; b) a obrigação de pagar a vítima que consentiu, c) as operações cirúrgicas realizadas em pessoas vulneráveis, tratadas por uma doença existente ou não, cujos órgãos são removidos sem o consentimento delas.

No bojo desta percepção, em que pese os pressupostos expendidos, facilmente se deixa compreender que um dos mecanismos para a redução do crime de tráfico de órgãos, deve advir precipuamente do Estado, enquanto autêntico detentor de legitimidade territorial e política. Na mesma direção, os postulados pragmáticos que orientam o exercício do Estado, coloca-o como o garante supremo dos direitos humanos na ordem jurídica, e, por via disso, possui um papel pragmático na mitigação da vulnerabilidade socioeconômica (SCHUMAN, 2014, p. 100).

10

¹¹Declaração de Istambul sobre tráfico de órgãos e turismo de transplante, realizada entre 30 de Abril a 02 de Maio de 2008. Declaração organizada pela OMS da qual participaram entidades médicas, científicas e governamentais de 150 países preocupados com o aumento substancial do tráfico de órgãos e tecidos humanos e a pouca atenção dispensada ao tema estabelece princípios básicos sobre a matéria. Por se tratar de uma Declaração de princípios, ela não gera a obrigação aos Estados. Cabendo ressaltar que até a presente não existe um instrumento legal no plano internacional que vá além do Protocolo de Palermo 2000. (Waldimeiry e Caio Humberto.

¹²(fonte: <http://www.ungift.org/knowledgehub/en/about/trafficking-fororgan-trade.html>)

Certamente, o plexo dos sujeitos desprovidos de condições efetivas de exercício de autonomia, também ocorre em circunstâncias da ausência do Estado na vida dos cidadãos. Deve ser sublinhado que a melhoria gradual das economias nacionais permitiria que as pessoas a se reintegrarem nos circuitos tradicionais da economia, recuperariam a confiança, a dignidade e, conseqüentemente, a qualidade de vida.

Alguns pontos, no entanto, merecem ser atualizados, a partir de sua categorização genérica, sendo que o tráfico de pessoas consubstancia o hiperônimo do hipônimo tráfico de órgãos. Contudo, é interessante observar que não existe a luz da cartografia conceitual um postulado estabelecido de tráfico humano. Observe-se que, em decorrência da concepção multidimensional, o tráfico humano não é submetido a um conceito inflacionário ou de vulgarização, em virtude de reunir no seu arcabouço uma panóplia de pressupostos conducentes a completude. Seguindo-se essa linha de pensamento, nas palavras de (Monteiro e Osório, 2009):

[...] O tráfico é uma forma de poder em que se utiliza a vulnerabilidade das pessoas para as explorar e controlar, em troca de pagamentos e outros benefícios, quais sejam: oferta de emprego, obtendo deste modo o consentimento das vítimas. Estas são colocadas numa situação em que perdem por completo os seus direitos, ficando sob a dependência escrupulosa dos traficantes (Monteiro e Osório, 2009).

Segundo a ONU (Organização das Nações Unidas)¹³ o tráfico humano é caracterizado como a terceira atividade ilícita mais rentável do mundo, perdendo somente para o tráfico de armas e o de drogas. De acordo com os dados das Nações Unidas, o tráfico de órgãos afeta mais de 20 milhões de seres humanos¹⁴. Apesar desta degradante situação, tratar seres humanos como objeto passível a comercialização tem sido uma prática contínua, e, é visto como prática de escravidão contemporânea¹⁵, em virtude dos seus *modus operandis* e o processo seletivo, que recai na *última ratio* as pessoas mais vulneráveis da sociedade.

Vinca-se, assim, o caráter comprometido dos estados no combate ao tráfico de órgãos humanos, mediante a necessidade de aumentar o número de órgãos disponíveis, isso inclui a solidariedade dos países em via de desenvolvimento, pois, enquanto as listas de espera ganharem corpo, o

¹³ Worldwide Trafficking Estimates by Organizations.

¹⁴ Rights-Latin America: Human Traffickers Use Lure Of Better Life. *Global Information Network*, Nova Iorque, 24 ago. 2006. p. 1.

¹⁵ A escravidão moderna abrange diversas formas de tolhimento da liberdade dos indivíduos, englobando tráfico humano, laços por dívidas, casamentos forçados, trabalhos forçados, piores formas de trabalho infantil e outras formas de exploração humana. A abordagem da escravidão moderna é dada em nível global, considerando que sua maior expressão se dá dentro de cadeias globais de suprimento. (MATOS, 2019, p. 29)

mercado negro continuara crescendo exponencialmente. Os Estados devem se dotar dos meios para facilitar a doação de órgãos, através de transferência de tecnologia ou fortalecimento de cooperação em matéria de saúde.

A narrativa básica da ética dos direitos humanos corresponde a ética que vê no outro um ser de igual consideração, pelo fato de ser pessoa sujeito de direito e obrigações, dotado de prerrogativas de desenvolver suas potencialidades humanas de forma livre, autônoma e plena, catálogo reafirmado pelos princípios bioéticos, reconhecidos no seio do próprio pensamento literário da dignidade da pessoa humana, cujo conceito ontológico vagos e indeterminados da ordem jurídica. Entretanto, a razão pela qual esta construção teórica merece destaque, segundo se julga, se prende com a defesa do homem dentro da sua esfera natural, não sendo susceptível de sofrer qualquer aprisionamento por um ser de igual consideração, por ser imagem e semelhança de Deus.

Mas, ainda que assim seja, crê-se que se concluirá pela subsistência de que o homem não é o *fim em si mesmo*", assim assegura Emmanuel Kant, no âmbito do princípio supremo da moralidade. No que respeita à sua tese (KANT, 2009, p. 82):

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade. O que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem tem um preço venal; (...) aquilo porém que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é um preço, mas um valor íntimo, isto é dignidade. Ora a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador do reino dos fins. Por isso, a moralidade e a humanidade enquanto capaz de moralidade são as únicas coisas que têm dignidade.

É, de fato, abominável a luz do que se disse retro, colocar o Ser Humano para fins antitéticos aos princípios éticos, morais e legais, como por exemplo, mutilá-lo, degradar ou matar¹⁶. No esforço dogmático de construção, a dignidade da pessoa humana deriva apenas da racionalidade do ser humano, que é inerente a todos, independentemente de sexo, raça, nacionalidade e qualquer outro qualificador.¹⁷

Há de considerar, contudo, que outras questões poderiam ser consideradas parte do problema, como por exemplo as influências por trás do fenômeno. Para Alencar, o tráfico de órgãos no

¹⁶KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Martin Claret: São Paulo, 2005. p. 59.

¹⁷ SANDEL, Michael J. *Justice: What's the right thing to do?* New York: Penguin Books, 2009, p. 149.

mercado, tem como receptores pessoas ricas, (que dispõe do poderio económico e financeiro), sujeitos que em virtude das suas capacidades financeiras não estão dispostos a submeterem membros da família a transplante, daí que recorrem ao comércio ilegal, envolvendo pessoas pobres, cuja oferta soluciona parte significativa dos problemas básicos destes grupos vulneráveis. No entanto, os doadores são geralmente indivíduos mais vulneráveis da sociedade¹⁸, aqueles que vendem parte do corpo em troca de recursos financeiros, dispostos a receberem quantias irrisórias como pagamento. Ademais, após terem recebido contrapartida financeira e efetuada alguma cirurgia, dificilmente recorrem à polícia por temerem represálias. Com o fito de alcançar um entendimento mais adequado do sentido de tão importante expressão, é essencial perceber que ao nível do Protocolo de Palermo¹⁹, descrito como um instrumento jurídico imprescindível nas questões relativas a estratégias contra o tráfico de pessoas, tem como marco preponderante a sua abrangência em diversos estados, em razão de uma tentativa dos mesmos buscarem técnicas de compatibilização e sistematização de um problema que necessite com urgência uma resposta global. observando nas suas entrelinhas, o referido Protocolo, além de ser a primeira normativa internacional a definir o crime de tráfico de pessoas, serviu de suporte e aspiração indelével para muitos estados nortearem-se nas suas disposições internas, cujas concepções inseridas, buscavam incorporar medidas mais arrojadas de modo a proteger questões relacionadas com à igualdade entre todas as pessoas, protegida e garantida pelo Estado.

A vista disso, no que diz respeito à definição legal de tráfico de pessoas, o artigo 3º, alínea “a” do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, o qual foi promulgado no Brasil pelo Decreto n.º 5.017, de 12 de março de 2004²⁰, prevê cristalinamente a conceituação de tráfico de pessoas, conforme se verifica a seguir:

¹⁸Segundo Panjabi (2010), o tráfico de órgãos refere-se à prática injusta de usar o segmento vulnerável de um país ou população (definido por status social, associação etnia, gênero ou idade) como fonte de suprimento de órgãos. Esse mesmo autor diferencia a venda de um órgão ilegal, o que implica que um órgão é comprado de um doador a ser transportado com mais frequência para um país diferente, e a prática de tráfico de seres humanos envolvendo, a fim de obter seus órgãos, violência e às vezes até a morte do doador.

¹⁹ Protocolo de Palermo: <http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos/mpenal/onu/protocolotr%Elficopt.pdf>.

²⁰ “Os Estados Partes Do presente Protocolo, declarando que uma ação eficaz para prevenir e combater o tráfico de pessoas, em especial mulheres e crianças, exige por parte dos países de origem, de trânsito e de destino uma abordagem global e internacional, que inclua medidas destinadas a prevenir esse tráfico, punir os traficantes e

[...] Artigo 3 – Definições: Para efeitos do presente Protocolo: a) A expressão "tráfico de pessoas" significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos.

Partindo das premissas esculpidas no Protocolo de Palermo, convém destacar que o conceito retro, pode ser dividido em três elementos fundamentais, quais sejam: primeiro vislumbra-se a conduta do criminoso no ato de recrutar, transportar, transferir, alojar ou acolher pessoas; e, de seguida, seria o âmbito através do qual a conduta é praticada, na qual o traficante recorre a força, a ameaça, a fraude, a coação, o abuso de autoridade, o rapto, o engano, a vulnerabilidade da vítima, a promessa ou entrega de pagamentos ou benefícios; no tocante ao terceiro elemento qualificador, este diz respeito à finalidade de exploração, que pode ser configurada das mais diversificadas formas, dentre elas, a exploração da prostituição, do trabalho ou serviços forçados, da escravatura ou práticas similares à escravatura, servidão ou remoção de órgãos²¹, este último, objeto do nosso estudo.

Para Organização das Nações Unidas, este fenômeno chama atenção a Comunidade Internacional pela falta de escrúpulo e de bom senso dos criminosos, além de que, assume-se como uma atividade criminosa e ilegal. A razão do seu combate extrapola limites geográficos,

proteger as vítimas desse tráfico, designadamente protegendo os seus direitos fundamentais, internacionalmente reconhecidos;Tendo em conta que, apesar da existência de uma variedade de instrumentos internacionais que contêm normas e medidas práticas para combater a exploração de pessoas, especialmente mulheres e crianças, não existe nenhum instrumento universal que trate de todos os aspectos relativos ao tráfico de pessoas;Preocupados com o fato de na ausência desse instrumento, as pessoas vulneráveis ao tráfico não estarem suficientemente protegidas;Convencidos de que para prevenir e combater esse tipo de criminalidade será útil completar a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional com um instrumento internacional destinado a prevenir, reprimir e punir o tráfico de pessoas, em especial mulheres e crianças. BRASIL. Decreto n. 5.017, de 12 de março de 2004. Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, Brasília/DF, março 2004. Decreto nº 5017, de 12 de março de 2004 recepcionando o Protocolo de Palermo: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm

²¹Outro diploma que também aborda a conceituação da temática e merece destaque é a Convenção Do Conselho Da Europa Relativa À Luta Contra O Tráfico De Seres Humanos, que preceitua em seu artigo 4º, alínea “a”, que o “«Tráfico de seres humanos» designa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou ao uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou de uma situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa com autoridade sobre outra, para fins de exploração. A exploração deverá incluir, pelo menos, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, a escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a extracção de órgãos”. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_9/IIIPAG3_9_13.htm>

por tratar-se de um crime organizado transnacional, uma vez que, os órgãos humanos comercializados desafiam poderes legitimamente constituídos em um Estado.

No entanto, além desse componente que faz apelo fundamental no dever de proteção dos Direitos Humanos dos estados, a literatura jurídica contemporânea prefere consignar o tráfico de órgãos humanos como sendo uma forma de “escravidão contemporânea”, através da qual o traficante se utiliza de artifícios maliciosos com a finalidade de obter a sua prévia pretensão a aquisição de órgão a todo custo. Entretanto, devemos ter em mente que o tráfico de órgãos não é apenas uma grave violação aos Direitos Humanos, mas também, significado visível de ataque à dignidade da pessoa humana. Contudo, tal prática, representa um enorme perigo para os indivíduos mais desfavorecidos da sociedade, por serem os que mais facilmente cedem às chantagens em razão da sua condição de precariedade, daí que, a tal cedência acaba sendo um meio objetivo para materialização dos diversos encargos financeiros, conforme estabelece (TORRES, 2017):

[...] As razões que os “doadores” têm para vender seus órgãos são de verdadeiro estado de necessidade, os que vendem seus órgãos são sempre marginalizados, famintos, desempregados que não possuem outra forma para garantir sua própria sobrevivência e de seus familiares. Como afirmamos acima, imigrantes ilegais e jovens imaturos são potenciais vítimas desse crime, por não terem discernimento ou condições de decidirem de outro modo (TORRES, 2007, p. 06).

Infelizmente, na nossa realidade, as vítimas de remoção ilegal de órgãos além de desenvolverem graves problemas de saúde²², são vítimas estigmatização social, em decorrência da incapacidade do Estado, índice de pobreza, alto grau de analfabetismo. Revela-se ainda a possibilidade de grandes implicações de saúde e risco de vida aos receptores de um órgão que tenha sido removido ilegalmente. Como consequência de tudo isso, notamos que incorrem aos sujeitos retro mencionados, o risco de contrair doenças infecciosas graves e de saúde pública. Não subsistem dúvidas de que, o tráfico de órgãos, também pode ser prejudicial ao desenvolvimento de transplantes regulares, minam a confiança do público nos transplantes e a credibilidade da profissão médica, contrapondo o primado da sua essencialidade ao qual a tese se ocupa em propugnar.

²² As vítimas do tráfico podem desenvolver problemas de saúde de maior ou menor gravidade, mas poucas saem ilesas. Muitas irão experimentar lesões e doenças severas, debilitantes e muitas vezes duradouras. Abuso, privação e condições estressantes são todas marcas do tráfico de pessoas, conforme estabelece o O Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial de Mulheres e Crianças estabelece a base das medidas de assistência que deveriam ser fornecidas às pessoas traficadas.

Nesse viés, persistimos ferrenhamente que os fundamentos da dignidade humana tem ganhado força com o desenvolvimento exponencial das tecnologias biomédicas. Entretanto, constitui um compromisso de ação para o Estado e demais entidades, orientar medidas legislativas para que os direitos fundamentais não sejam colocados em causa, pois, o ser humano é socialmente livre e, além de possuir uma relação subjetiva com a ordem social, a sua liberdade e autonomia enquanto sujeitos titulares de interesses e direitos diversos daqueles da comunidade que integra devem ser sempre acautelados.

2.1 ENQUADRAMENTO JURÍDICO INTERNACIONAL DO TRÁFICO DE ÓRGÃOS HUMANOS

As convenções internacionais são inelutavelmente uma das principais fontes de direito internacional. Em matérias de saúde, a ONU²³ (Organização das Nações Unidas), uma organização internacional que congrega, com poucas exceções, todos os estados do planeta, dentro da qual a OMS (principal autoridade de Saúde) e a UNESCO (Agência Especializada para Educação, Ciência e Cultura), desempenham um papel fundamental. Por certo, não existe uma definição universalmente estabelecida de tráfico de órgãos humanos, nem uma disposição universalmente adequada que incorpore o contexto vivido em todos estados internamente, em razão da sua polissemia. A ausência do conceito não deve, no entanto, ser interpretada como um sinal de fracasso das instituições no combate a este tipo legal de crime, que assume três formas particulares, quais sejam:

Em primeiro lugar, enquanto o tráfico de seres humanos para fins de remoção de órgãos é reconhecido ao nível internacional como uma forma de tráfico de seres humanos, a luz do Protocolo de Palermo sobre Tráfico de Pessoas (2010), um grosso número de doutrinadores, hoje percebem que também o tráfico de seres humanos é uma forma de tráfico de órgãos, tal narrativa deriva de uma vasta amplitude da extensão de proteção²⁴ da dignidade humana, em razão da sua significação social. Em segundo lugar, existe o que é chamado de "turismo de

²³A Organização Mundial de Saúde (OMS) é uma agência internacional especializada em saúde, fundada em 7 de abril de 1948 e subordinada à Organização das Nações Unidas. Sua sede é em Genebra, na Suíça. A OMS é composta por 194 estados membros e dois membros associados.

²⁴O direito visa proteger a sociedade e as atividades que nela se desenvolvem, esta proteção é feita pela dignidade bem como todas as relações entre elas sendo qualquer ato que possa lesionar condenado pelo direito, para Bittencourt bens jurídicos são a vida da sociedade e das pessoas, onde todos merecem proteção constitucional exatamente em razão de sua significação social. (Bittencourt, 2010, p. 38)

transplante²⁵", onde os potenciais beneficiários, principalmente dos países desenvolvidos, sujeitos com posses, viajam para países em via de desenvolvimento²⁶ com o principal desiderato de obter um órgão comprado de um doador local transplantado e com métodos às vezes pouco ortodoxos.

Do ponto de vista acima mencionado, fica evidente que o tráfico de órgãos não afeta apenas o movimento de órgãos, mas, diz respeito ao movimento de pessoas: de países emergentes e em desenvolvimento a países desenvolvidos, na forma de tráfico de pessoas, daí que as medidas, internas e externas, cada vez mais sofisticadas no engendramento da psicologias dos criminosos são imperativos para redução dos casos. A terceira forma prende-se com o fato de que o tráfico de órgãos no sentido estrito do termo, inserir-se no movimento ilícito de órgãos humanos entre diferentes países. Nessa perspectiva existe na perspectiva literal o *quid*, o órgão ou os órgãos sendo transportados.

Observa-se, portanto, que o rápido crescimento da indústria de transplante de órgãos no mundo é o rosto visível por trás desse novo paradigma transnacional. No entanto, não se pretensiosa nem de longe aferir que o crime de tráfico de órgãos surgiu por causa da indústria de órgãos, antes pelo contrário, a sua concepção deriva do crescente fosso entre a demanda por órgãos humanos e a oferta legítima, antecedida pelo avanço das ciências biomédicas²⁷. Assim como em todas as atividades legais, a verdadeira face por trás do transplante de órgãos humanos, possibilitou a emergencia do mercado negro, a sua evolucao abriu comportas para refletir os sujeitos que facilmente cairiam nas malhas criminosas.

Geralmente, a comunidade internacional segue uma plataforma de proibição, ou seja, os Estados proibem a transação comercial de órgãos humanos por ferir a dignidade da pessoa humana,

²⁵World Health Organization. Cumbre Internacional sobre turismo de trasplante y tráfico de órganos convocada por la Sociedad de Trasplantes y la Sociedad Internacional de Nefrología en Estambul. Estambul: WHO; 2008.

²⁶ Os Estados caracterizam-se como de origem quando são o local de saída de pessoas traficadas. Geralmente, trata-se de Estados pobres ou em desenvolvimento, com problemas sociais, econômicos, políticos, o que induz seus habitantes a se tornarem mais suscetíveis a propostas enganosas de trabalho em outros locais. Receptores são aqueles que recebem essas pessoas e onde elas são exploradas em diversos setores da economia. Frequentemente, são Estados desenvolvidos, com indústrias prósperas e diversos setores de trabalho que não exigem mão-de-obra qualificada, cujas atividades são realizadas por estrangeiros, por receberem salários mais baixos. [...] Estados de trânsito, por sua vez, são aqueles que recebem inicialmente as pessoas traficadas, onde passam a sofrer exploração, mas são apenas um local de passagem, eis que se pretende enviá-las para outro Estado (ALENCAR, 2007, p. 21).

²⁷ O tráfico de órgãos resulta dos avanços tecnocientíficos, avanços esses que trazem reflexos diretos ao campo da ciência jurídica, que se vê compelida a envolver-se em casos que impõem o seu pronunciamento. E os transplantes de órgãos humanos como sendo um dos avanços tecnocientíficos, que trouxe e traz relevante progresso no campo da medicina, e os transplantes especificamente, trouxe também grandes problemas de ordem ética, moral e filosófica, cabendo ao direito dar as respostas adequadas, para evitar a violação da dignidade e os direitos inerentes a sua personalidade (SILVA, 2017).

possibilitando que a indústria se sustente na base da doação voluntária e altruísta, uma visão baseada em considerações éticas e morais, segundo as quais o transplante de órgãos é justificado apenas quando é um ato de doação voluntária, porque, na maioria dos casos, esse ato conecta duas pessoas que já estão próximas uma da outra. A abordagem proibicionista decorre dos Princípios Orientadores sobre Transplante de Células, Tecidos e Órgãos Humanos, desenvolvidos pela Organização Mundial da Saúde em 1991.

Os princípios em causa não são vinculativos ou coercitivos à luz do Direito Internacional, podendo não serem cumpridos pelos países. A Declaração de Istambul contra o tráfico de órgãos e o turismo de transplantes representa no Direito Internacional outra ferramenta peculiar, porém, não vinculativa, conforme consignado pela Conferência Internacional em 2008. Ademais, a Convenção do Conselho da Europa sobre Direitos Humanos e Biomedicina (1997), e seu protocolo adicional de 2002, proíbem a compra e venda de órgãos humanos. Além disso, o Conselho da Europa, vem trabalhando na perspectiva de criar uma Convenção contra o tráfico de órgãos humanos, cujo destaque esteja calcado na força vinculativa dos estados, especialmente em relação ao crime de tráfico de órgãos.

O Conselho da Europa, organização internacional que inclui quase todos os Estados que formam o continente europeu, é um participante chave na produção de normativas internacionais, uma das quais, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), e outros textos de referência inestimável sobre a proteção do indivíduo. Partindo do conceito de igualdade entre homens, o tráfico de órgãos humanos viola diversos direitos, como por exemplo, o domínio de um indivíduo exerce sobre o outro, típico de um Estado de natureza, pelo que tem atingido milhões de pessoas por todo o mundo, sejam homens, mulheres, adolescentes e crianças, além de diversas outras violações do desenvolvimento humano.

Dessas importantes passagens, o ápice análise deriva da maior organização no mundo, cujo esforço compreende uma perspectiva de colaboração multidimensional para eliminação do tráfico no mundo. Ainda neste segmento, a Organização das Nações Unidas, considerou (NAÇÕES UNIDAS, 2005, p.51):

[...] O Tráfico de pessoas é uma violação aos direitos humanos que já atingiu aproximadamente 2,5 milhões de mulheres, homens, crianças e adolescentes. Essa violação quase sempre vem acompanhada de outras violações, como o cerceamento da liberdade, o trabalho forçado e escravo e a exploração sexual. Assim, o seu enfrentamento exige uma abordagem complexa e multidimensional. (NAÇÕES UNIDAS, 2005, p.51)

Dessa correspondência destaca-se, a defesa dos direitos a liberdade, a igualdade, à vida, evitando a ocorrência de tortura física e psicológica, privacidade e privação de movimento, segurança, família, alimentação, lazer e responsabilidade. Isso torna a prática do tráfico não somente criminosa perante a comunidade internacional contemporânea, mas oposta ao senso comum de humanidade. Esse fato é bem notório, como, aliás, já foi bem delineado que os resultados legislativos do tráfico de órgãos humanos variam de acordo com o contexto de cada país, seu grau de complexidade e prioridade de ordem política, econômica, social ou cultural. Entretanto, a maior preocupação ocorre em países pobres, onde o Estado, para além de não procurar atender às expectativas sociais das classes menos favorecidas, acaba por substituir políticas dúbias, em satisfação dos seus interesses.

É em virtude dessa heterogeneidade de esforço em harmonizar o ideário dessa pauta prioritária que várias organizações nacionais e internacionais, buscam tentativas de contribuir para conter o avanço da criminalidade no mundo, por intermédio de medida reativas contra o crime e pela gestação de normas abstratas, coadjuvado com a eficácia de instâncias oficiais do Estado. Diante do atual panorama, a ONU, a OIT²⁸ ou o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), refletem sobre esta missão, colocando em destaque princípios estruturantes a serem observados. Apesar das inúmeras ferramentas normativas desenvolvidas ao longo dos últimos anos, percebe-se que a eliminação do tráfico é um desafio que perpassa a soberania. Nessa acepção, imensas são as dificuldades de tentar combater o crime organizado autonomamente, sendo crucial a cooperação arrojada com os demais estados, como bem consagra (HASSEMER, 2017, p. 137):

“A criminalidade organizada como um tópico jurídico supranacional com raízes localizadas e embrenhadas nas estruturas dos poderes públicos e privados dos Estados. Só existe criminalidade organizada quando o Estado se vê incapaz e incompetente de e para prevenir e reprimir as atividades criminosas desses grupos invisíveis.”

O tráfico de órgãos humanos circunscreve – se, segundo a Iniciativa Global Contra o Tráfico de Humano²⁹, na imobilização das vítimas com vista à submeterem-nas a extração compulsória, e, por vezes, como forma de prosseguirem com os seus intentos, entram em negociação com as vítimas, cujo perfil arrolamos na fase perfunctória, culminando com operações cirúrgicas. Não

²⁸A Organização Internacional do Trabalho foi constituída com o objetivo de “promover a melhoria das condições de trabalho em todo o mundo com o intuito de evitar o alastramento das condições que tinham dado causa à Revolução de Outubro na Rússia.” (Ribeiro, 1998)

²⁹ (Fonte : <http://www.ungift.org/knowledgehub/en/about/trafficking-fororgan-trade.html>)

obstante este último esforço, a vítima com ou sem consentimento informado, ainda prefigura-se como vulnerável, em razão do poder financeiro daquele que necessita de órgão a todo custo. Outro elemento a não ser ignorado nesta particularidade, embora haja precipitação da nossa parte em fazer análise, é o profissional médico envolvido em tais práticas clandestinas, baseadas em condutas ilícitas interditas pela profissão. No entanto, a problemática reside no fato deste profissional de saúde, cuja fronteira geográfica não o deve insensibilizar, em razão do juramento hipocrático que tem carácter universal e a própria dignidade da pessoa humana. Entretanto, diversos instrumentos jurídicos nacionais e internacionais concebem-se como pertinentes para o reconhecimento dos valores e princípios fundamentais da pessoa humana e de criação de políticas sólidas e inovadoras de combate nesse sentido.

Portanto, o tráfico de pessoas para fins de remoção de órgãos é literalmente condenado tanto pela Agenda da Assembleia Geral das Nações Unidas de 2030, para o Desenvolvimento Sustentável, bem como as demais normatividades internacionais, por tratar-se de uma questão de direitos humanos e justiça social, pois, os sujeitos mais vulneráveis da sociedade têm seus órgãos comercializados e, na sequência disso, dificilmente conseguem receber órgão por meio de um transplante em caso de insuficiência.

2.1.1 A diversidade de abordagens relacionadas ao tráfico de órgãos

O ponto mais evidente nas questões relativas à doação de órgãos humanos têm sido as suas diversas abordagens, porém, na centralidade do debate está a proteção da pessoa humana. Embora tais considerações demonstrem algum reconhecimento, a corporificação do debate sobre o tráfico de órgãos pode ser abordada de acordo com as perspectivas: a econômica, a ética e a teológica (TERRITO e MATTESON, 2012). No entanto, essas perspectivas antagônicas por um lado, e confluentes por outro, norteiam indubitavelmente, diversas percepções no seio da sociedade.

Do ponto de vista ético e econômico, o tráfico de órgãos corresponde à negação de expressão da violência na sociedade, em razão dela estar calcada na ordenação do bem-comum. No entanto, a dignidade da pessoa humana, alicerça-se ao respeito dos direitos humanos que são iguais e inalienáveis. Na perspectiva econômica, rejeita o estabelecimento de um valor econômico e o mercado de órgãos humanos por descreverem-se como práticas imorais. O surgimento de bio mercados de órgãos humanos a serem transplantados mostra a

contemporaneidade do assunto, pelo que levanta a questão da avaliação, mecanismos e formas de valoração comercial do corpo humano. Ainda nesta perspectiva, ao se estabelecer um valor econômico, o ser humano torna-se produto acabado ou para um determinado trabalho. Para (KANT, 2000, p. 72):

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade. O que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem tem um preço venal; (...) aquilo porém que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é um preço, mas um valor íntimo, isto é dignidade. Ora a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador do reino dos fins. Por isso, a moralidade e a humanidade enquanto capaz de moralidade são as únicas coisas que têm dignidade (KANT, 2000, p. 72).

Outro ponto não menos importante da reflexão, tem principal destaque na vertente de biodireito, todavia, em todas reflexões que se pretendem urdir, existirá um ponto de encontro consensual, cujo fito é a proteção da pessoa humana. Por exemplo, a ética diz respeito à valorização de ações, conduta e regras da vida segundo o registro do bem ou do mal, do justo ou do injusto. Ela constitui o conjunto de valores que orientam o comportamento humano (DUHAMEL e MOUELHI, 2001). Portanto, o valor ético e moral da conduta, não se funda em seu propósito, mas na “necessidade de uma ação por respeito à lei”, ou seja, no “dever” de proceder conforme a “máxima que determina” a conduta³⁰.

2.2 SUGESTÃO PRINCIPIALISTA: UMA ANÁLISE NECESSÁRIA E PONTUAL

O principialismo é uma teoria moral cuja relevância é inquestionável na discussão sobre o tráfico e transplante de órgãos humanos, essa teoria se inspira no utilitarismo e na filosofia Kantiana de moral consequencialista, conforme ele mesmo defende, o princípio deve estabelecer um juízo a priori, que independe de toda e qualquer experiência empírica. Surge daí a concepção de “imperativo categórico” como conceito ético-filosófico.

³⁰ KANT, Immanuel, Fundamentação da metafísica dos costumes., p. 30-31. Kant define “máxima” como “o princípio subjetivo da ação”, pelo qual o sujeito orienta sua conduta em determinadas ocasiões, circunstância e finalidade. Pág. 61.

A corrente principialista não é o fruto do acaso, ela torna-se imprescindível na mitigação de diversos conflitos éticos e jurídicos que se desencadeiam no dia-a-dia, em razão da fragilidade humana, daí que princípios fundamentais de bioética que serão brevemente aprofundados, propõe orientar os profissionais de diversas áreas em situações concretas. Portanto, nota-se que nestes momentos de incerteza causados por escândalos que afetam a dignidade da pessoa humana em resultado do desenvolvimento das tecnologias biomédicas, os princípios da bioética como: a autonomia, beneficência, não maleficência e justiça, são chamados como parâmetros relevantes na gestão de risco face a estes desenvolvimentos.

Diante disso, o surgimento de novos potenciais conflitos ligados a esses avanços, colocam o ser humano vulnerável e os desprovidos de capacidades económicas e financeiras mais vulneráveis, e uma das primeiras que identifica e caracteriza a bioética no âmbito da medicina é indubitavelmente a proteção tanto dos profissionais de saúde bem como dos seus pacientes (BOURGEAULT, 1989, p. 64). Embora os autores da bioética principialista, Beauchamp e Childress (2013), esclarecem que, em tese, os quatro princípios da ética biomédica não são absolutos, podendo ser sopesados e colocados de lado em situações concretas³¹. No entanto, a própria obra seminal e que até hoje melhor versa sobre o principialismo, não traz um exemplo sequer no qual a autonomia efetivamente deva ceder em face da beneficência médica.

A aproximação dos princípios éticos sempre induzirá a redução de complexidades, eles agem como o *manto de encarnação ritual* (CLOUSER; GERT, 1990, 219), por respeitar o princípio da resolução dos dilemas éticos. A questão da legitimação filosófica da aplicação dos princípios é evacuada e substituída, pelo que se aparenta a legitimação do processo que facilita a tomada de decisão, permitindo assim, livrar o ser humano de procedimentos adversos.

A bioética e dos princípios que fazem parte dela, abre um debate ligado à filosofia prática, o que significa dizer que a análise do problema concreto na perspectiva normativa ética e moral.³²

³¹ Apesar de que Beauchamp e Childress na obra *Princípios de ética biomédica* (respeito à autonomia, não-maleficência, beneficência e justiça) denotam uma *hierarquia intrínseca não absoluta*, colocando o princípio do respeito à autonomia em um primeiro plano. No entanto, esta percepção do escalonamento entre os princípios varia de acordo com o intérprete, Ferrer e Álvarez, por exemplo, apoiados na doutrina de Diego Gracia que faz uma distinção entre os princípios de ordem pública (não-maleficência e justiça) e os princípios de ordem privada (autonomia e beneficência), propõem uma prevalência dos primeiros na seguinte ordem lexicográfica: não maleficência, justiça, respeito à autonomia e beneficência (FERRER; ÁLVAREZ, 2005, p. 155).

³² Certos autores (Durand, 2005 (Hottois, 2001); (Engelhardt, 2015) sublinham que em bioética, o termo de ética foi a preferida em relação a moral em razão das suas acepções e suas conotações de senso comum onde a moral faz alusão a um sistema fechado de norma a caráter religioso, confissão e conservadorismo, contrariamente da

Com base nisso, conclui-se que os princípios bioéticos destinados a produzirem efeitos que preservem a vida, eles devem ser imparciais, evitando qualquer tipo de preconceitos culturais, pelo que devem estar interessados apenas na coerência e na força do argumento racional " (ENGELHARDT, 2015, p. 55). Contudo, a bioética exige um método ético com base no uso da razão compartilhada por todos, onde a individualidade atua como estrutura, através da qual os indivíduos encenam essa individualidade para alcançar um consenso sobre a validade das normas destinadas à ação ou tomada de decisão.

De acordo com (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2013), os princípios éticos que nos têm sido apresentados, têm-se mostrado exíguos enquanto orientações na prossecução das decisões práticas mais complexas, principalmente na área das ciências médicas e na investigação biomédica. Individualmente evidenciam-se como princípios genéricos e abstratos, os mesmos revelaram-se com pouca pertinência em matéria da orientação nas escolhas que a vida moral exige, tornando indispensável traduzi-los em algo mais específico, cujo conteúdo fosse capaz de nos servir de orientações para ações da vida real e no âmbito de uma plataforma concreta.

Com base nos autores acima referenciados, as normas genéricas de obrigação como aquelas que estabelecem direitos e obrigações, nas quais incluem os princípios abstratos e as regras orientadoras, caracterizam-se como soluções sólidas no exercício dos profissionais da saúde. Os princípios são cristalinamente apresentados como deveres, *prima facie*, isto é, como princípios que, embora devam ser acatados, cumpridos na sua plenitude e inteireza, nem sempre é possível fazê-lo, na medida em que, muitas vezes o respeito por um princípio obriga a desrespeitar o outro, com o qual aquele está em conflito. Destarte, (LARISSA CARVALHO, 2018, p. 28 apud AZEVEDO, 2010, p. 6) afirma:

Um dos campos da atividade médica mais prolífica em questões sobre a responsabilidade civil é o da transfusão sanguínea. Com efeito, sobretudo após a descoberta do vírus HIV, a potencialidade danosa desse tipo de tratamento médico mostra-se ainda mais evidente. A questão ganhou publicidade e alcançou proporções dramáticas recentemente em diversos países pela contaminação de centenas de pessoas por sangue contaminado utilizado em hospitais públicos para transfusões. Além da AIDS, outras doenças podem ser transmitidas com o procedimento de transfusão sanguínea, como a sífilis, a hepatite e a doença de chagas, para citar apenas as mais comuns (LARISSA CARVALHO, 2018, p. 28 apud AZEVEDO, 2010, p. 6).

ética esta associada a um questionamento secular, pluralista e aberta. Ela valorizaria fora do rigor, o empirismo, o livre exame e o racionalismo. Pensando a bioética como fonte de produção de racionalidade das soluções numa era de muitas incertezas (Engelhardt, 2015, p. 46), a palavra moral tem sido rapidamente propagado afim de dar a luz, esclarecimento sobre a vontade de adotar uma aproximação aberta e prospetiva (Durand, 2005, p. 91)

4.1 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA

O princípio da autonomia é constantemente invocado, mas raramente questionado. No entanto, seu conteúdo significativo é ambíguo, hesitando entre autodeterminação e simples capacidade de consentimento. A ética médica empresta esse princípio da filosofia kantiana, tendo como escopo a evidenciação da dignidade humana como valor moral, porém, a ética médica distorce, externalizando a ideia segundo a qual a autonomia moral, dificilmente pode servir de base para o relacionamento terapêutico. O princípio da autonomia do paciente reside, portanto, na lógica do dever de se conformar na livre escolha do paciente ao profissional de saúde, o que seguramente corresponderá ao consentimento esclarecido. Segundo (Antunes e Nunes, 1999):

O princípio da autonomia veio trazer grandes mudanças à relação entre profissional de saúde e doente. A relação que durante anos foi pautada pelo princípio da beneficência, em que se atuava de acordo com o que parecia ser o melhor interesse do doente, numa postura paternalista, cujo dever era proteger o doente como um pai protege o filho, fazendo-lhe o bem e estabelecendo regras as quais o utente deveria obedecer sem questionar, sendo o profissional, em particular o médico o único dono da verdade (Antunes e Nunes, 1999).

Fora de qualquer abstração teórica que complexifica esse conceito, a autonomia corresponde à capacidade de compreender a própria situação e perseguir objetivos pessoais sem estar dominado por coações.³³ Este princípio estabelece que o paciente seja informado a fim de dispor todos os elementos necessários para se determinar conscientemente e sem pressão externa. O consentimento informado também é definido por (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2013, p. 91-92) como: "autorização autónoma de um indivíduo que aceita uma intervenção médica ou que aceita voluntariamente participar numa pesquisa". De acordo com os autores Beauchamp, Childress já mencionados, ser autônomo é ser respeitado como sujeito autônomo.

Todavia, as pessoas autónomas são descritas pela capacidade que têm de se autodeterminar, de compreenderem, deliberar, efetuarem escolhas próprias, o respeito pela autonomia advém do reconhecimento do valor da pessoa como sujeito que tem o direito de escolha própria e não o dever ou obrigatoriedade de escolher. A diferença entre autonomia e o princípio de respeito pela pessoa é igual, tendo por pressuposto basilar, a necessidade de atender àqueles cuja fragilidade provocada por certas doenças ou pela vulnerabilidade (própria das crianças, idosos ou deficientes) manifestem plenamente a sua vontade diante de uma situação concreta.

³³ Beauchamp TL & McCullough LB. Ética médica: las responsabilidades morales de los médicos. Barcelona: Editorial Labor, 1987.

Contrariamente, e merecendo o mesmo tratamento, a pessoa autónoma, cuja capacidade de autodeterminação e de autocontrolo, lhe permite agir livremente e sem o controle de influências externas. Entretanto, ao se questionar a excepcionalidade da autonomia, constata-se que a autonomia reduzida é aquela que, em alguns domínios da vida, é controlada pelos outros, em virtude dos sujeitos serem incapazes de deliberar ou agir por conta própria. A esse respeito, reporta-se os pacientes menores de idade e, que por estes motivos o seu consentimento é dependente dos seus representantes legais.

4.1.1 NÃO-MALEFICÊNCIA

Este princípio parece fazer duplo sentido com o princípio da beneficência, mas na realidade é um princípio com um status diferente. De fato, o princípio da não maleficência se inspira no *primum non nocere* de inspiração hipocrática, cujo teor está calcado em não prejudicar. Categoricamente, esse princípio impõe que todos profissionais de saúde não façam uso das suas competências para prejudicar quem quer que seja, e, mais particularmente, os seus pacientes. Nesse sentido, é certamente mais fundamental que o princípio da beneficência, na medida em que se torna moralmente mais chocante e mais desumano em causar tortura e sofrimento a outro. Segundo (ROSS, 1988, p.21):

[...] sem dúvida danar a outros é, incidentalmente, deixar de fazer o bem; mas parece-me claro que a não-maleficência é apreendida como um dever distinto da beneficência e como um dever de caráter mais estrito. [...] Mas refletindo mais cuidadosamente, parece claro que aqui o dever primário é não prejudicar a outros e que este é um dever, tenhamos ou não uma inclinação (ROSS, 1988, p.21)

Este princípio, busca conforto sobre a ideia de não prejudicar entre e não agir para concessão da ajuda. Sua importância confirma o lugar fundamental que ele ocupa no código de Nuremberg, que define um conjunto de regras internacionais em resposta às experiências efetuadas pelos nazistas sobre os seres humanos. Beauchamp e Childress, na sua abordagem analítica ao princípio e as suas implicações na ética biomédica, estes distinguem o presente princípio, enquanto obrigação de não causar danos a terceiros, enquanto obrigação de prestar auxílio os outros, isto é, de providenciar benefícios ou promover o bem e não apenas evitar o mal.

4.1.2 BENEFICÊNCIA

Este princípio de inspiração utilitarista tem fundamento na necessidade de contribuir para a felicidade de todos. Pode ser interpretado em mais diversas tarefas deontológicas e consequencialistas. Ele revela, de fato, um dever moral ligado aos outros, mas que não pode se reduzir à simples intenção independente das consequências decorrentes da sua aplicação. Essa dupla origem está sublinhada pelos autores Beauchamp e Childress que distinguem a beneficência que estabelece desde cedo uma obrigação moral e utilidade que releva as consequências do respeito a essa obrigação. [...] A beneficência positiva requer que a pessoa humana traz consigo benefícios. A utilidade exige que a pessoa pese as vantagens e desvantagens da sua ação para alcançar um conjunto ou melhores resultados possíveis.

A dificuldade relativamente a essa dupla origem, é definir em que consiste a beneficência. Ser benéfico, não pode se reduzir somente à manifestação de empatia. A beneficência estabelece uma certa boa vontade fundada em razões que devem se integrar no contexto social do qual cada um está em dívida com o outro dos benefícios que a si são dispensados. Este sentimento está enraizado na necessidade de fazer o bem e diminuir a dor e o sofrimento, tanto quanto possível, no respeito ao princípio de autonomia e da não maleficência. Em razão dessa exigência de reciprocidade, o princípio da beneficência não pode se aparentar como um paternalismo médico, de modo que, o princípio deve respeitar a liberdade do paciente e, por consequência, o princípio da autonomia. Nada menos, ele pode chegar ao ponto de o paciente fazer escolhas contrária a seus interesses, recusar certos tratamentos ou adotar um regime de via incompatível com o estado de saúde. Portanto, na sequência do que nos dizem os autores, poderemos afirmar que as obrigações, *prima facie* podem ser mais ou menos perfeitas: mais perfeitas se a obrigação que impõem é aplicável a todas as pessoas e em todas as circunstâncias, menos perfeitas se não nos é possível aplicá-las universalmente.

4.1.3 JUSTIÇA

A necessidade de aplicar este princípio é principalmente devido ao fato de vários países o acesso aos cuidados não se faz sempre como um objeto duma repartição legal e que seria indispensável definir os critérios e as funções das quais seja necessário agir para corrigir disparidades que parecem inaceitáveis tanto do ponto de vista jurídico como do ponto de vista da ética. Quando

se refere às reflexões trazidas por Aristóteles no quinto capítulo da obra *ética nicômaco*, a justiça não pode se reduzir a uma igualdade puramente aritmética, mas deve funcionar segundo a igualdade proporcional.

Assim vai se estabelecer a distinção entre a justiça comutativa que consiste em atribuir a mesma coisa a cada um, a igualdade aritmética, e a justiça distributiva que consiste em determinar para uns e para outros em função dos seus méritos ou das suas necessidades, igualdade proporcional. Por essa razão, Beauchamp e Childress consideram que é necessário completar essa concepção da justiça pelos princípios materiais cujo primeiro se funda na necessidade de responder às necessidades fundamentais da pessoa:

[...] Os princípios especificam as características pertinentes dum tratamento igual que são chamados princípios materiais porque eles identificam as propriedades substanciais da repartição. Um desses princípios é o da necessidade, segundo o qual a repartição de recurso social fundado na necessidade é justo (...). De toda evidência, nossas obrigações se limitam às necessidades fundamentais. Conceder a alguém um direito fundamental significa que este será negativamente afetado de modo fundamental, se a sua necessidade não for satisfeita. Uma pessoa pode ser negativamente afetada por exemplo em situações de má nutrição, perda do corpo ou pela não revelação de uma informação importante. (TOM L. BEAUCHAMP e JAMES F. CHILDRESS, 2007, p. 325).

A justiça distributiva de que os autores fazem menção, analisa o problema da distribuição equitativa, e adequada dos benefícios e encargos sociais. Uma das primeiras questões que se coloca sobre o terreno, está em saber como detectar princípios específicos de justiça aplicáveis aos diversos contextos da relação material controvertida ou antes dela, sobretudo, quando se assiste, por um lado, à escassez de bens devido às reduções nos recursos destinados à saúde e, por outro lado, à necessidade de distribuição das oportunidades por todos³⁴.

³⁴O princípio da justiça ou igualdade tem suscitado importantes debates filosóficos na História da humanidade, dando ensejo a interpretações das mais variadas. Aristóteles vinculou à igualdade à justiça, que pode ser comutativa e distributiva (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996). Há ainda os autores *nominalistas*, que entendem que a desigualdade é universal, e, portanto, a igualdade não passa de um nome. Já LOCKE, John. *Ensaio sobre o governo civil*. Tradução Carmo Nunes. Porto: Século XX, 1986 e Montesquieu, Charles Secondat de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1993, ao contrário, entendiam que a igualdade entre as pessoas era absoluta, pertencendo, assim, ao grupo denominado de *idealistas*. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem das desigualdades entre os homens*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, de sua parte, embora também pertença a essa última vertente, admitia a existência de dois tipos de desigualdades, a natural (ou física) e a moral (ou política). Vale, entretanto, trazer a lume as percutientes anotações de Leila Pinheiro Bellintani sobre o tema: "Através da análise histórica do princípio da igualdade [...], percebe-se, claramente, que este preceito passou por intensa evolução, tendo sua conceituação moldado-se, através dos tempos, às novas necessidades sociais. Apesar do constante aprimoramento do conceito dos ideais isonômicos, não se pode dizer que as concepções anteriores foram ultrapassadas, mas sim que houve uma agregação de significados no decorrer da história, fazendo do princípio da igualdade o preceito complexo que ora se apresenta. Assim, os estágios evolutivos não se deram de forma isolada ou independente. Ao revés, se acumularam como telhas sobrepostas, ampliando sempre o leque de acepções a serem salvaguardadas, ocorrendo o que se pode denominar de 'sobreposição de

Os eticistas profissionais consideram que, o direito de acesso igual aos recursos de saúde é uma “utópica”, em virtude de escassez de recursos, e, conseqüentemente, as desigualdades, no que se refere acesso aos cuidados de saúde, sendo, por isso, necessário estabelecer em que consiste uma justa distribuição³⁵. A inexistência de um limite aceitável de custos/gastos financeiros para melhorar os cuidados ligados à saúde dos cidadãos, e o fato de sermos muitas vezes confrontados com situações em que os princípios de justiça podem ser colocados de lado, comprometidos ou sacrificados, tem suscitado algumas dúvidas se a justiça social deve exigir de toda uma sociedade e, até que ponto a desigualdade no acesso aos cuidados de saúde e aos recursos disponíveis é um problema de justiça³⁶.

2.2.1 DA INDISPONIBILIDADE E INALIENABILIDADE DO CORPO

A indisponibilidade³⁷ do corpo humano é a reafirmação do princípio da dignidade da pessoa humana, o corpo não é uma coisa passível de ser objeto do contrato, convenção ou de uso arbitrário. Nesta perspectiva, o princípio da indisponibilidade impõe limites à livre disposição³⁸ do corpo e todos seus componentes. O corpo serve para traduzir os elementos da identidade de uma pessoa, pelo que, sem ele, torna-se impossível a sua aferição. Entretanto, a questão da indisponibilidade do corpo foi objeto de profunda reflexão, principalmente pela Igreja Católica³⁹, o que faz de si, um debate antiquado e pontual até nos dias de hoje. A não patrimonialidade do corpo reafirma-se pela interdição, aquisição, recepção ou transferência de todos os órgãos humanos a título oneroso.

significados' Predomina, portanto, a ideia de cumulação e não de alternância entre eles. Pode-se dizer, portanto, que, hodiernamente, o princípio da igualdade possui diversas faces que se integram e que devem ser constantemente observadas pelos aplicadores das leis, legisladores e pela própria comunidade". BELLINTANI, Leila Pinheiro. *Ação Afirmativa e os Princípios do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 19-20.

³⁵Impossível deixar de fazer menção, aqui, à noção de justiça distributiva de Aristóteles, que tem como base uma igualdade geométrica e consiste em dar a cada um o que lhe é devido, mas considerando a excelência que cada um possui, o seu valor (*areté*) para a polis, "(...) porque aquilo que é distribuído às pessoas deve sê-lo de acordo com o mérito de cada uma". Op. cit., p. 198.

³⁶Os autores citam Calabresi e Philip Bessit, *Tragic Choice* New York, 1966 : “por vezes situações de escassez forçam a sociedade a fazer escolhas trágicas” (PBE, pp. 240, 241).

³⁷Indisponibilidade significa que o titular de um direito não pode livremente dispor, ou seja, ele não pode executar livremente, a seu respeito, um ato de provisão legal (alienar, hipoteca) ou material (destruir).

³⁸Interessante a análise do mercado por uma perspectiva ética e moral, feita por Michael J. Sandel. Em determinado momento ele afirma: “Os economistas costumam partir do princípio de que os mercados são inertes, de que não afetam os bens neles trocados. Mas não é verdade. Os mercados deixam sua marca. Às vezes, os valores de Mercado são responsáveis pelo descarte de princípios que, não vinculados aos mercados, devem ser respeitados”. (SANDEL, 2012, p. 15).

³⁹Pierre D’ORNELLAS et les évêques du groupe de travail sur la bioéthique, *Bioéthique: Propos pour un dialogue*, DDB, février 2009.

Cumpra consignar, entretanto, que reconhece-se o livre-arbítrio do ser humano, de modo que a dignidade da pessoa humana também se fundamentaria em sua capacidade de autodeterminação, “de tal sorte que, por força de sua dignidade, o ser humano, sendo livre por natureza, existe em função de sua própria vontade.” (ANTISERI, 1986, p. 227). Outrossim, segundo a diretiva europeia em matéria de disponibilidade do corpo, em seu artigo 13º: faz referência que caberá aos estados membros estabelecerem critérios para doação de órgãos removidos de pessoas vivas ou mortas, desde que sejam voluntárias, solidárias e não remuneradas.

O presente princípio, enfatiza as reflexões filosóficas sobre os vínculos entre a pessoa enquanto sujeito e a personalidade jurídica de que lhe é inerente. Qualquer subversão, deve estar imbuída de uma ontologia-antropológica, que subjaz na aferição da responsabilidade ética e de censura criminal. Paralelamente a isso, e merecendo o mesmo tratamento teórico dialético, a corrente conhecida como "reificação", que defende a existência de uma propriedade sobre seu corpo, que parte do princípio da consubstancialidade do corpo e da pessoa, nesta corrente:

[...] O corpo da pessoa, mesmo em vida, é uma componente inseparável, o que leva a descartar qualquer idéia do direito de uma pessoa a seu corpo, não para limitar os poderes de todos sobre si mesmo, mas porque que a liberdade dele é demasiadamente fundamental para considerarmos o corpo como um objeto distinto do próprio sujeito da lei⁴⁰

O princípio da indisponibilidade do corpo humano foi pensado sob dois aspectos fundamentais: a impossibilidade de comercializar ou dar uma pessoa, a impossibilidade de minar sua integridade. Amplamente criticado, o argumento defendido consiste em mostrar que permanece. Quando novos ataques ao corpo foram autorizados, o princípio da indisponibilidade deixou o direito privado para se estabelecer no direito público. Nesse contexto, abrange dois outros aspectos. Assume a forma, por um lado, de um princípio de economia⁴¹ que evita interferências desnecessárias e tem o objetivo de não proibir, mas evitar ataques em seu aspecto externo e limitá-los em seu obturador interno. Por outro lado, é um princípio de não negociação, que proíbe um ato referente a compra e venda das partes do corpo

⁴⁰ F. Terré et D. Fenouillet, *Les personnes, les familles, les incapacités*, Dalloz, 7e édition, 2005

⁴¹ Por indisponibilidade, entendeu-se, no direito privado, a idéia de que a integridade corporal é de ordem pública, e, portanto, invisível às convenções. Por isso duas idéias foram apontadas. Por um lado, a integridade corporal estava além do alcance de convenções particulares. A estrutura construída que reconhecidamente autorizou o ataque não permitiu que ele fosse negociado em um ambiente privado. Por outro lado, apenas uma razão de ordem pública autorizou o ataque e, em particular, a saúde pública. Se a saúde perseguida não fosse mais estritamente a da pessoa que sofreu o ataque, somente a saúde pública justificaria os novos ataques.

humano, supervisiona publicamente os ataques para garantir tratamento igual aos corpos dos sujeitos.

Uma das formas tem sido inventar, legalmente, mecanismos para a circulação de elementos sem lucro e excluir o mercado. Esses dois aspectos estendem o princípio da indisponibilidade no direito privado no direito público. No entanto, o princípio é ameaçado, tanto pela exigência de acesso à saúde quanto pela dimensão subjetiva da mesma, bem como pela interferência da lógica do lucro. Este é um princípio de capital importância na proteção da dignidade da pessoa humana, pois proíbe uma pessoa de lucrar com a transferência de elementos e produtos de seu corpo o que é profanação⁴² ao corpo. Ao fazê-lo, protege todas as pessoas, mas provavelmente até as mais desfavorecidas da sociedade como acima mencionamos, contra os riscos do tráfico que dificilmente são compatíveis com a dignidade da pessoa humana.

2.2.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA DECLARAÇÃO UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA E DIREITOS HUMANOS

Com o término da 2ª Guerra Mundial e consagrada a vitória dos países aliados como: França, EUA, Inglaterra, e a União Soviética, desencadeou-se a necessidade de julgar os crimes bárbaros, hediondos, cometidos pelos chefes nazistas da Alemanha contra populações civis, em especial, ao holocausto judeu⁴³. Por volta do ano de 1945, foi instaurado o Tribunal Internacional de Nuremberg⁴⁴ tido como tribunal de exceção, que visava julgar crimes, em

⁴² Para entender esse ponto concretamente, é possível referir-se à maneira pela qual Francis D. Moore - chefe do departamento de cirurgia do hospital de Boston, onde os primeiros transplantes realizados por David Hume ocorreram na década de 1950, depois os realizados por Joseph Murray - apresenta as condições éticas a serem respeitadas para um transplante. Essas condições se relacionam com o homem, o laboratório, a instituição e o paciente e estes são os dois primeiros que se relacionam com o problema levantado no sacrifício: "Quanto *ao homem* a quem confiamos esse tipo de inovação, deve haver uma pessoa em última instância responsável (mesmo que ela esteja cercada por uma equipe de assistentes) e ela deve ter certas qualificações especiais. Deve ser alguém que estudou a doença em detalhes. Ele deve ter a capacidade de ver claramente no meio dos fragmentos de novos que apresentam resultados clínicos. Isso só pode vir da experiência com a doença. [...] O treinamento através de pesquisas de *laboratório* permite distinguir entre abordagens éticas e aventuras infundadas. Essa experiência em pesquisa de laboratório deve incluir um compromisso pessoal em vários protocolos experimentais relativos a novos tratamentos. (Moore, 1972, p. 317).

⁴³ Afirma Peter Härberle (2005, p. 90-97) que a dignidade da pessoa humana se impôs como uma espécie de "lugar comum" das ordens constitucionais européias após a Segunda Guerra Mundial. Dentre outros fatores, os horrores vivenciados durante o trágico evento ora referido. A declaração da dignidade da pessoa humana como fundamento dessas constituições aponta para uma mudança no paradigma do pensamento jurídico-estatal, o qual, nesse momento, voltava-se para uma reflexão jurídica pautada em valores.

⁴⁴ Cf. Tribunal Internacional de Nuremberg - 1947 Trials of war criminals before the Nuremberg Military Courts. Control Council Law 1949; 10(2): 181-182. "O Código de Nuremberga é composto por dez princípios que visam regulamentar a investigações com seres humanos obrigando o investigador a obter o consentimento informado de quem está sujeito a participar em investigações no campo da saúde, a Declaração de Helsínquia definiu os

âmbito internacional, cometidos contra a humanidade. No mesmo ano, a Carta das Nações Unidas, assinada por diversos países, com destaque a preservação da paz e a necessidade de valorização das pessoas, traz em seu preâmbulo a ideia segundo a qual a dignidade é direito fundamental do homem.

Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos reconheceu a dignidade humana como direito inalienável a cada pessoa, bem como fundamento da justiça, paz e liberdade no mundo. Em seu artigo 1º prevê que: “*Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade* (Artigo 1º da DUDH).”⁴⁵ Deste modo, o tema da dignidade da pessoa humana passou a ser tratado mundialmente como direito fundamental, orientando as normas internas de vários países. Ensina a jurista Carmem Lúcia relata que:

[...] Sendo valor supremo e fundamental, a dignidade da pessoa humana é transformada em princípio de direito a integrar os sistemas constitucionais preparados e promulgados a partir de então, alterando-se, com essa entronização do valor e a sua elevação à categoria de princípio jurídico fundamental, a substância mesma do quanto constitucionalmente construído (CARMEN LUCIA, 1999 p.29)

A Constituição alemã de 1949, ou seja, a primeira a incorporar o princípio da dignidade humana como norma fundamental⁴⁶ do Estado. Transcorridos alguns anos, notabilizou-se, o surgimento de outros diversos diplomas legais, em plena harmonia com os princípios universais dos direitos humanos, como a Declaração da UNESCO sobre Racismo e Preconceito Racial de 1978⁴⁷; Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Portadores de Deficiências de 1975⁴⁸; e posteriormente, a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, aprovada em 1997, que trata do desenvolvimento científico e da necessidade de normas éticas para acompanhá-lo.

princípios éticos que deveriam regular o comportamento dos profissionais que participam em investigações médicas em seres humanos”.

⁴⁵Unesco. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Brasília: Representação da Unesco no Brasil, 1998 [acesso em 12 jan. 2017]. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>.

⁴⁶SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 39. V., também, do mesmo autor, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2001, p. 105.

⁴⁷UNESCO – visava promover a ascensão e consolidação da noção da humanidade, que seria o mesmo que afirmar a igualdade de todas as pessoas, não existindo, portanto, qualquer diferença que poderia impedir o seu grupo social de todas as pessoas a categoria universal de humanidade.

⁴⁸A declaração dos direitos da deficiente aprovada pela assembleia das Nações Unidas da ONU, nos termos da Resolução XXX/3.447, de 9 de Dezembro de 1975. Onde o termo deficiente designa toda pessoa em estado de incapacidade de prover por si mesma, no todo ou em parte, as necessidades de uma vida pessoal ou social normal, em consequência de uma deficiência congênita ou não de suas capacidades físicas ou mentais, ONU 1975.

Com o passar do tempo, a bioética ganhou cada vez mais espaço no cenário mundial, sendo que a partir das décadas de 1980 e 1990, o seu conceito passou a ser reestruturado, visando a integração de uma visão conceitual mais ampla, pautada no respeito aos direitos humanos universais. Ficou cada vez mais notório, com a promulgação da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos no ano de 2005⁴⁹.

Importa destacar que, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos foi criada por aclamação na 33ª Sessão da Conferência geral da UNESCO, foi fruto de intensos debates, com o pretexto de buscar uma plataforma legal que faria com que os Estados pudessem ter uma orientação quanto a posição ética consensual dos países, relacionada à medicina e tecnologias associadas, aplicadas rotineiramente aos seres humanos. No entanto, a 4ª Sessão do Comitê Intergovernamental de Bioética, ocorrida em 5 de janeiro de 2005, sendo apresentada a 4ª versão do projeto de texto da Declaração, foi efetivamente concluída em junho do mesmo ano, tendo sido na sequência, implementada na Conferência Geral da Unesco em outubro daquele ano.

O Comitê da UNESCO visava elaborar um documento que servisse de alicerce e como instrumento normativo universal para a bioética, com natureza estritamente formal. Depois de várias discussões, o texto foi aprovado pelo consenso entre os Estados-partes da seção acerca da necessidade de tomarem medidas legislativas e administrativas com vista a implementar os princípios contidos na DUBDH. Nas palavras de Garrafa: [...] “O teor da Declaração muda profundamente a agenda da bioética do Século XXI, democratizando-a e tornando-a mais aplicada e comprometida com as populações vulneráveis, as mais necessitadas.”⁵⁰.

Sem se descurar do prefácio da DUBDH (Declaração Universal Sobre Bioética e Direitos Humanos), apresentado por *Koïchiro*⁵¹, estabelece que a “Declaração, tal como o seu título indica, incorpora os princípios que enunciam o respeito pela dignidade humana e liberdades fundamentais.” A aprovação da DUBDH (Declaração Universal Sobre Bioética e Direitos Humanos), demonstrou uma mudança de paradigmas relativamente ao conceito de bioética. Foi um marco histórico da universalidade dos princípios, adotando-se uma definição ampla da

⁴⁹Barbosa, S. D. N. (2011). Bioética no Brasil. **Bioética em debate: aqui e lá fora**. Brasília, IPEA, 2011, pp 117-130.

⁵⁰Unesco. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Brasília: Representação da Unesco no Brasil, 1998 [acesso em 12 jan. 2017]. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>.

⁵¹Matsuura K. director-geral da Unesco na sessão extraordinária do Comitê Internacional de Bioética, realizada em 28 de janeiro de 2005, Paris.

bioética, transpondo os aspectos biomédicos, para alcançar a responsabilidade social dos governos em termos de saúde e bem-estar coletivo.

Devemos também considerar que a conquista alcançadas tiveram um ponto gravitacional em matéria de respeito à diversidade cultural, a luta contra a pobreza e exclusão social em suas diversificadas formas⁵². De qualquer forma, é fundamental notar que a dignidade humana reforçada pelos diplomas internacionais retro mencionados, incide sobre uma pluralidade de valores que perpassam a vertente jurídica, tornando-se imperioso a concepção de boa vida humana em todas suas dimensões, para (CONOTILHO e MOREIRA, 2007, p. 198-199):

A dignidade humana não é jurídica constitucionalmente apenas um princípio limite. Ela tem um valor próprio e uma dimensão normativa específicos. Desde logo, está na base de concretização do princípio antrópico ou personi cêntrico, inerente a muitos direitos fundamentais (direito à vida, direito ao desenvolvimento da personalidade, direito à integridade física e psíquica, direito à identidade pessoal, direito à identidade genética). Por outro lado, alimenta materialmente o princípio da igualdade, proibindo qualquer diferenciação ou qualquer pesagem de dignidades (CONOTILHO e MOREIRA, 2007, p. 198-199)

Ressalte-se que o consenso sobreposto a dignidade humana à luz da Declaração Universal da Bioética e dos Direitos Humanos, tem um sensor universal, pelo que, o status social compactado, é nutricional a implementação dos demais países, em virtude da sua interconexão com os paradigmas éticos, morais e até jurídicos.

2.2.3 BIODIREITO NAS PESQUISAS COM SERES HUMANOS

Impõe-se esclarecer que não se pode falar de Biodireito⁵³ sem imiscuir-se nas questões éticas, que envolvem na maioria de casos, problemas relacionados às relações terapêuticas. O biodireito representa escolhas da sociedade feitas no campo da ética biomédica com padrões legais. Diante disso, extrai-se, de pronto, que os direitos dos pacientes devem estar cada vez

⁵²Saada, A. **La declaración universal sobre bioética y derechos humanos**: ampliación democrática para una sociedad más justa. *Revista Brasileira de Bioética*; 2006, 2(4), pp. 413-422.

⁵³Definido na enciclopédia eletrônica Wikipédia, Biodireito é o ramo do Direito Público que se associa à bioética, estudando as relações jurídicas entre o direito e os avanços tecnológicos conectados à medicina e à biotecnologia; peculiaridades relacionadas ao corpo, à dignidade da pessoa humana. O Biodireito se associa a cinco matérias: Bioética; Direito Civil; Direito Penal; Direito Ambiental; Direito Constitucional, principalmente no artigo 5º inciso IX da Constituição Federal de 1988, que proclama a liberdade da atividade científica como um dos direitos fundamentais, sem deixar de penalizar qualquer ato perigoso (imperícia) na relação médico-paciente e imperícia do cientista, levando em conta questões conflitantes como aborto, eutanásia, suicídio assistido, inseminação artificial, transplante de órgãos, OGM (Organismos Geneticamente Modificados) e clonagem terapêutica e científica (RUBENS EVANDRO, p.8) .

mais presentes no radar do procedimento médico-científico, com o pretexto de salvaguardar a dignidade da pessoa humana, principalmente em situações de célere avanço das ciências biotecnológicas.

A ética e a responsabilidade da ciência devem integrar a formação humana, de modo a incentivar os cidadãos, desde cedo, a uma atitude positiva com relação à reflexão, atenção e consciência sobre os dilemas éticos que a ciência pode suscitar (UNESCO, 2003).

Dentro dessa linha de raciocínio, pode-se afirmar como correta e necessária a aplicação dos princípios bioéticos, elencados nas pesquisas com seres humanos. Entretanto, a realização de experimentações humanas, sempre foi considerada imprescindível no campo da descoberta de novas fórmulas farmacêuticas e terapias experimentais, envolvendo o transplante de órgãos, resultado das grandes descobertas no campo biotecnológico. Às controvérsias a respeito da necessidade de imposição de limites, com vista a respeitar o direito dos pacientes submetidos a experimentações, (BARBOZA, 2000, p. 212):

A formulação de tais princípios se dá de modo amplo, para que possam reger desde a experimentação com seres humanos até a prática clínica e assistencial. Sua observância deve ser obrigatória sempre e quando não entrem em conflito entre si, caso em que se hierarquizam conforme a situação concreta, o que significa dizer que não há regras prévias que dêem prioridade a um princípio sobre outro, havendo a necessidade de se chegar a um consenso entre todos os envolvidos, o que constitui o objetivo fundamental dos comitês institucionais de ética. (BARBOZA, 2000, p. 212).

As pesquisas biotecnológicas no seio das ciências médicas e suas respectivas respostas no campo pragmático, vai de encontro à busca de humanização do progresso científico. Pode-se certamente afirmar, que em um primeiro momento, que o Biodireito é o ramo do Direito que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana em face dos avanços da Biologia, da Biotecnologia e da Medicina. Seu surgimento é reforçado pelos desafios científicos que interferiram na vida humana. Para Diniz (2001):

[...] Como o direito não pode furtar-se aos desafios levantados pela biomedicina, surge uma nova disciplina, o biodireito, estudo jurídico que, tomando por fontes imediatas a bioética e a biogenética, teria a vida por objeto principal, salientando que a verdade científica não poderá sobrepor-se à ética e ao direito, assim como o progresso científico não poderá acobertar os crimes contra a dignidade humana, nem traçar, sem limites jurídicos, os destinos da humanidade (João Paulo e Carla Aparecida, 2016, p. 79 Apud Diniz, 2001).

É fundamental e torna-se necessário a reação do direito positivo para resolver possíveis conflitos éticos que possam surgir no dia-a-dia, o biodireito vem estabelecer, dar diretrizes procedimentais dos quais as ações humanas no campo prático dos profissionais de saúde. O

direito cuidará de considerar a quantidade de valores a merecer tutela jurídica capaz de equilibrar de um lado as mais diversificadas descobertas científicas. Configura-se relevante que o biodireito seja reflexo do campo jurídico no tratado de valores essenciais do homem e do equilíbrio social. Cabe ressaltar, no entanto, que os problemas morais levantados pela pesquisa biomédica, biológica ou genética e das suas aplicações, têm impactos sobre a vida moral e ética, na medida em que mexe com os seres humanos com o fundamento da dignidade da pessoa humana. Este posicionamento é suportado pelo preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao aferir que: [...] O reconhecimento a dignidade da pessoa humana é inerente a todos membros da família humana, a igualdade dos seus direitos, a inalienabilidade constitui fundamento da liberdade, da justiça, da paz no mundo.

Em questões relativas a doação e transplante de órgãos e tecidos, a bioética e o biodireito são instrumentos importantíssimos para dar critérios para o exercício de uma prática segura, tanto para os profissionais de saúde, bem como, para os pacientes, estes últimos, caracterizados como os mais vulneráveis na relação médico-paciente. O biodireito, então, surge do cruzamento da bioética com o direito, tendo a vida por objeto principal, sendo certo que a verdade científica não poderá se sobrepor à ética e ao direito, assim como o progresso científico não poderá acobertar crimes contra a dignidade humana, nem traçar os destinos da humanidade, sem limites jurídicos (DINIZ, 2011).

Na perspectiva geral, a primeira demonstração resulta que toda experimentação com os seres humanos, passa evidentemente pelo crivo dos princípios bioéticos, tidos como comandos “prima facie” na atuação médica. Nesta perspectiva, embora as experiências científicas tragam inúmeros benefícios para a sociedade, elas são submetidas a um mar de procedimentos mediante diretrizes norteadoras a serem perseguidas para preservar a vida e a integridade física do indivíduo.

2.3 ANÁLISE GENÉRICA DO TRÁFICO DE ÓRGÃOS HUMANOS NO MUNDO

Com o avanço das ciências biomédicas e da tecnologia, criou-se nas sociedades contemporâneas uma maior procura de órgãos humanos para transplante. O tráfico de órgãos é hoje uma realidade polifônica em quase toda parte do mundo, tendo crescido exponencialmente o número de indivíduos envolvidos no negócio ilícito de tráfico de órgãos humanos para vários fins, especialmente para o transplante.

O termo em análise "tráfico de órgãos" faz menção a atividades ilegais que tem em vista a comercialização de órgãos e tecidos humanos para fins de transplante ou outras categorias, sem se descuidar do seu gênero, o tráfico de pessoas, cuja incidência, das mais diversificadas, remonta a intenção de remover os seus órgãos humanos por meio de "turismo de transplante"- em que os pacientes viajam para o exterior em busca de um transplante (ilegal) de um doador entre as pessoas vivas ou falecidas (Study on Trafficking in Human Organs, European Union, 2015).

O Tráfico de órgãos humanos é tido como a terceira atividade ilícita mais rentável do globo terrestre, perdendo somente para o tráfico de armas e o de drogas de acordo com os dados das Nações Unidas, afetando mais de 20 milhões de seres humanos.⁵⁴ Apesar de nefasto e degradante situação, tratar seres humanos como objeto passível a comercialização tem sido uma prática contínua hodiernamente, com base em diversos relatórios dos direitos humanos em vários países pelo mundo. No entanto, a ética dos direitos humanos vê no outro um ser de igual consideração e respeito, dotado do direito de desenvolver suas potencialidades humanas, de forma livre, autônoma e plena, esta vertente é seguramente reafirmado pelos princípios bioéticos. O homem dentro da sua esfera natural, 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*⁵⁵. É inadmissível então, dispor do homem para fins contrários aos princípios éticos e legais, como por exemplo, mutilá-lo, degradar ou matar⁵⁶.

Para Alencar (1992), o tráfico de órgãos no mercado humano tem como receptores pessoas ricas, indispostas a submeterem seus familiares ao procedimento de transplantação, daí que recorrem ao comércio ilegal. Por outro lado, os doadores são os indivíduos mais vulneráveis da sociedade⁵⁷, aqueles que vendem parte do corpo em troca de uma determinada quantia para a sobrevivência, aceitando quantias irrisórias como pagamento. Estes doadores dificilmente

⁵⁴ Rights-Latin America: Human Traffickers Use Lure Of Better Life. *Global Information Network*, Nova Iorque, 24 ago. 2006. p. 1.

⁵⁵ PATTON, Herbert J. The Categorical imperative; a study in Kant's moral philosophy. Philadelphia: University of Pennsylvania, 1948, p. 129. . Disponível em: <http://books.google.com.br>

⁵⁶KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Martin Claret: São Paulo, 2005. p. 59.

⁵⁷Segundo Panjabi (2010), o tráfico de órgãos refere-se à prática injusta de usar o segmento vulnerável de um país ou população (definido por status social, associação etnia, gênero ou idade) como fonte de suprimento de órgãos. Esse mesmo autor diferencia a venda de um órgão ilegal, o que implica que um órgão é comprado de um doador a ser transportado com mais frequência para um país diferente, e a prática de tráfico de seres humanos envolvendo, a fim de obter seus órgãos, violência e às vezes até a morte do doador.

recorrem à polícia após terem sido submetidos a cirurgia, pois são ameaçados pelos corretores de órgãos a não revelarem.

2.3.1 Considerações gerais na luta contra o tráfico de órgãos humanos

Há um consenso em todos sectores da sociedade sobre as dificuldades de combater o tráfico de órgãos humanos, mesmo diante de diversos repertórios legais espalhados pelo mundo (Panjabi, 2010). Uma das primeiras dificuldades está ligada ao seu perfil transnacional que remete a interferência de uma rede de especialistas, envolvendo pessoal médico, jornalistas, políticos, o sector de justiça de diversos quadrantes, agentes migratórios etc. Diante dessa rede, a confidencialidade coloca em causa a própria estrutura comunicacional, Meyer (2012):

[...] O tráfico de órgãos envolve necessariamente uma intervenção médica; no entanto, a supervisão da prática médica, em particular a que diz respeito à confidencialidade, limita consideravelmente o acesso a arquivos e dados, fortalecendo assim a opacidade das práticas associadas ao tráfico de órgãos humanos.

Segundo Ambachtsheer e Weimar (2012), o tráfico de órgãos é um dos crimes mais difíceis de detectar. Várias razões são citadas pelos especialistas para explicar essa peculiaridade. A primeira, decorre das poucas queixas apresentadas pelas vítimas; os processos do acusado são, portanto, bastante raros. Esses dois autores apontam, como uma segunda barreira, a problemática da falta de prioridade atribuída ao tráfico de órgãos pelas autoridades governamentais, nos níveis local, nacional e internacional. Essa falta de prioridade está associada, de acordo com Francis (2010), à ambivalência dos países, no que diz respeito à aplicação de leis contra este tráfico.

Porque, no final, há um mal-estar na criminalização de pessoas que procuram órgãos (Francis e Francis, 2010), mas também de quem os vende. Compradores e vendedores encontram-se em um estado de desordem que envolve os protagonistas de um dilema cuja fórmula em inglês se resume em: "buy or die (AMBACHTSHEER e WEIMAR, 2013, p.12)". É isso que faz Mornington (2011, p.58) dizer que o mercado de órgãos acaba por ser "o lugar de duas angústias, a de vendedor e comprador". Os autores que estudam o assunto de tráfico de órgãos também relatam a dificuldade de combater esse crime devido à sua natureza transnacional e, conseqüentemente, da existência de várias jurisdições envolvidas nesse tipo de crime (Francis e Francis, 2010).

Armadilhas adicionais surgem, como já observamos, da multiplicidade de atores envolvidos no tráfico de órgãos humanos (Ambachtsheer, Zaitch e Weimar, 2013). Por fim, outra dificuldade, dificultaria a luta contra este tráfico, estaria ligada à observação seguinte: os países priorizaram a aplicação da lei em vez de colocar ênfase na prevenção e assistência às vítimas (Kelly, 2013). Mesmo se mencionamos as dificuldades específicas da luta contra o tráfico de órgãos, devemos reconhecer seu ponto comum com todas as outras formas de tráfico.

2.3.2 FUNDAMENTO CONTRA A COMERCIALIZAÇÃO DE ÓRGÃOS HUMANOS: EXPLORAÇÃO DA VULNERABILIDADE HUMANA

Pioneiramente os relatos a volta da comercialização de órgãos humanos datam do final dos anos 80, especificamente por transplante médicos nos Estados do Golfo, o que resultou em altas taxas de mortalidade entre pacientes que compraram rim na Índia e voltaram para casa (seus países de origem) para o diagnóstico clínico e a efetivação do tratamento. Os médicos de altas patentes manifestaram entre junho de 1984 e maio de 1988, 130 pacientes dos Emirados Árabes Unidos e Omã, viajaram a Bombaim para comprar rins pertencentes a doadores indianos vivos, (SALAHUDEEN, 1990); uma prática que não foi criminalizada na Índia até 1994.

Na mesma ocasião, a antropóloga Scheper-Hughes (1990, p.11) escreveu em sua célebre obra, sobre rumores decorrentes de roubo de órgãos durante sua pesquisa etnográfica no Brasil. A volta disso, concluiu que existe o comércio internacional de órgãos para pacientes ricos transplantados no primeiro mundo. " Embora histórias semelhantes ainda estejam sendo reportadas hoje pela mídia para explicar desaparecimentos misteriosos.

Cabe ressaltar que, um dos principais argumentos contrários à comercialização de órgãos é a salvaguarda da dignidade da pessoa humana e, em particular, das pessoas vulneráveis. A esse respeito, assevera (BERLINGUER E GARRAFA, 2001, p.98):

[...] O mercado de corpos realmente não se dá somente entre indivíduos economicamente, culturalmente, e quase sempre eticamente em situação de desigualdade, mas traz de um lado indivíduos isolados, sem capacidade de organização para proteger seus próprios direitos, e do outro uma força sustentada por meios, associações, estruturas, profissões, instrumentos de comunicação (BERLINGUER E GARRAFA, 2001, p.98)

O transplante de órgãos humanos foi nas últimas décadas sujeito a uma evolução que veio permitir o tratamento e, conseqüentemente, a cura para diversas patologias. O atual estágio do

desenvolvimento da tecnologia biomédica enseja esperança para sociedade e prolongamento de vida de milhares de pessoas, porém, este panorama criou bases para existência e proliferação do mercado negro em razão da crescente demanda. Observe-se, ainda, que enquanto o conceito normativo vem sendo aperfeiçoado, novas estratégias são implementadas, envolvendo sujeitos cujo dever é proteger. No entanto, no bojo desse estado de coisas inconstitucionais, emerge a necessidade de adoção de medidas que acabem com o mercado negro, em decorrência de a colheita de órgãos mediante a contrapartida financeira ser ilegal e imoral.

A comercialização de órgãos humanos na sua prática mais comum refere-se à compra e venda. Do outro lado, existe um “receptor” prestes a morrer enquanto aguarda por um dador compatível, estando por isso, disposto a pagar qualquer quantia financeira que lhe for demandada por um órgão. Por outro lado, existe um “doador”(es), com fracos recursos econômicos, encontram-se dispostos a ceder um dos seus rins ou qualquer outro órgão regenerável a troca de recursos financeiros, sobrevivendo no caso em apreço, com apenas um rim. É genericamente sabido que a prática de comercialização de órgãos é frequente em várias regiões do mundo, nomeadamente África Médio e Extremo Oriente, Índia, América Latina, Europa, Ásia.

Tal fato ocorre em virtude de em muitos desses países não possuírem legislação que proíba expressamente a venda ou a compra de órgãos para transplante. Certo é que, em muitos outros países como Irão, Egito, por exemplo, é possível encontrar anúncios jornalísticos de venda de rins provenientes de pessoas que estão dispostas a ceder este órgão por dinheiro.⁵⁸ Esta forma de engendrar lucros, mediante partes específicas do corpo humano foi-se transformando num comércio cada vez mais organizado. Esta organização que se envolve no comércio, geralmente tem o apoio direto de médicos que compactuam com tais práticas, ou ao menos colaborar na comercialização, realizando a colheita, e, muitas vezes, o transplante. Segundo Leo Pessini e Christian de Barchifontaine:

[...] “A falta de órgãos gerou uma busca desesperada. Muitos doentes viajam para outros países, na esperança de conseguirem um transplante. Nessa busca angustiante de salvar a própria vida, vê-se que as pessoas não estão muito interessadas em questões éticas, como por exemplo saber de que modo o órgão foi obtido”⁵⁹. A doação de órgãos deve obedecer a um princípio de

⁵⁸Cf. Rafael Matesanz, “**Tráfico de órgãos: Hechos, ficciones y rumores**”, *Nefrologia*, Vol. XIV, 6 (1994), p. 634.

⁵⁹Leo Pessini e Christian de Paul de Barchifontaine, **Problemas atuais de bioética**, Editora do Centro Universitário de São Camilo, Edições Loyola, São Paulo, 2002, 6.^a edição, p. 326.

gratuidade orientado por uma lógica altruísta, sendo de considerar como ilícita a comercialização de material biológico.⁶⁰

O pagamento como contrapartida do órgão obtido, para além de desencadear uma violação do princípio ético de solidariedade, interfere também na liberdade do consentimento. O doador ao proceder a entrega do órgão, não o faz motivado por sentimentos de generosidade e de boa vontade, mas o que o motiva é antes a contrapartida financeira suscetível de condicionar um consentimento livre. Muito embora haja defensores da legitimidade da remuneração paga a título de gratificação e de recompensa pelo órgão, especificamente quando não existam relações de proximidade ou de parentesco entre doador e receptor que justifiquem o interesse do dador em doar o seu órgão, deve-se compreender tal conduta como repugnante e combativa.

A compra e venda para países partes da CPLP, como Moçambique, Angola, Brasil e Portugal, em particular, as consequências negativas alastram-se, afetando também os compradores de órgãos. Estes são sempre doentes em situação crónica que procuram com algum desespero uma solução rápida e concreta para a solução do seu estado patológico. Por vezes, os doentes são apenas informados sobre os custos do tratamento e sobre a avaliação pré-transplante. Raras são as vezes que o “receptor” é devidamente informado sobre as condições em que o rim é retirado, e em que estado de saúde se encontra o seu “doador”. Nestas situações, e sem obediência a qualquer formalismo ético e procedimento rigoroso feito por profissionais de saúde comprometidos com a profissão, ocorrem sinistralidades de órgãos comprados pertencentes a portadores de doenças infecciosas, como o caso de contaminação por HIV⁶¹, e que são transplantados, propagando assim a doença para o “receptor”. Entretanto, estes argumentos são envolvidos por um forte debate ético que reúne fundamentos prós e contras da legitimidade em

⁶⁰ Tanto a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina (*vd.* art. 21º) bem como posteriormente o Protocolo adicional à Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina relativo ao transplante de órgãos e tecidos de origem humana (*vd.* art. 21º) dispunha que o corpo humano e as suas partes não devem dar lugar a ganhos financeiros.

⁶¹ Uma transplantação não está isenta de riscos. No entanto, o mais importante fator de risco para o doente, numa transplantação, é a morte enquanto se encontra na lista de espera para transplante, por não ter conseguido um órgão a tempo. A transplantação tem o risco do procedimento operatório em si, da imunossupressão permanente necessária em transplantação de órgãos e da transmissão de doenças (doenças transmissíveis e comunicáveis). Os fatores que influenciam o resultado clínico da transplantação são complexos: há uma interação entre dois sistemas biológicos diferentes, ou seja, o do doador e o do receptor. Portanto, ao avaliar o risco de uma transplantação, é necessário ter em consideração o dador e o receptor. Em ambos os casos, os potenciais benefícios de um procedimento de transplantação devem sobrepor-se aos riscos. A comunicação transparente destes riscos é de vital importância entre todas as partes do processo de doação. COMITÉ EUROPEU, 2013, p. 22)

face do princípio da autonomia de comercialização do corpo humano e dos seus órgãos para fins de transplante.

Aqueles que se opõem à comercialização de órgãos defendem que esta é uma prática de exploração e instrumentalização da pessoa humana e da sua dignidade, opondo-se por completo ao princípio de solidariedade que está na raiz de qualquer doação realizada em vida. Esta posição contra o comércio de órgãos reflete-se na maioria dos documentos ético-jurídicos que regulamentam os transplantes. Neste contexto, destacam-se os “Princípios orientadores para a transplantação de órgãos humanos”, declarados pela Organização Mundial de Saúde, em 1991, onde se considera que o corpo humano e as suas partes não podem ser sujeitos de transacções comerciais, e que é proibido atribuir ou receber qualquer pagamento pelos órgãos.²¹⁶

O argumento da proibição da comercialização de órgãos humanos é essencialmente fundado sobre os princípios éticos. Em razão da multiplicidade de argumentos preferimos trazer à superfície dois argumentos fundamentais: em primeiro lugar, o tráfico de órgãos humanos favorece a exploração de pessoas mais vulneráveis e mais pobres da sociedade e contribui grandemente para a coisificação do corpo humano pelo comércio, pela troca como se de qualquer coisa se tratasse. De seguida, a comercialização de órgãos violaria a ética médica e cria uma concepção utilitarista do ser humano, e, em particular, do seu corpo. Para Awaya (1994) o tráfico de órgãos humanos considera-se uma prática de neo-canibalismo.

Ao contrário, não se pode em hipótese alguma atribuir um preço à pessoa, assim como às partes que constituem o seu corpo, tendo em conta que ele representa em si um valor indeterminável e não quantificável. Além disso, a comercialização de órgãos acarreta consequências negativas para a pessoa e para a sociedade, ao anular o princípio ancestral que gere a doação de órgãos para transplantes, a saber, a solidariedade. Para Hottois (2009) ao afirmar que:

[...] “A desintegração mercantil dos corpos individuais terá um efeito de dissociação no corpo social, pois destrói símbolos e sentimentos comunitários fundamentais: a solidariedade de base, o vínculo social, o altruísmo e a generosidade, o olhar fixado no corpo do outro e, portanto, a relação com o outro. Hottois (2009).

Nenhum tecido social consegue suportar e resistir semelhante desmembramento dos seus elementos. O simbolismo da doação como relação pura, desinteressada, é socialmente indispensável”⁶². Quer isto dizer que, a publicização da compra e venda de órgãos e a facilidade

⁶²Gilbert Hottois, “Corpo humano”, in Gilbert Hottois e Jean-Noël Missa (dir.), **Nova enciclopédia da bioética**, Instituto Piaget, Lisboa, 2003, p. 193.

com que esta prática pode ser feita afeta a dádiva voluntária e solidária. Este acontecimento cria, em grande medida, uma sociedade injusta e menos solidária com os outros seres da mesma espécie. Categoricamente, existe um comércio de órgãos humanos de várias partes do corpo, em particular de rins, arraigado em zonas economicamente desfavorecidas e que é apontado como uma prática ilegal e de repúdio na maioria dos documentos ético-jurídicos internacionais que regulam os transplantes de órgãos. Esta realidade, associada à escassez de órgãos para transplante, tem dado origem a debates em que, por um lado, se argumenta contra a comercialização de órgãos e, por outro, se argumenta a seu favor no sentido de a legalizar.

O fundamento assumido contra o comércio de órgãos assenta no ideário da solidariedade, compreendida como o princípio basilar, estruturante da doação, e que se faz sentir através da gratuitidade da dádiva. Contrariamente, a posição a favor de uma legalização da compra e venda de órgãos, assenta na autonomia da pessoa, entendida como a capacidade que ela tem de decidir em relação ao seu próprio corpo, e que se reflete na vontade de querer vender ou não o seu órgão. Em nosso entender, a comercialização de órgãos humanos é eticamente repudiável, reprovável e, no entanto, não deve ser juridicamente permitida, por colocar em causa a dignidade da pessoa humana.

2.3.3 FUNDAMENTO ÉTICO

Na concepção aristotélica a ética conduz a apreciação das ações da condução das regras segundo a reflexão do justo e do injusto, do bem e do mal. O tráfico de órgãos humanos pela sua natureza e sensibilidade gera arrepio aos seres humanos, e nesse atalho, mexe-se inevitavelmente com a ética. Por isso, a ética conduz à proteção da integridade e dignidade da pessoa, pelo que o corpo humano, por ser considerado um bem da vida ou da personalidade, é merecedor de tutela por parte do direito, e a comercialização dos seus derivados seria um abandono a esse princípio. Daí que, por via da lógica, a ideia de comercializar partes do corpo humano está em um plano diferente do da força produtiva e do capital. Portanto, a dignidade da pessoa humana reveste-se de natureza ética-valorativa, que identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo.⁶³

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 54, 2001, p. 47.

O fato é que para os seres humanos o que tem valor pode tornar-se uma fonte de investimento, e isso desencadearia na criação de mercados de órgãos. É diante desse quadro que tem se justificado a proliferação de mercados negros ao redor do mundo. Para o efeito, torna-se imprescindível a sanção dos criminosos envolvidos nessa rede ilegal. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, quando se refere sobre a dignidade da pessoa humana, não se destaca apenas um parâmetro constitucional de natureza ética e moral, mas, também, procura estabelecer a manifestação do direito positivo interno com eficácia constitucional, o que concede maior credibilidade jurídica e fundamental à norma. (SARLET 2001, p. 112).

2.3.4 FUNDAMENTO RELIGIOSO

Na concepção religiosa, o homem tem um lugar privilegiado e central, o ser humano independentemente da raça, cor, grupo social, filiação político-partidária é caracterizado como a imagem e semelhança de Deus. A cristandade é dividida em vários ramos, sendo os principais católicos, protestantes e ortodoxos. Nos três casos, não há dúvida de que a doação de órgãos é importante e apoiada, pois é um ato de caridade e benevolência, característica do Criador.

Os católicos consideram que o corpo retornará ao pó antes da ressurreição, conforme indicado na Bíblia Sagrada. [...] “É com o suor do seu rosto que você comerá pão até voltar à terra de onde foi tirado; porque tu és pó, e ao pó voltarás” (Gênesis 3:19). Assim, para eles, a doação de órgãos não contradiz a importância de manter o corpo intacto após a morte, porque o corpo será ressuscitado por completo. Para André Botelho citando a Bíblia Sagrada:

“Deus viu tudo o que tinha feito: e era muito bom” (Gn 1,31). Assim termina a primeira narrativa da criação do livro do Gênesis. A criação saída das mãos de Deus era maravilhosa! Ele a contempla e se alegra com Sua criação, e a narrativa repete esse deleite de Deus nos versículos 10, 12, 18, 21 e o citado acima, o 31. O homem, por sua vez, foi criado à “imagem se semelhança de Deus” (cf. Gn 1,26). Obra mais perfeita, o homem é réplica e semelhança (do mesmo sangue). O homem, sem ser Deus, é uma réplica de Deus, porque possui inteligência e vontade, faculdades superiores, características próprias dos seres que são espírito. Sem ser filho, é tratado como um filho que é capaz de receber o Espírito de Deus, o “sangue de Deus”, ou seja, a vida d’Ele.(GÊNESIS, 3:19)

O ato de doar órgãos do ponto de vista religioso, geralmente é interpretado pelo exemplo do criador Jesus Cristo, caracterizado como alguém que tenha morrido no lugar do seu semelhante. Tal posicionamento, foca o ideário de ajuda ao próximo, ou seja, é uma das formas proativa de manifestar o altruísmo religioso, embora de um lado haja duras críticas. Em bom

rigor, deve reconhecer-se que das mais variadas críticas, a Igreja Testemunha de Jeová em suas ações propugna a defesa do transplante, todavia se escusa a transfusão de sangue, pelos fundamentos⁶⁴ da sua convicção. Deste modo, o ponto crítico resulta de, em face da doação de sangue, não se primar pelo bem jurídico vida.

Vale destacar que nenhuma convicção religiosa aparta-se em proceder a doação de órgãos, embora algumas tenham as suas peculiaridades. Mesmo diante deste quadro, algumas famílias ainda recusam a doação dos órgãos ou do seu familiar alegando motivos religiosos, demonstrando um desconhecimento da própria religião e do impacto social da doação na vida de outras pessoas. De certo, o trabalho de profilaxia, de acesso a informação deve ser mais lastreado para todas as forças vivas da sociedade, demonstrando a pertinência da doação.

2.3.5 FUNDAMENTO ECONÓMICO

Para esta análise económica foi eleito o argumento de não comercialização de órgãos humanos, sob o fundamento de que o corpo não pode e nem deve ter um valor económico. No entanto, o corpo e os seus derivados não podem ser parte da ideologia libertária, segundo a qual, o indivíduo é dono de si. Para (STEINER, 2006, p. 156), o argumento econômico funda-se no *mercado contestado*, expressão para declinar iniciativas que corrompem e marginalizam a sociedade.

Importa deixar bem claro que o que deve substituir o argumento do princípio libertario do sujeito, resulta de uma postura moral, desejo de salvar vidas sem contrapartida financeira. Assim sendo, em face do poder financeiro de determinados indivíduos, o vulnerável parece ser o alvo das tentações. A proposta que se levanta na ordem econômica é a da doação gratuita e solidária, com o pretexto de quebrar a linha tênue que se separa do princípio libertario, pelo que, propugnamos a proibição de marketing. Portanto, o ser humano não deve, em caso algum, ser considerado como uma caixa de peças de reposição, daí que, a escassez de doações deve

⁶⁴ Depois que Caim matou seu irmão, Abel, Jeová lhe disse: “O sangue do seu irmão está clamando a mim desde o solo” (Gênesis 4:10) Quando Deus falou do sangue de Abel, ele referia-se à vida de Abel. Caim havia tirado a vida de seu irmão e tinha de ser punido. Era como se o sangue, ou a vida, de Abel clamasse a Jeová por justiça. A relação entre vida e sangue ficou de novo evidente depois do Dilúvio dos dias de Noé. Antes do Dilúvio, as pessoas comiam apenas frutas, vegetais, cereais e nozes. Depois do Dilúvio, Jeová disse a Noé e seus filhos: “Todo animal que se move e que está vivo pode servir-lhes de alimento;” No entanto, Deus impôs esta restrição: “Somente não comam a carne de um animal com seu sangue, que é a sua vida.” (Gênesis 1:29; 9:3, 4) Obviamente, Jeová estabeleceu uma relação bem estreita entre a vida e o sangue de uma criatura.

incentivar a busca de soluções alternativas (e não orquestrar campanhas a favor da doação, que devem permanecer modestas).

2.4 DIMENSÃO JUSFILOSÓFICA DA NÃO COMERCIALIZAÇÃO DE ÓRGÃOS

Face às diversas normas contrárias à comercialização de órgãos humanos, em virtude destas colocarem em causa a dignidade da pessoa humana, a liberdade deve ser aplicada como o principal fundamento do bem estar social. Do ponto de vista jusfilosófico, o debate percorre uma longa seara dogmática de fundamentos a favor e contra a comercialização. Entretanto, depois de se ter percorrido este caminho na procura de alguns sentidos de resposta para o problema que a comercialização de órgãos acarreta, a lógica de custo e benefício está a favor da educação das comunidades sobre os benefícios da prática.

Conforme entendimento acima apontado, a vida e a integridade física de qualquer indivíduo perpassa a titularidade individual, passando para a esfera da humanidade. Quanto a este protótipo conceitual, a humanidade de cada pessoa se reflete no reconhecimento e proteção do outro, segundo (BODIN, 2003, p. 117):

[...] “Considera-se, com efeito, que, se a humanidade das pessoas reside no fato de serem elas racionais, dotadas de livre arbítrio e de capacidade para interagir com os outros e com a natureza – sujeitos, por isso do discurso e da ação -, será ‘desumano’, isto é, contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto.”⁶⁵(BODIN, 2003, p. 117).

Como parte fundamental do ser humano, cada órgão que compõe o corpo humano não deve ser coisificado, pelo que afetaria a filosofia moral e ética do sujeito. É referente a essa matriz ético-filosófica que advém a disciplina legal da dignidade humana como fundamento do ordenamento jurídico. O valor do ser humano, refletido por dignidade e não por preço, é essencial para compreender porque em nenhum país democrático se permite que alguém disponha de seu corpo em troca de dinheiro. Não pode proceder que parte da população tenha sua dignidade reduzida devido à possibilidade de dispor de seu próprio corpo em troca de uma quantia financeira, pois preço e dignidade não podem ser objetos de confusão, e o corpo humano como uma mercadoria.

⁶⁵BODIN DE MORAES, Maria Celina. **O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo.** In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.* (org. Ingo Sarlet). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 117.

Os defensores da legitimação do comércio de órgãos justificam-se que estariam atribuindo benefícios tanto a pacientes terminais quanto pessoas sem condições de prover o próprio sustento, que disponibilizaram parte de seu corpo e obteriam condições materiais de uma vida digna. Para (SAVULESCU, 2003, p. 129):

As pessoas têm o direito de decidir vender uma parte do corpo. Se nos é permitido vender nosso trabalho, por que não vender os meios para esse trabalho? Se nos é permitido arriscar danificar nosso corpo por prazer (fumando ou esquiando), por que não seria fazê-lo por dinheiro, o qual usaremos para realizar outros bens na vida? Proibir um mercado de órgãos é, paradoxalmente, restringir o que as pessoas podem fazer com suas próprias vidas (SAVULESCU, 2003, p. 129).

Posto isso, na legalidade ou não, os principais grupos beneficiados pelo comércio de órgãos humanos não são nem receptores e nem vendedores e, sim, simples intermediários, que se utilizam da necessidade extrema de uns e de outros para garantir seu lucro. Por conseguinte, os lucros obtidos são tão significativos que acabam formando quadrilhas sofisticadas e que atuam internacionalmente, com membros de diversas especializações, inclusive médicos, que violam a ética profissional e se arriscam a não mais poder praticar licitamente a profissão.

Estes riscos são suportados pela ganância gerada por lucros espantosos que os mercadores de órgãos humanos conseguem obter a partir da situação de vulnerabilidade de suas vítimas. De maneira alguma se deve compactuar que pessoas tenham sua dignidade ofendida, pois todos os seres humanos são iguais em dignidade, e esta é ontologicamente diversa do preço que atribuímos às mercadorias. Os grupos alvos da retirada de órgãos no mercado de partes do corpo humano sempre serão os menos favorecidos. Os casos reportados pela organização *Organs Watch* refletem essa situação: pessoas pobres que doam seus órgãos com a intenção de ter os meios mínimos de sobrevivência digna.

3 ENQUADRAMENTO DE TRÁFICO E TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS EM DIFERENTES DOMÍNIOS DA BIOÉTICA

O transplante de órgãos é uma das invenções médicas mais notáveis do século XX. Desde os primeiros transplantes de sucesso na década de 1950, o transplante salvou e prolongou a vida de milhares de pacientes. Considerado um procedimento arriscado e experimental até os anos 80, hoje é uma prática mundial, realizada em hospitais em quase 100 países em todo o mundo.⁶⁶

⁶⁶ Y. Shimazono, "The State of the International Organ Trade: A Provisional Picture Based on Integration of Available Information," *Bulletin of the World Health Organization* 2007;85:955–962.

As taxas de sobrevivência de pacientes transplantados aumentaram significativamente nas últimas décadas. De acordo com o Observatório Global e o Banco de Dados sobre Doação e Transplante, o produto é uma colaboração com a OMS. A Declaração, tem um amplo impacto sobre as responsabilidades éticas e o comportamento dos cientistas particularmente, (especialistas em ciências da vida), bem como médicos e outros profissionais de saúde.

Em diversas situações, a transplantação⁶⁷ de um órgão é geralmente a única possibilidade de prolongar a vida de muitas pessoas, por ser o tratamento mais eficaz para as patologias crónicas que afetam a funcionalidade de determinados órgãos vitais, restituindo ao doente uma melhoria na sua saúde e/ou qualidade de vida.⁶⁸ Mas, para isso, a ciência teve um longo caminho a percorrer. Podemos verificar, portanto, que existe já um passado repleto de marcos históricos e grandes acontecimentos no domínio da transplantação de órgãos. Estas intervenções contribuíram para salvar muitas vidas e o seu sucesso, nos dias que correm, é determinante ao nível das terapêuticas médicas e no impacto que atualmente têm os cuidados de saúde, comprovando os enormes progressos no campo da medicina, desde os tempos mais remotos até à atualidade.

Todo o avanço que se verificou nesta área do conhecimento contribuiu, esteve na origem para o atual sucesso na área bioética no âmbito da transplantação/remoção de órgãos. Todavia, a recolha de órgãos só é possível com legislação que acompanhe os progressos da ciência. Importante destacar que, no decurso da assinatura em Estrasburgo, a 24 de janeiro de 2002, o Segundo Protocolo Adicional à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina, sobre Transplante de Órgãos e Tecidos de Origem Humana.

Este documento estabelece que um órgão ou tecido só pode ser extraído de um doador⁶⁹ vivo, desde que essa pessoa o tenha consentido de forma livre, informada e expressa, e por escrito ou

⁶⁷O termo “transplantação” abrange todo o processo de extração de um órgão ou tecido de uma pessoa e o implante desse órgão ou tecido noutra pessoa, incluindo todos os procedimentos de preparação, conservação e armazenamento - Artigo n. 2, ponto 4 (âmbito de aplicação e definições), *Segundo Protocolo Adicional à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano Face às Aplicações da Biologia e da Medicina, Relativo ao Transplante de Órgãos e Tecidos de Origem Humana*.

⁶⁸Marta BARCELOS, **Integridade da Pessoa: Fundamentação ética para a doação de órgãos e tecidos para transplantação**, Tese de Mestrado, 2009, p. 8, disponível em http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/1043/1/18238_ulsd_dep.17667re_MRDBarcelos_Integridade_da_Pessoa.pdf

pdf [26.11.2015].

⁶⁹“Dador - qualquer fonte humana, viva ou morta, de órgãos, tecidos, e células de origem humana” - artigo n. 1.º - A al. d) - Lei 22/2007 de 29 de Junho, **Diário da República**, 1ª série – N.º 124 – 29 de junho de 2007, p. 4147.

perante um organismo oficial, devendo a pessoa em causa ter a liberdade de poder revogar livremente o seu consentimento,⁷⁰ a qualquer momento (artigo 13.º). Quanto à proteção das pessoas com falta de capacidades para prestar consentimento, de acordo com o artigo 14.º do protocolo enunciado no parágrafo anterior, nenhum órgão humano ou seus derivados podem ser removidos de uma pessoa que não tenha capacidade para prestar esse consentimento.

Por via judicial, o referido consentimento não ocorre quando disso resultar em meios inapropriados e que coloquem em causa a dignidade da pessoa, isto é, ameaça, uso da força e outras formas de coação, rapto, fraude, engano, abuso de poder ou de uma situação de vulnerabilidade ou pela concessão de pagamentos para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra, neste caso concreto para a remoção de órgãos (artigo 3º do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de pessoas, em especial de Mulheres e Crianças).

Como fazemos questão de aferir retro, nem todos os sujeitos que têm seus órgãos traficados têm acesso a cirurgias de qualidade, profissionais especializados, por razões da natureza clandestina do esquema. Parte desses falsos cirurgias desencadeiam operações cirúrgicas em locais inapropriados e em condições sanitárias não aceitáveis. Como resultado dessa prática, fica óbvia a diminuição de horizonte de expectativa e, certamente, o risco de infecções graves, tornando-se visivelmente alto para doadores e destinatários.

O tráfico para fins de remoção de órgãos ganha espaço, e, isso deve-se seguramente a escassez dos órgãos para transplantes, motivo que cria “intermediários”,⁷¹ designados por traficantes, os que dedicam-se em procurar grupos mais vulneráveis de população, cidadãos que mais facilmente acedem às promessas enganosas. Em algumas situações, existem casos em que os doadores concordam com a remoção de órgãos; contudo, mesmo que venham a receber o pagamento acordado e prometido pelos traficantes, não são imunes a situações de tráfico.

Os Estados da CPLP, especialmente Brasil, Portugal, Moçambique e Angola, ressentem o avanço das ciências biotecnológicas e seus efeitos nas instituições. Os primeiros dois países, foram embrionários na implementação de marcos regulatórios sobre transplante de órgãos

⁷⁰Referimo-nos aos Modelos Ético-Jurídicos de Consentimento de Doação de Órgãos.

⁷¹Nações Unidas, **Conferencia de las Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional**, 2011, p. 3, disponível em, https://www.unodc.org/documents/treaties/organized_crime/2011_CTOC_COP_WG4/2011_CTOC_COP_WG4_2/CTOC_COP_WG4_2011_2_S.pdf[28.11.2015].

humanos, como procedimento institucional. Uma nota inicial – e de importância não despreciable – prende-se com as inúmeras filas de pacientes à espera de uma doação gratuita, solidária, seja por doadores vivos ou *post mortem*, no entanto, há por outro lado, pouca conscientização, e, portanto, falta de aderência. Neste viés, o que se julga, para já, relevante sublinhar é, que Moçambique e Angola não reúnem o programa de transplante de órgãos humanos, porém, esse empecilho não deve servir de pretexto para a não doação a título solidário.

De qualquer modo, a proteção da dignidade humana não deriva materialmente do texto constitucional, uma vez que a previsão normativa da Constituição não criaria, mas apenas reconheceria e garantiria a dignidade, de acordo com valores determinantes estabelecidos culturalmente.⁷² Entretanto, embora avultadas parafernalias jurídicas nestes dois países, a questão da pobreza contribui significativamente para que os seus cidadãos, de diferentes faixa etária estejam no radar das malícias das organizações criminosas.

Como já afirmado, estabelece a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, designadamente o princípio consagrado na alínea c) do n.º 2 do artigo 3º, também previsto no artigo 21º da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina do Conselho da Europa, ratificados por muitos Estados-Membros, bem como está igualmente previsto nos Princípios Orientadores da Organização Mundial de Saúde relativos a Células Humanas e à Transplantação de Órgãos, segundo os quais “o corpo humano e as suas partes não podem ser objecto de transacções comerciais.” A norma suprema do Estado, associada a esses diplomas, servirão de espelho para orientação nessa perspectiva.

Essa consideração não deve ser confundida com o “princípio da não remuneração que não impede um doador vivo de receber uma compensação, desde que esta se limite exclusivamente a cobrir as despesas efectuadas e a perda de rendimentos relacionados com a dádiva” (artigo 13º. n.ºs 1 e 2).⁷³ O Conselho da Europa de 1947, teve como uma das suas principais áreas de

⁷² BACHOF, Otto. La dignidad de la persona: Fundamento del derecho a no ser discriminado injustamente. Derecho a la no discriminación. México: UNAM-CONAPRED-CDHDF, 2006. No contexto brasileiro, dispõe José Afonso da Silva que: “a dignidade humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo sua existência e a sua eminência, transformando-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito”. SILVA, José Afonso da. Poder constituinte e poder popular. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 146.

⁷³ *Jornal Oficial da União Europeia* - Diretiva 2010/45/UE do Parlamento Europeu e do conselho de 7 de julho de 2010.- Artigo 13º. n.s 1 e 2, capítulo III.

atuação a Bioética, o Direito Biomédico e da Saúde⁷⁴. Para além da aprovação de algumas resoluções e recomendações sobre a temática dos transplantes⁷⁵, há que realçar a aprovação da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina⁷⁶, em 1997, bem como dos respectivos Protocolos Adicionais à Convenção (do qual destacamos o Protocolo Adicional Sobre Transplantação de Órgãos e Tecidos de origem humana, em vigor desde 1 de maio de 2006).

3.1 Definição do conceito transplante

O transplante de órgãos caracteriza-se por envolver diversos atores e de diferentes espaços geográficos, a questão de racialidade, de origem étnica, social e cultural, acaba sendo uma minúcia sem muita relevância, quando há interesse pela sobrevivência. Nesse sentido, merece destaque a visão conflitante que emerge pela solidariedade do outro para concretização do respeito, muito embora a nossa proposta não compreenda o recurso ao princípio da solidariedade como pretexto dos mais vulneráveis, para clamar uma sociedade justa e igualitária.

Nas relações intersubjetivas estão consignadas as diferenças, incapazes de terem transformações definidas. Porém, somos forçados a destacar o reforço da pertinência do princípio da dignidade da pessoa humana no acto transplante de órgãos, baseando-se no mencionado retro. Resta claro, portanto, que não há uma concepção única e acabada para fortalecer o transplante de órgãos humanos e, assim, ter uma sociedade igualitária, ainda que isso fosse possível, o alcance a uma sociedade justa e igualitária parece uma realidade

⁷⁴PEREIRA, André Dias, “Um Direito da Saúde para a Europa?”, em **Debater a Europa (25 anos de integração europeia)**, nº 2 e 3, Jan.-Dez. 2010, pág. 28 (disponível em <http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debatereuropa>, consultado em 13/06/2013).

⁷⁵A título de exemplo: Recomendação 1399 (1999) sobre xenotransplantação; Recomendação 1611 (2003) sobre tráfico de órgãos na Europa; Resolução (78) 29 sobre a harmonização das legislações dos Estados membros relativas à colheita e transplantação de substâncias de origem humana; Recomendação R (79) 5 sobre a troca internacional e o transporte de substâncias humanas; Recomendação R (81) 1 relativa à regulamentação aplicável aos bancos de dados médicos automatizados; Recomendação (94) 1 sobre bancos de tecidos humanos; Recomendação R (97) 15 sobre a xenotransplantação; Recomendação R (2001) sobre a gestão de listas de espera para transplante; Recomendação R (2003) 10 sobre xenotransplantação; Recomendação R (2004) 7 sobre o tráfico de órgãos; Resolução CM/RES (2008) 4 sobre a doação para transplante de fígado entre vivos de adulto para adulto; Resolução CM/RES (2008) 6 sobre o transplante de rins de dadores vivos que não sejam geneticamente relacionados com o receptor. – v. PEREIRA, André Dias, *últ. ob. cit.*, pág. 28 e 29 (nota 9)

⁷⁶“Os motivos impulsionadores da Convenção são a verificação de uma maior preocupação tendente à harmonização das regras existentes: regras do Conselho da Europa e das legislações nacionais e evitar a criação de “paraísos (ou, melhor dizendo, *infernos*) bioéticos”. A Convenção é marcada pelos seguintes aspectos, com relevo para o nosso tema: 1) o princípio da autonomia – através do consentimento informado (Capítulo II); 2) o princípio da não obtenção do lucro com base na utilização de partes do corpo humano (Capítulo VII); e 3) o acesso equitativo aos cuidados de saúde (art. 3.º da Convenção). - *Ibid*, pág. 29 e 32

intransponível e utopia. O certo da contemporâneo é que o lugar e a pertinência do transplante têm sido uma plataforma de renúncia da sua perfeição pelo valor do outro, não significando colocar em causa a própria vida, porque a dignidade é heterárquica.

A institucionalização do transplante de órgãos tem destaque na manifestação de esperança e continuidade de vida dos seres humanos, ao que o transplante seria, como bem assevera (VARELLA, 2009):

[...] A transferência de células, tecidos ou órgãos vivos de um doador para um receptor, com a intenção de manter a integridade funcional do material transplantado. Por muitos anos, uma das maiores barreiras na realização dos transplantes foi a substituição de um órgão doente por um saudável de um doador decorrente da presença de proteínas identificadas na superfície das células sanguíneas existentes nos tecidos, as quais auxiliam a distinguir os tecidos "próprios" dos tecidos "estranhos", conseqüentemente, qualquer célula estranha transplantada em um receptor poderia produzir respostas e reações imunes. (VARELLA, 2009).

Está bem parametrizado de que o transplante de órgãos humanos revela-se numa arquitetura milagrosa do presente século. Esse juízo conceitual é ponderado pela epistemologia segundo a qual, o corpo humano não concebe órgãos estranhos, muito menos aqueles pertencentes a terceiros, quando deles padecem de alguma patologia. A luz disso, o sistema imunológico do organismo do sujeito reage negativamente, reconhecendo que tal órgão transplantado é estranho ao corpo, e, os atacava em um processo conhecido como rejeição. (SMELTZER; BARE, 2005; VARELLA, 2009).

Carrel⁷⁷ é tido como o precursor do transplante de órgãos, em seu livro⁷⁸ primou em abordar técnicas que norteavam a cirurgia vascular por si descoberto, para suturar artérias e veias fundamentais no âmbito de transplante de órgãos. (VARELLA, 2009). A expressão Transplantação tem a sua origem na Botânica, significando o ato e a sua consequência de transplantar, remover por via dos procedimentos éticos e bioéticos legalmente aceites de um local, e, posteriormente, implantar no outro organismo. Segundo a professora Maria Celeste Cordeiro Leite Santos (1995), conceitua o transplante da seguinte forma:

[...] Trata-se de uma técnica cirúrgica denominada de cirurgia substitutiva, que se caracteriza em essência porque se introduz no corpo do paciente um órgão ou tecido pertencente a outro ser humano, vivo ou falecido, com o fim de substituir a outros da mesma entidade pertencente

⁷⁷ Aléxis Carrel Tido como o primeiro a realizar transplante de vasos do sistema circulatório e, subseqüentemente, de diversos órgãos. Seus trabalhos de pesquisa cirúrgica experimental foram evoluindo rapidamente e, já em 1907 apresentou técnicas de transplante de coração. Sua descrição sobre a maior sobrevida do autotransplante com relação ao homotransplante foi o motivo principal de seu Prêmio Nobel de 1912. Foi o primeiro Prêmio Nobel dado a um trabalho de pesquisa médica realizado nos Estados Unidos da América do Norte.

⁷⁸ Carrel A, Guthrie CC. **The transplantation of veins and organs.** Am Med. 1905.

ao receptor, porém, que tenham perdido total ou sensivelmente sua função. A natureza desse tipo de intervenção, do ponto de vista do receptor – posto que em relação ao doador a situação é diversa – é de estimá-la, em consequência, como uma intervenção curativa, sempre que exista a indicação terapêutica e se aplique a técnica adequada ao caso (CELESTE, 1995).

Todavia, a existência de diversas conceituações a volta do transplante, pode-se categoricamente dizer que o respaldo conceitual traz atalhos relativos aos conceitos previamente estabelecidos. Daí que, pela doutrina os conceitos estão em contínua consonância e podem conceber-se como válidos, desde que, o seu fim seja terapêutico e respeite a dignidade da pessoa humana, pois, esta última descreve-se literal e absolutamente como prioridade da esfera ética.

3.1.2 Modalidades de transplante

Dentre as mais variadas modalidades de transplante de órgãos, podemos citar diferentes taxonomias: Autotransplante⁷⁹, transplante autólogo ou autoplástico, diz respeito a transferência de tecidos ou células do mesmo organismo, de um lugar para outro. Nestes termos, o doador e o receptor de órgãos são a mesma pessoa. Por exemplo, a cirurgia em que um enxerto de pele é retirado da perna para o braço (retalho cutâneo); o transplante de células progenitoras hematopoiéticas (tipo de transplante de progenitores de medula óssea). Transplante homólogo, alogénico ou heteroplástico, representa um procedimento cirúrgico de transplantação de órgãos, tecidos ou células de um indivíduo para outro, dentro da mesma espécie.

Transplante heterólogo⁸⁰ caracteriza-se como uma cirurgia de transplantação entre indivíduos de espécies diferentes, de um ser de origem animal para um ser humano. Xenotransplante de tecidos, destacamos os bons resultados da transplantação de válvulas de coração de porco para o ser humano, constituindo-se como prática corrente na terapêutica da patologia valvular

⁷⁹O autotransplante, também chamado de autoenxerto, é o procedimento “no qual há transferência de órgão ou tecido de uma parte do organismo para outra, sendo doador e receptor a mesma pessoa”. Catão (2004) ainda complementa o conceito atribuindo-lhe outras duas denominações: autoplástico e autógeno.

É possível citar como exemplo de autotransplante as operações de “ponte de safena”, as transferências de pele, ossos e veias. Um caso bastante peculiar citado por Diniz (2014), é a técnica de transplantação realizada nos Estados Unidos, nos casos de pacientes que estão em tratamento com quimioterapia para eliminação de câncer de ovário. Como a quimioterapia é um tratamento muito agressivo, que pode causar a infertilidade, são transplantadas partes do ovário da mulher sob a pele de seu braço para que o corpo possa produzir o hormônio estrogênio, evitando, assim, a menopausa precoce. Se futuramente a paciente tiver a intenção de engravidar, ela poderá utilizar as fatias do ovário transplantadas para fertilização em laboratório. De acordo com Diniz (2014, p. 419)

⁸⁰“Transferência de órgãos ou tecidos de um ser vivo de um gênero para outro gênero diferente. É o caso da utilização de órgãos e tecidos de animais com fins de transplante” (CATÃO, 2004, p. 202)

cardíaca. (DINIZ, 2014, P. 420), explica a problemática que envolve a utilização do porco nos procedimentos de transplante e a alternativa criada pelos cientistas para a sua solução:

[...] "Estudos atuais revelaram que o retrovírus endógeno do porco (*perv*), incorporado em seu genoma, possui uma chance mínima de infectar os receptores humanos de seu coração, rim, fígado ou pele, pois havia um temor de que este vírus se transferisse para a pessoa, dando origem a uma nova doença [...]. Para afastar a rejeição e a possibilidade de que vírus endógenos do homem (*hervs*) troquem genes com os *pervs*, ativando-os, os cientistas estão criando porcos transgênicos, com a esperança de, alterando seus genes, torná-los mais "humanos" biologicamente, para salvar vidas humanas com seus órgãos" (DINIZ, 2014, p. 420).

O xenotransplante⁸¹ é o transplante de células, tecidos ou outros órgãos entre espécies filogeneticamente diferentes. Atualmente, o principal problema no transplante de órgãos é a diferença entre o número de órgãos disponíveis para transplante a cada ano e o número de pacientes nas listas de espera de um órgão. Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), mais de 114000 transplantes de órgãos são realizados anualmente em todo o mundo, o que

⁸¹Helena Pereira de Melo entende que aplicando à questão dos xenotransplantes os princípios de ética biomédica supra descritos, esta pode, em certas situações considerar-se eticamente aceitável. É, para tanto, necessário que o "receptor do xenotransplante preste o seu consentimento livre e esclarecido para o efeito", depois, é necessário que o xenotransplante não seja apenas não prejudicial para o receptor, como ainda que lhe proporcione benefício – por exemplo, suavizando o seu sofrimento ou prolongando-lhe a vida. Isto atualmente só é possível com o xenotransplante de tecidos e de células e não com o de órgãos, em que o paciente tem, invariavelmente, morrido. (MELO, Helena Pereira de, **Manual de Biodireito**, Almedina, Maio de 2008, pág. 107 e 108)

Vários são os benefícios associados à xenotransplantação: são uma solução para quem necessita, com urgência de um órgão, tendo em conta que não existem órgãos disponíveis para todas as pessoas a quem o transplante se revela clinicamente indicado, sendo portanto, uma forma adicional de satisfazer a procura de órgãos e tecidos. Os "animais fonte" (e não animais dadores, porque o animal não tem opção de os seus órgãos serem ou não utilizados para transplantação) permitirão aceder a um stock ilimitado de órgãos, inclusive de órgãos não regeneráveis e que por norma não são admissíveis nos transplantes homólogos em vida, e que estarão disponíveis no momento em que for conveniente realizar o transplante. Tornará também a transplantação um serviço mais fácil de organizar e de prestar, o que permitirá uma redução nos custos, bem como oferecerá a vantagem de recorrer aos xenotransplantes como medida provisória enquanto não for um órgão humano para transplantação permanente; pode permitir ainda, que certas pessoas que não são normalmente elegíveis (em razão da idade avançada, por exemplo) possam realizar um transplante. São também um campo de interesse para os investigadores, por poderem contribuir para a cura de doenças para as quais não existe atualmente um intervenção terapêutica eficaz (ex. doença de Parkinson) ou como forma alternativa de tratamento de doenças, como a diabetes. Por outro lado, estudos realizados têm revelado que vários pacientes que receberam um órgão se ressentem por serem portadores de um órgão de uma pessoa que faleceu. Deste modo, a xenotransplantação pode revelar-se um alívio para estas pessoas. Todavia, e porque tudo tem um "lado lunar", a xenotransplantação também tem aspectos negativos, que, na actualidade, suplantam os positivos, fazendo as pessoas rejeitar a sua utilização: há uma grande probabilidade de rejeição do órgão animal (probabilidade que já existe nos transplantes homólogos, mas que é exponenciada nos xenotransplantes, por força da maior disparidade imunológica entre dador e receptor). Existe o receio de provocar dor desnecessária ou lesão prolongada aos animais. Existem também e compreensivelmente objecções de natureza ética e jurídica: pode contribuir para a extinção de algumas espécies (ex. chimpanzés), o que tem contribuído para que os investigadores tendem, actualmente, a eleger, como animais fonte para a xenotransplantação, os porcos.

atende a menos de 10% da necessidade atual⁸². O xenotransplante ou transplante de órgãos e tecidos entre espécies animais tem sido olhado como um procedimento que indubitavelmente forneceria um número ilimitado de órgãos e ofereceria muitas outras vantagens. O porco foi identificado como o animal doador mais adequado e com algo referencial de compatibilidade. Órgãos suínos, quando transplantados para humanos ou primatas não humanos, são, no entanto, rejeitados em poucos minutos pela ativação do complemento mediada por anticorpos. Vários autores criticam o estado atual das ciências, no que se refere ao xenotransplante, demonstrando que não é uma solução viável para resolver o problema da falta de órgãos humanos, ou seja, a falta de órgãos humanos não pode ser resolvida através do cruzamento de espécies diferentes. (ALEXANDRE, 2015, p. 57):

Defende-se com esse posicionamento que, os direitos do receptor, a sua integridade, o seu consentimento deve estar ao crivo da fiscalização constante dos órgãos públicos ou através de comissões independentes criadas com essa finalidade. Os xenotransplantes acabam envolvendo riscos visíveis de epidemias mundiais de muito difícil contro e possivelmente novos agentes infecciosos, isso associado com a criação pelo homem de quimeras⁸³ e híbridos⁸⁴ (ALEXANDRE, 2015, p. 57).

Independentemente dos circunstancialismos, o competente consentimento⁸⁵ ganha força para qualquer intervenção do paciente, tanto pela lei brasileira, portuguesa ou qualquer outro Estado. Com exceção da crítica no procedimento de xenotransplante, haverá sempre a necessidade premente de proteger o bem jurídico vida e todos os princípios éticos concorrentes. Segundo o Conselho da Europa, por meio da Recomendação nº 10, de 2003⁸⁶, também adotou referido princípio, em seu preâmbulo, impõe uma moratória, no sentido de que nenhuma experiência

⁸² M. Lopez-Fraga, B. Domínguez-Gil, AM Capron, K. van Assche, D. Martin, E. Cozzi, *et al.* **Uma convenção necessária contra o tráfico de órgãos humanos.** *Lancet*, 383 (2014), pp. 2187-2189 [http://dx.doi.org/10.1016/S0140-6736\(14\)60835-](http://dx.doi.org/10.1016/S0140-6736(14)60835-)

⁸³ Dá-se o nome de quimera ao animal portador de dois ou mais conjuntos de células, originados de zigotos distintos, que mantêm suas características originais. O quimerismo ocorre espontaneamente na natureza, inclusive em seres humanos.

⁸⁴ Dá-se o nome de híbrido ao produto do cruzamento de duas espécies distintas.

⁸⁵ O art. 22 do Código de Ética Médica (Resolução n. 1.931/2009 do CFM) dispõe que o consentimento do paciente é exigido para qualquer intervenção, salvo em caso de risco de morte; ou seja, o prolongamento da vida se sobrepõe à liberdade do paciente.

⁸⁶ Recomendação nº 10/2003 do Conselho da Europa - Preâmbulo: “[...] Considering that no clinical xenotransplantation research should take place unless sufficient efficacy and safety is demonstrated through pre-clinical research.

clínica de xenotransplantes em seres humanos seja realizada antes de se contar com meios seguros para minimização dos riscos.

[...] O princípio da precaução é um enfoque de gestão dos riscos que se exerce em uma situação de incerteza científica diante de um risco. Traduz-se na exigência de atuar diante de um risco potencialmente grave sem esperar os resultados da investigação científica, nesses termos, todo o profissional da área de saúde deve a todo custo, para além de obter a autorização pensar sempre na beneficência e não em causar danos ao paciente.

3.1.3 TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS E TECIDOS *INTER VIVOS* E *POST MORTEM*

No princípio dos anos 80, o procedimento de transplante de órgãos humanos deixou de ser apenas um sonho, tendo atingido um estágio pragmático na vida dos pacientes em diferentes latitudes. Apesar do elevado valor histórico-epistemológico que moveu essa trajetória, essa realidade ainda constitui um grande desafio, tanto para países que têm o transplante como uma realidade, quanto aos países do terceiro mundo que enfrentam a dura realidade da exiguidade de condições tecnológicas e da ocorrência exponencial de casos de tráfico de órgãos.

Se bem se vê o problema, o reconhecimento da existência destes riscos são bem conhecidos, para os países como Brasil e Portugal, enfrentam diametralmente problemas relacionados com a escassez de órgãos e longas filas de espera, no entanto, tais problemas eventualmente estejam relacionados com questões éticas, morais, ausência da cultura jurídica, falta de acesso à informação, etc.

Entretanto, com o propósito de aumentar o número de órgãos disponíveis para transplante, consagrou-se, mais recentemente, a regulação da colheita de órgãos através do alargamento da doação em vida, de órgãos duplos ou regeneráveis.⁸⁷O transplante de órgãos *inter vivos*,⁸⁸pode

⁸⁷Esta iniciativa não é absolutamente inédita, uma vez que na fase experimental dos transplantes recorria-se a dadores vivos.

⁸⁸Por exemplo, relativamente aos transplantes entre vivos, é necessário que o órgão/tecido doado seja algum que não afete substancialmente o organismo na sua funcionalidade. Para que uma intervenção se diga ética é necessária a correcta ponderação do princípio da dignidade da pessoa humana e o da solidariedade e isso concretiza-se na verificação das seguintes condições: o dador tem que transmitir o seu consentimento em plena liberdade, sem qualquer coação ou pressão, e devidamente informado dos riscos que poderá correr. Por outro lado, também o receptor deve ser devidamente informado dos riscos que poderá correr. Exige-se ainda que se trate de verdadeira necessidade ou urgência e que, medicamente, se tenha suficiente segurança de êxito. Quanto às transplantações homoplásticas de morto: é necessário não contrariar o direito de disposição do corpo para depois da morte do defunto. E o momento da morte tem que ser corretamente determinado, para não se correr o risco de “sentenciar” à morte alguém que cientificamente, não o está. Por último, “nas transplantações hetero plásticas deve-se ter em conta, para uma justa avaliação ética, os riscos de alteração da personalidade que pode correr o paciente receptor”, sobretudo se pensarmos em transplantações de órgãos genitais ou do cérebro. – neste sentido, PINTO, José Rui da Costa, *ob. cit.*, pág. 91-94.

ter origem tanto de pessoas vivas que querem doar, sem benefícios financeiros, o seu órgão duplo para um paciente de forma altruística, tanto que podem advir de doadores que tenham tido morte encefálica comprovada, sendo no entanto, necessária a autorização do cônjuge ou parente mais próximo.

O corpo humano é indisponível, sendo vedada a sua mercantilização, tendo em conta que sob a ótica dos direitos humanos, a disposição do corpo mediante pagamento atenta à dignidade da pessoa humana. Para DINIZ, (2014), às condições necessárias para a licitude do transplante *inter vivos*, são:

a) o órgão ou tecido transplantado não podem ser vitais, nem mesmo representar risco a integridade física do doador; b) a doação precisa ser solidária, de forma espontânea e sem fins lucrativos; c) precisa haver o consentimento do doador e do receptor, bem como ambos devem estar cientes dos riscos presentes e futuros que possam advir do transplante; d) o transplante precisa ser imprescindível para garantia de vida do receptor; e, e) deve haver uma previsão de sucesso do procedimento e dos benefícios ao receptor, que devem ser proporcionalmente equiparados aos malefícios causados ao doador. DINIZ (2014).

A transplantação *post mortem* suscita inúmeras interrogações em decorrência do *status* jurídico do cadáver. De fato, o consentimento revela-se característica premente a pessoa que é destruída após a morte. Desta feita, fica claro que, a pessoa jurídica consentiu por um ato que será efetuado à luz de um direito vigente. Isso é permitido pelo caráter prévio do consentimento, que produz efeito após a morte do indivíduo, em nome da dignidade devido ao ser humano. Mesmo em face da morte, a legislação garante a dignidade, e para o caso em apreço, parece razoável a análise das declarações e vontades do *de cuius* quando vivo. Desta forma, após comprovada a morte, o respeito pela pessoa humana permanece, bem como o dever de cuidado de seu cadáver. Não seria ético aceitar que, após a morte, o cadáver pudesse ser usado sem autorização em pesquisas médicas ou ser comercializado com fins de transplantação. Conforme estabelece a dicção da legislação brasileira.

[...] Quanto ao ato de disposição sobre o próprio cadáver, predomina o entendimento de que representa o exercício de um direito de personalidade, uma vez que trata de destino do corpo *post mortem*. No momento da manifestação de vontade, a pessoa existe e dispõe para o futuro sobre o destino de seu próprio corpo. Com a morte, torna-se impossível, juridicamente, falar-se em direitos de personalidade de um morto. Todavia, o que estará em causa será um direito da pessoa viva a ver respeitada a sua manifestação de vontade, como uma forma de expressão da dignidade da pessoa humana, independentemente de carência de personalidade jurídica. Catão (2004, p. 216)

As regras impostas ao abrigo deste mecanismo, fez com que vários países da Europa, tais como: no Reino, Irlanda Alemanha, Escócia, e Grécia, tivessem baixas taxas de colheita de órgãos em cadáveres associado ao fato de muitos não chegarem, nem sequer, a tomar a iniciativa de declararem em vida essa vontade expressa de doação após a morte. Entre outras circunstâncias, o desconhecimento da necessidade e do local para manifestarem o desejo; a falta de tempo ou disponibilidade para o efetivarem; a dificuldade em perspectivar a sua morte, são problemas que perduram.

Confrontados com esta realidade, a escassez de órgãos disponíveis para a transplantação, resulta da ausência de estratégias mais arrojadas para correção da carência, seja por via do consentimento no modelo presumido, ao qual impõe-se por lei, a obrigatoriedade de todos contribuírem com os seus órgãos após a morte, sem nem sequer dar-se lugar a audição das famílias se consentem ou não, modelo adotado em alguns países, como o caso de Portugal. A razão essencial pela qual se reflete sobre esta obrigatoriedade, não castra o princípio da autonomia, mas sim, consiste no dever de todos contribuírem para o desenvolvimento das ciências biomédicas, pois, enquanto elas evoluem, os cidadãos devem contribuir nos benefícios dessa evolução.

O transplante de órgãos *post mortem*, que opera mediante o estado de morte cerebral em Portugal e comprovada a morte encefálica no Brasil⁸⁹, são situações concretas para se desencadear o processo de remoção e, portanto, salvar a vidas de várias pessoas. No entanto, os critérios de certificação e de verificação, tanto da morte cerebral como encefálica foram com o passar do tempo evoluindo, sendo que hoje em dia podemos designá-los como, essencialmente, clínicos e plenamente fiáveis. Destacando o contexto brasileiro preconizado (MORRIS, 2003, p. 15):

[...] “La controverse continue de faire rage quant à déterminer si le prélèvement d’un organe sur un donneur présumé consentant sans que la famille en soit informée est acceptable ou non. Certains pays ont adopté le consentement présumé dans le cas où le donneur potentiel n’a pas expressément exprimé de son vivant son refus de donner ses organes. Les organes peuvent alors être prélevés après le diagnostic de mort et être transplantés, et ce indépendamment de l’avis de la famille. (PETER MORRIS, 2003, p. 15)⁹⁰”

⁸⁹ De acordo com a Lei n° 9.434/97, é permitida a doação de órgãos para transplante ou outro fim terapêutico *post mortem* ou inter-vivos, ou seja, depois de comprovada a morte encefálica ou entre pessoas vivas.

⁹⁰ MORRIS, Peter – Les Transplantations: Regard Étique. Strasbourg: Editions du Conseil D’europa, 2003. ISBN 92-871-4778-7 p.15.

3.1.4 FUNDAMENTOS DA GRATUIDADE NA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS HUMANOS

A doação de órgãos deve ser compreendida como um ato gratuito de generosidade, de voluntariedade mediante anonimato\confidencialidade⁹¹ e solidariedade por parte do sujeito que se disponibiliza realizar. A dicção do Código Civil moçambicano, no art. 334 CC, declina precipuamente, qualquer exercício de direito que ofenda os bons costumes. A luz desse entendimento, a remuneração em troca de um órgãos humanos, atenta contra o princípio da dignidade humana, e, que eventualmente, fomentaria índices de criminalidade. Entretanto, estes princípios são fundamentos da doação de órgãos, quer seja em vida ou após a morte. Venosa (2007, p. 97):

A doação exige gratuidade na obrigação de transferir um bem, sem recompensa patrimonial. Essa ausência de patrimonialidade não coincide com a noção de desinteresse. A motivação do ato jurídico de doação é irrelevante para o direito. Sempre haverá um interesse remoto no ato de liberalidade cujo exame, na maioria das vezes, é despiciendo ao plano jurídico. Dificilmente haverá doação isenta de interesse social, ético, político, religioso, científico, desportivo, afetivo, amoroso, etc. Venosa (2007, p. 97).

A partir deste viés, fica óbvio que o respeito pela pessoa humana passa previamente pelo respeito ao seu corpo, que não está disponível a mercantilização, e cuja integridade é inviolável. A gratuidade é então concebida como liberal, sendo certo reafirmar que o corpo deve permanecer "fora do comércio", portanto, em oposição literal a coisas que estão "no comércio". Essa definição de homem estabelece como princípio básico de nossa lei "a indivisibilidade do corpo e da mente".

3.1.5 ENCADEAMENTOS ÉTICOS NA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS *POST MORTEM*

Para Barton e Barton⁹² a ética está representada por um conjunto de normas que regulamentam o comportamento de um grupo particular de pessoas ou de uma determinada profissão, como por exemplo, advogados, médicos, psicólogos, psicanalistas, etc. Pois, é comum que esses grupos tenham o seu próprio código de ética, normatizando suas ações específicas. A falta de

⁹¹ A confidencialidade é um dos princípios estruturantes da profissão médica, instituído pelo Juramento de Hipócrates (460-377 a.C.), na expressão “tudo o que vir e ouvir no exercício da minha profissão e no comércio da vida comum e que não deva ser divulgado conservar-se-á como segredo”. O mesmo princípio é reforçado no Código Internacional de Ética Médica da Associação Médica Mundial, de 1949, como “o médico deverá preservar absoluta confidencialidade sobre todos os factos relativos ao seu doente, mesmo após a morte dele” J.A. Esperança Pina, A responsabilidade dos médicos, Lidel, Lisboa, 2002, 3.ª edição, revista e aumentada, p. 5.

⁹² Barton WE, Barton GM. Ethics and law in mental health administration. New York: International Universities, 1984.

órgãos tem motivado os governos atuais a priorizarem, por intermédio de políticas públicas, o incentivo à doação, mediante campanhas de sensibilização educativa, palestras de educação jurídica às comunidades, ampliação dos critérios de admissibilidade e mesmo por via de campanhas em redes sociais. Embora tais implementações pareçam razoáveis na determinação do comportamento humano atinente a doação, é necessário que haja colaboração direta com os demais países que não dispõem do programa de transplante, com vista a obtenção de mais arrecadação de órgãos, sempre com o pretexto de salvação de vidas.

No entanto, o impacto das medidas anteriormente avançadas sobre o público-alvo, tem-se revelado limitado em diversos quadrantes do mundo; a explicação para fundamentar a improvável adesão aos programas, deve-se talvez as questões éticas ou de interesses comuns. Esta visão, considera que por intermédio de palestras e seminários nas comunidades, paulatinamente se constrói uma nova convicção, e o conceito de ajuda ao próximo e de forma voluntária daria a oportunidade da continuidade de vida, assim a comunidade descarta o conceito de recusa para o conceito de auxílio baseado na liberdade, altruísmo.

A ideia central que se julga que daqui se pode extrair é que os processos elencados suscitam mudanças de abordagens por parte da população, de fato, o desconforto em tomar partido da decisão sobre doação de órgãos, está ligada a falta de motivação para o registo, a preocupação relacionada com as questões de sepultamento e a repugnância relacionada o destroçamento do corpo após a morte e própria colheita. O impacto do envolvimento público tem sido considerado como uma nova forma de governação, centrada numa ética política mais democrática e numa ciência socialmente mais robusta. Só nestes termos salienta-se a pertinência da bioética e dos seus princípios na convicção de mentalidade dentro de parâmetros socialmente aceites.

Por via disso, as questões de adesão e aceitação social não são defasadas de fatores sociais implícitos, da mesma forma que o enraizamento sociocultural de confiança ou desconfiança no sistema de saúde permite interpretar as atitudes perante a transplantação de órgãos. O ato de doar encontra doutrina legal na transferência voluntária do título e posse das propriedades do corpo a outra pessoa, sem qualquer contrapartida, o que significa que unilateralmente manifesta a vontade em ajudar o próximo. De forma que isso aconteça dentro da moldura legal, obriga a

que haja intenção de doar, que ocorra a transferência material do bem, e que este seja aceite pelo receptor.⁹³

Ao nível de direito internacional, pode considerar-se que as questões relativas à doação de órgãos e transplantação encontram proteção no Art.º 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, relativo ao direito à vida privada e familiar. Acima da defesa do direito à autonomia, este enquadramento insiste no equilíbrio entre a autodeterminação individual ou o princípio da autonomia e os interesses de terceiros.⁹⁴ A pertinência das descobertas científicas em matéria de ciências da saúde torna-se necessária a observância dos princípios bioéticos e da própria ética dos direitos humanos, no que diz respeito ao procedimento primário até ao final, significa a aferição na completude da existência do consentimento (*mutatis mutandis*), e, a posterior, recolha de órgãos e tecidos de pessoas falecidas. O protocolo contempla a observância da regra do doador morto e o respeito pelo seu corpo humano.

3.2 A autonomia do *de cuius* a bioética da permissão e os estranhos morais

O reconhecimento da dignidade se estende mesmo após a morte, e, por conseguinte, torna-se relevante a prossecução do itinerário legal para a remoção *post mortem*, na medida em que condutas adversas podem influenciar o consentimento, e seu modo de expressão. Consideremos que o corpo de defunto não dispusesse de dignidade, certamente, poderiam ser autorizadas doações dos seus órgãos sem o consentimento e de forma literalmente arbitrária. Por essas e mais razões, dariam embasamento para respeito a esse princípio. Segundo, (NASCIMENTO, 2007, p. 168), o respeito a esses valores denota uma assistência comprometida e fortalecida pela competência técnica, que visa o bem estar de quem é submetido ao cuidado, podendo significar uma assistência voltada aos parâmetros éticos.⁹⁵

No presente caso, a violação do direito à integridade pessoal dos mencionados familiares das vítimas verificou-se em virtude do impacto provocado neles e no seio familiar, em função do desaparecimento forçado de seus entes queridos, da falta de esclarecimento das circunstâncias de sua morte, do desconhecimento de seu paradeiro final e da impossibilidade de dar a seus restos o devido sepultamento. A esse respeito, o perito Endo indicou que “uma das situações que condensa grande parte do sofrimento de décadas é a ausência de sepultamento, o

⁹³Glazier AK. **The principles of gift law and the regulation of organ donation.** *Transpl Int.* 2011 Apr 1;24(4):368–72.

⁹⁴Foster C. **Dignity and use of body parts.** *J Med Ethics.* 2014 Jan;40(1):44-7.

⁹⁵Nascimento MAL, Moraes MP, Junior RG, Giannini EL. O cuidado de enfermagem com o corpo sem vida. *Revista Texto Contexto Enfermagem* 2007;16(1):168-71.

desaparecimento dos corpos [...] e a indisposição dos governos sucessivos na busca dos restos mortais dos de seus familiares”, o que “perpetua a lembrança do desaparecido [e] dificulta o desligamento psíquico entre ele e os familiares que ainda vivem”, impedindo o encerramento de um ciclo⁹⁶.

Em vista das questões que giram em torno do local e da própria noção de cadáver ou da pessoa falecida, a aceitação da doação de órgãos pode ser considerada uma construção intelectual e jurídica que exige tempo e esforço. Portanto, seria menos importante ignorar essa decisão, quando nossa inclinação natural seria recusar a "mutilação" do corpo, a herança de milhares de anos de evolução, a história religiosa inscrita em nosso inconsciente, nossa herança cultural. Em virtude disso, pode prevalecer o instinto natural em benefício da construção; a reflexão intelectual é um viés que é entendido e respeitado, mas, não o torna uma lei universal. Merece, portanto, questionar-se sobre o que implica, então, recusar aos membros de uma família ou à memória do falecido, aceder ao seu desejo em benefício de outro ponto de vista, compreensível, mas que o argumento não é, de facto, superior.

De fato, o funeral simboliza o respeito devido aos mortos e, portanto, permite um último tributo aos vivos. O funeral celebra os mortos e, como resultado, os últimos desejos que lhe são inerentes devem ser respeitados e aceites pelos entes queridos como uma escolha que deve ser honrada, muito embora alguns se arrependam disso. Os ritos funerários são reduzidos cada vez mais hoje, com a manutenção das vontades do falecido. Daí que, a bioética de permissão representa um papel de fundamental no âmbito do consentimento para a doação *post mortem* de órgãos e tecidos para transplantes (mais especificamente no atinente ao problema de possíveis divergências entre a vontade dos familiares e a vontade da pessoa falecida), remete e de forma direta, à doutrina da bioética da permissão de Engelhardt Jr. H⁹⁷.

Para essa doutrina, geralmente as ações envolvendo terceiros, em uma sociedade pluralista secular, só têm autoridade moral se houver manifestamente a permissão ou consentimento concedido por um grupo da família. O ponto de partida do autor é, sem dúvida, a constatação da inegável diversidade moral das sociedades pós-modernas atuais, aliada ao ceticismo diante

⁹⁶ BRASIL. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos – 2014: Direito à vida, anistia e direito à verdade. Brasília: CNJ, 2016, p. 577.

⁹⁷ É um bioeticista norte-americano, que propôs uma postura procedimental para o manejo dos conflitos bioéticos (LOLAS, 2005, p. 41). Trata-se de uma proposta ética mínima para uma sociedade pluralista secular pacífica (MADRID, 2014, p. 442). O que no meu entender, após a morte do *de cuius* pelas questões sociais, políticas e religiosas, certamente a maior probabilidade de existência de conflitos na entrega do corpo ou mesmo em situações daquele ter manifestado o seu consentimento.

das possibilidades da racionalidade humana em estabelecer uma ética universal com conteúdo concreto e minimamente lógico dentro das suas concepções e que, aliás são aceitáveis pois. Engelhardt reconhece a existência de comunidades concretas, dentro das quais as pessoas praticam virtudes e compartilham vidas morais coerentes. Essa proposta do bioeticista, é voltada para cidadãos que convivem na sociedade pós-moderna, a sociedade está eminentemente pluralista e desprovida de uma visão compartilhada de vida boa (FERRER e ÁLVAREZ, 2005, p. 202). As comunidades dizem respeito a grupos de seres humanos unidos por tradições morais comuns ou por práticas decorrentes de uma visão compartilhada de vida boa.

Estranhos morais, ao contrário, são aqueles que não compartilham entre si suficientes premissas morais ou normas de demonstração e inferência moral bastantes para resolver controvérsias morais através de qualquer argumentação racional válida (FERRER e ÁLVARES, 2005, p. 203). A sociedade pós-moderna, é pluralista e fragmentada em diversas pequenas ou grandes comunidades de compromissos religiosos ou seculares, estruturadas em compreensões morais e metafísicas distintas. As diferenças culturais baseiam-se em considerações fundamentalmente divergentes sobre a condição humana e sobre a adequação de condutas morais (ENGELHARDT JR, 2009, p. 26).

Entre estranhos morais, a argumentação racional não basta para resolver debates éticos. Por outro lado, amigos morais compartilham uma mesma visão de vida boa. Nas comunidades morais concretas, - sejam essas comunidades de signo religioso, filosófico ou ideológico - as pessoas podem viver vidas morais coerentes e praticar virtudes, pois compartilham uma mesma hierarquia de valores (FERRER e ÁLVARES, 2005, p. 202). A bioética exerce um impacto de grande prestígio nesse dilema ético e jurídico, em situações do prévio consentimento daquele que de boa fé e no âmbito do exercício da sua autonomia quis salvar vidas.

3.2.1 Doação *post mortem*: a reflexão dos princípios vs questão de integridade corporal

Os princípios bioéticos individualmente constituem uma corporação, sendo capazes de solucionar antinomia que possam ocorrer em situações concretas. Os princípios da autonomia do paciente, ou do respeito à pessoa, juntamente com o da beneficência e o da não-maleficência, podem ser interpretados no ato de remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo, mesmo depois da confirmação da morte. O princípio da autonomia do paciente à luz das “Diretrizes Éticas Internacionais para pesquisas biomédicas envolvendo seres humanos” (Conselho para

Organização Internacional de Ciências Médicas (CIOMS) e OMS (Genebra-1993), podem ser usados sem ferir o padrão de respeitabilidade mínima dos pacientes.

Este princípio deve ser usado com base na capacidade do paciente manifestar positiva ou negativamente a realização de determinado tratamento, cirurgias ou remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo em vida ou em após a morte. Informa ainda o citado princípio que, a manifestação do paciente deve ser atendida, considerando ser este princípio limitador para interpretação dos demais princípios bioéticos, quais sejam, o da beneficência-*fazer o bem*, e o da não-maleficência-*não fazer o mal*. Entretanto, o cumprimento da manifestação expressa pelo paciente tem íntima ligação à garantia fundamental da dignidade da pessoa humana. A existência da pessoa é sempre, em última *ratio*, confrontada com a situação-limite da morte, entendida como “um destino que faz parte da nossa vida⁹⁸”.

O corpo cremado ou enterrado dependendo das circunstâncias, serve como antecipação do desaparecimento da dimensão corporal que caracteriza a pessoa humana, entendida agora como cadáver. O valor do cadáver destaca-se à sua utilização para fins científicos e de investigação, e para fins terapêuticos, como o de transplantação. No âmbito terapêutico de transplantação, o cadáver atualmente se concebe como a principal fonte de órgãos, contribuindo para que outras pessoas continuem a viver e/ou melhorem a sua qualidade de vida⁹⁹. O cadáver humano tem-se, com um valor terapêutico enorme, principalmente para a saúde dos doentes que aguardam por uma cirurgia de transplante.

Portanto, a morte cerebral constitui uma etapa decisiva do ponto de vista técnico-científico para o aumento da disponibilização de órgãos provenientes de cadáveres para transplante, particularmente em Brasil e Portugal. O respeito pela vontade da família se relaciona também com a integridade do corpo do falecido ou com a imagem que a perda desta integridade pode deixar para os entes queridos. Todos sabem que falar sobre o corpo morto, porém, sobre a possibilidade de remoção de órgãos, toca as entrelinhas da espinhosa questão da integridade corporal, mas também na propriedade desse corpo.

A questão da integridade do corpo como fundamento para respeitar a vontade da família está muito presente nos discursos de inúmeras estruturas sociais. A representação de que parentes

⁹⁸R. Lucas, “Morte cerebral e morte do homem: a recuperação da morte humana”, *Brotéria*, 150 (2000), p. 203.

⁹⁹Cf. Joaquim Pinto Machado, “A utilização do cadáver humano em medicina”, in **Bioética: questões em debate**, Publicações da Faculdade de Filosofia de Braga – Universidade Católica Portuguesa, Braga, 2001, p. 119.

do falecido parecem desumanos para os profissionais de saúde que lidam com o transplante de órgãos, provavelmente porque estes agiriam da mesma forma, em face de uma situação em que o membro da família se submeteria a tal ato. Disso se extrai que a integridade corporal é um poderoso motivo de recusa para extração de órgãos.

3.2.2 TUTELA DA PERSONALIDADE HUMANA *POST-MORTEM*

A morte de um homem deve ser encarada como destino final, por sua vez, este fenômeno imprescindível na vida humana, transcende a um mero processo biológico, visto que ela têm repercussões sociais, jurídicas, antropológicas, morais, filosóficas, e políticas, que torna quase que impossível que nos sintamos numa situação de neutralidade ou indiferença perante a ocorrência dela. A morte do ponto de vista jurídico-legal é considerada um ponto peculiar, tendo em conta que, com ela termina a existência jurídica da pessoa, segundo o artigo 68º do Código Civil moçambicano -Termo da Personalidade, e, ocorrem mudanças relativas aos bens, propriedades, obrigações, compromissos de responsabilidade penal ou civil.

Disso resulta aferir que, o respeito pelo corpo humano não termina com a morte do sujeito, daí que, o direito à integridade vincula a todos, desde a fase embrionária ou de gestação, durante o nascimento e mesmo após a morte. Conforme se pode depreender, o Direito da Medicina regula o contato da vida humana com as Ciências Biomédicas, cuja intromissão da esfera da saúde permitiu o prolongamento de vida sem que tal interferisse significativamente nos elementos constitutivos da personalidade jurídica.

Em relação ao cadáver, também se pode dizer que o mesmo já não reúne elementos vitais, porém, o mesmo ainda é uma coisa, cuja relevância é indiscutível e o respeito é inquestionável, pelo que deve ser respeitado. A lei nos ordenamentos jurídicos dos países em análise, sanciona qualquer importunação devido aos corpos. Ademais, quanto aos traços característicos deste catálogo, o recente relatório da Assembleia nacional francesa sobre a revisão das leis da bioética sublinha que: [...] A bioética não deveria ser definida somente como a ética daqueles que vivem, incidindo fundamentalmente sobre o que os vivos não devem fazer sobre o corpo dos mortos.¹⁰⁰ O âmbito jurídico apresenta enorme complexidade e envolve a análise de alguns conceitos, institutos jurídicos, regulamentação, tendo em conta que a doutrina ainda se encontra numa fase

¹⁰⁰Rapport d'information n° 2235 de «**Révision des lois de bioéthique**», *Favoriser le progrès médical, respecter la dignité* (rapporteur : Jean Léonetti), p. 423, chapitre 8 : Le respect de l'identité et du corps de la personne décédée, 2010.

de muitas polémicas e incertezas: o estatuto jurídico do cadáver humano, a existência de direitos de personalidade *post-mortem* e a proteção jurídica devida ao cadáver e à memória dos mortos, são assuntos que tocam a sensibilidade humana, com convicções éticas, filosóficas e mesmo religiosas.¹⁰¹ Nas palavras de Faria Costa, a morte, esse “*absoluto opaco*”, parece estar muitas vezes distante do discurso jurídico, mas o seu debate e a sua regulação definem a humanidade do projeto social em que estamos inseridos¹⁰².

Desde a definição legal de morte às práticas médicas e médico-legais, o cadáver está sujeito à determinação do regime que tutela o “respeito devido aos mortos” e a “memória dos defuntos”, todos estes temas marcam o que há de mais intrinsecamente humano. Como é sabido, ao longo dos tempos, a morte surge associada a tradições e crenças que possuem importante sentido ético ou religioso. Por isso, a regulação da morte, dos rituais fúnebres e do respeito devido ao morto são pilares estruturantes de cada civilização.¹⁰³ Numa perspetiva cultural e antropológica, analisando a relação do homem com a morte desde a pré-história, descreve Morin, (1988):

[...] Cadáver humano (...) suscita emoções que se socializam em práticas fúnebres e a conservação do cadáver implica um prolongamento da vida. O não abandono dos mortos implica a sua sobrevivência”. E, mais adiante, sintetiza: “A morte é, portanto, à primeira vista, uma espécie de vida, que prolonga, de uma forma ou de outra, a vida individual.” E acrescenta: “A sociedade funciona não apenas apesar da morte e contra a morte, mas também só existe enquanto organização pela morte, com a morte e na morte.”¹⁰⁴ Edgar Morin, (1988).

5 A DOUTRINA DO CONSENTIMENTO INFORMADO (*INFORMED CONSENT*) E SEUS DILEMAS NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS: BRASILEIRO E PORTUGUÊS SOLUÇÕES A LUZ DOS PRINCÍPIOS

O regime do consentimento informado, teve o seu início ao longo dos últimos 100 anos, e tem conhecido um prestimoso crescimento no âmbito da bioética e da ética médica, que consiste na

¹⁰¹Paula RIBEIRO DE FARIA, **Aspetos Jurídico-Penais dos Transplantes**, p. 126: “a visão teológica da vida depois da morte teve um grande impacto na forma como devia ser encarado o cadáver”, tendo a doutrina cristã, neste ponto, um papel determinante no quadro do nosso espaço civilizacional.

¹⁰²Afirma João Carlos LOUREIRO, **Transplantações: Um Olhar Constitucional**, Coleção Argumentum/9, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 28 – citando HOTTOIS: “[O corpo humano morto] é, por tradição, um objecto de respeito e o sujeito de “mistérios sagrados” para os crentes. Para os seus íntimos, é também o símbolo presente de um ausente que foi amado, e o suporte do luto”.

¹⁰³ David LE BRETON *in* «Grefe», **in Le dictionnaire du corps**, sous la direction de Michela Marzano, PUF, 2007, p.417 : «Nulle société humaine ne perçoit le corps comme un cadaver indifférent après la mort».

¹⁰⁴O Homem e a Morte, 1ª edição portuguesa (tradução da 2ª edição francesa, 1970), Biblioteca Universitária/19, Publicações Europa-América, Lisboa, s/d, p. 24-25.

superação do paternalismo clínico herdado pelo Hipócrates,¹⁰⁵ pelo primado do princípio da autonomia do paciente. O foco crucial da ética médica tornou-se a obrigação dos profissionais de saúde de fornecer benefícios médicos aos pacientes e de protegê-los de danos. O objetivo da medicina, conforme expresso no juramento de Hipócrates, era beneficiar os enfermos. Entretanto, a administração de informações nas interações com os pacientes foi retratada como uma questão de prudência e discrição. Os escritos de Hipócrates nem sugerem obrigações de veracidade. Ao paciente é reconhecido o direito à autodeterminação nos cuidados de saúde, significa com isso dizer que, as suas vontades em relação a determinado tratamento, ou diagnósticos, devem ser respeitadas pelos profissionais de saúde. A voz do paciente torna-se a panaceia peculiar do tratamento, de tal sorte que, a violação a sua autonomia é passível de responsabilização¹⁰⁶. Portanto, a alternativa da ação do médico ou qualquer profissional de saúde depende necessariamente da manifestação de vontade do paciente.

O princípio do consentimento informado, voltado para o parâmetro jurídico da assistência em saúde, tende a analisar o conceito de autonomia e de autodeterminação decisória da pessoa que requer e solicita intervenções médicas ou cirúrgicas. Essa fórmula legal, nos últimos anos, ganhou não apenas espaço considerável, mas também importância na elaboração e nas abordagens doutrinárias, bem como nas interpretações jurídicas, influenciando assim as atividades cotidianas da profissão médica. O consentimento informado ainda é objeto de explorações contínuas.

¹⁰⁵ O médico hipocrático respeitava um princípio de responsabilidade profissional mais religioso e de tipo moral, mas, do ponto de vista jurídico, muito fraco, na medida em que dependia de regulamentos elaborados por seres humanos. A convicção e certeza de que o médico agiu, no interesse do bem-estar de seu paciente, foi transmitida ao longo dos séculos, dotando o médico de autoridade moral e uma espécie de impunidade legal, condições que correspondiam, de maneira quase reflexiva, com o dever de obediência e sujeição, por parte do paciente. O cristianismo foi enxertado nessa visão consolidada do caráter sacral da medicina e da prática médica, que não alterou substancialmente o tipo de comportamento ético hipocrático. Não apenas a população, mas também o médico cristão, estava ciente da importância religiosa de sua intensa atividade como missão e comparada a um tipo especial de sacerdócio em salvaguarda da saúde, considerada um presente de Deus. Portanto, investido dessa autoridade que deriva de seu papel profissional e de seu próprio trabalho, ele sentia que era seu dever orientar o paciente, decidir e por ele. O paciente é uma pessoa ignorante que não possui o conhecimento, a capacidade intelectual ou a autoridade moral para se opor ou discordar dos desejos e decisões do médico que, em vez disso, por conta de sua doutrina, sabe exatamente o que é bom para ele. Nesse sentido, se falássemos de consenso sobre a intervenção do médico, ele seria considerado inútil, tanto quanto óbvio e compreendido, quando procurarmos ajuda.

¹⁰⁶ Hoje a interpretação quanto a responsabilidade do médico resulta do (artigo 6º, VIII e 14 do CDC): "O fornecedor de serviços responde, independente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre a fruição e riscos. O parágrafo 4º impõe que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa"; logo, o consentimento informado tornar-se-ia uma importante arma na defesa do médico. (LUIZ CARLOS, 2010).

Convêm ressaltar que, a liberdade de escolha é parte integrante de nossa vida cotidiana, direciona nossas interações com os pacientes e é um componente essencial de conduta na pesquisa com seres humanos. A maioria dos erros históricos e atrocidades na experimentação em humanos tiveram como principal falha no consentimento. Em resposta a esses eventos, o direito nacional e internacional foi desenvolvido para direcionar os pesquisadores a um processo de consentimento informado para participar da pesquisa. Atente ao âmbito da Organização Mundial da Saúde, merece referência a declaração para Promoção dos Direitos dos Pacientes, de 1994.¹⁰⁷ O documento *Nacional Welfare Right Organization* de 1970, marca nos Estados Unidos o movimento nacional e internacional de proteção aos pacientes hospitalizados.

Em 1981, a Associação Médica Americana avaliou de forma profunda o consentimento informado, sendo unânime na afirmação de que o direito do paciente tomar uma decisão por conta própria, regra geral, exceto em seguintes situações: a) em que o paciente estivesse inconsciente ou incapaz para decidir b) se a tal informação significasse uma ameaça de dano. A Proposta de Diretrizes Internacionais para a Investigação Biomédica em Sujeitos Humanos, formulada pela Organização Mundial de Saúde e pelo Conselho Internacional das Organizações das Ciências Médicas em 1982, reafirmou o conteúdo da Declaração de Helsinque II, optando pela expressão “consentimento informado e dado livremente depois de ter estado adequadamente informado”. Finalmente, a UNESCO¹⁰⁸, em 2005, reforçou o Consentimento Informado como uma regra na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos.

No contexto brasileiro¹⁰⁹ e português, o consentimento informado desempenha um papel importante na formação de uma aliança terapêutica com o paciente, assim também desempenharia em vários países em que cujo procedimento tem sido aplicado na sua plenitude. A prévia informação em relação ao tratamento da segurança tanto ao profissional de saúde bem como ao paciente, isenta ao primeiro qualquer responsabilidade pela falta do consentimento e responsabiliza o segundo, quando este eventualmente contrariar a convenção previamente acordada., porém, pelo paternalismo do médico ou ignorância do paciente, o primeiro tem a

¹⁰⁷Declaração sobre a Promoção dos Direitos dos Pacientes na Europa, Amsterdão 28-30 de Março de 1994. Organização Mundial da Saúde, Secretaria Regional da Europa.

¹⁰⁸UNESCO. [Acesso em 25 de Jan 2014]. Disponível em: www.unesco.org

¹⁰⁹ A doutrina legal do consentimento informado reporta-se ao Código de Defesa do Consumidor (CDC), criado pela Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, com fulcro no artigo 5º, XXXII da Constituição Federal, aplicáveis onde ocorrer em relações de consumo.

maior probabilidade de agir sem dependência do consentimento, o que viola regramentos mais básicos da profissão.

De fato, para que não haja relações harmônicas na relação médico-paciente, impõe-se o respeito pelo consentimento informado, o que representa não só a panaceia do direito mas um ato de dever do profissional. Contudo, para que seja efetivo deve ser assegurada a transmissão de informação adaptada, clara e inteligível para cada indivíduo.

5.1 DIGNIDADE HUMANA NA DOUTRINA DO CONSENTIMENTO INFORMADO

Nos últimos anos, o universo tem conjugado esforços multilaterais para maior consideração e proteção da pessoa humana e sua dignidade, em meio a profundas transformações, em especial no mundo jurídico. Como consequência dessa conjuntura dialógica, e na expectativa de melhor aclarar a doutrina do consentimento informado em face da evolução biotecnológica, em 10 de dezembro de 1948, três anos após o fim da Segunda Guerra Mundial, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou uma Declaração Universal dos Direitos do Homem. O que se afigura patente nos termos do art. 27º da Declaração, diz respeito a ideia segundo a qual:

[...] Toda pessoa tem o direito de participar livremente no progresso científico e nos benefícios que daí resultarem ", o que significa que não apenas os médicos, mas todos profissionais de saúde e todos os cientistas devem beneficiar todas as pessoas no contexto global do progresso científico e biotecnológico. A Declaração, portanto, tem um impacto sobre as responsabilidades éticas e o comportamento dos cientistas (especialistas em ciências da vida), bem como médicos e outros profissionais de saúde.

O consentimento informado surge nos Estados Unidos da América, no caso *Salgo vs Leland Stanford Jr. University Board of Trustees* (1957), porém, os resquícios do consentimento já se notabilizavam muito antes desse período. Entretanto, a tutela que confere o direito à autodeterminação da pessoa humana foi-se adaptando conforme uma nova conjuntura de dominação do homem pelo homem. Pensando nesse viés, os países modernos, o cientista ou um médico pesquisador que entra em contato com um potencial participante da pesquisa médica, independentemente deste estar patologicamente debilitado ou de boa saúde, é imperativo que o pesquisador principal em causa, ou seu representante da equipe de pesquisa médica, busque todos os meios ao seu alcance para obter o consentimento informado do potencial participante, sob pena de incorrer sobre si uma responsabilidade civil ou criminal. A luz da guia número 1 do Comité da Bioética, os critérios para o consentimento voluntário e informado estabelece:

[...] O indivíduo a). Esteja suficientemente informado; b). Compreende suficientemente o tratamento ou procedimentos da pesquisa clínica; c). Participe voluntariamente e não está sujeito a coerção; d). Possua capacidade mental suficiente; e). Atingiu a maioridade legal. (GUIA DE COMITÉ DE BIOÉTICA, 2005).

Nota-se, nesse toar, uma crescente necessidade de proteger o paciente ou qualquer sujeito disposto a submeter-se a uma pesquisa ou tratamento. Um dos grandes problemas da relação médico-paciente, está no paternalismo do último, pelo que diante do exposto, o respeito recíproco entre as pessoas, por sua condição humana e, por consequência racional, deve ser encarado como um dever de virtude.¹¹⁰

5.1.1 Aplicabilidade do consentimento livre e esclarecido e a bioética

A relação médico-paciente é naturalmente abstrusa, em suas diversas atuações, tanto em sede do diagnóstico, quanto na terapêutica depende de diversos fatores. A referida relação sempre foi pautada num bom trilho desde a génese da medicina moderna. Em alguns momentos, essa relação ficou doentia, como por exemplo, quando o médico deixava de lado o uso dos princípios éticos e terminava por perder a estima e confiança em quem o tratava.¹¹¹ Porém, abre-se uma nova jornada no século XX, em que, a relação médico-legal torna-se espécie de um epicentro para a orientação de afirmação dos direitos civis. Observa-se assim, que o direito à saúde, à informação, a não submissão às experimentações sem consentimento, dentre outros, foram trazidos pelos movimentos sociais e grupos de opinião sobre a reflexão da ética médica, o que possibilitou o surgimento da Bioética.

Neste segmento, os profissionais de saúde, em particular os médicos, não deveriam desencadear procedimentos terapêuticos, fazer experiências ou cuidar de um paciente competente sem a sua permissão-consentimento, por assentar na protecção dos direitos à autodeterminação e à integridade física e moral da pessoa humana, pelo que, (1) sem essa permissão ou consentimento não há autoridade; (2) ações contra essa autoridade são merecedoras de acusação, no sentido de colocarem o violador fora da comunidade moral, tornando lícita, porém não obrigatória a força retaliatória, defensiva ou punitiva. Corroborando esse pensamento, a literatura propõe-se a refletir sobre a existência de um Consentimento Implícito segundo o qual, o Estado tem

¹¹⁰ KANT, op. cit., p. 5 e segs.

¹¹¹ Sgreccia E. *Manual de bioética – fundamentos e ética biomédica*. Cascais, Portugal: Editora Principia; 2009.

autoridade para proteger os inocentes da força que não alcança o Consentimento. Ao passo que, o Consentimento Explícito é aquele em que indivíduos, grupos e estados podem decidir pela vigência de contratos ou criar direitos de assistência social.

O fundamento do princípio expressa as circunstâncias de que a autoridade para resolver disputas morais, precisa de um acordo entre os participantes, já que não deriva de argumentos racionais ou da crença comum. Em relação à motivação para obedecer ao princípio, esta se encontra vinculada aos interesses em agir de um modo: (1) que é justificável a pessoas pacíficas em geral, e (2) que não justificará o uso de força defensiva ou punitiva contra a própria pessoa. Nas implicações para as políticas públicas, o princípio do consentimento proporciona base moral para políticas públicas destinadas à defesa dos inocentes. E, portanto, o princípio do consentimento proporciona a base para aquilo que poderia ser chamado de moralidade de autonomia como base de respeito, (ENGELHARDT, 2008).

5.1.2 Termo de consentimento livre e esclarecido: o conteúdo concreto em sua elaboração

Tanto na ordem jurídica brasileira como a portuguesa,¹¹² não se pode elaborar uma Declaração de Consentimento Informado de forma não padronizada ou mediante percepções individualizadas. Ressalta-se que se assim fosse, inelutavelmente existiriam inúmeras margens de manobras conducentes à real vontade manifestada. Verifica-se, portanto, que existem regras padronizadas seguidas por Estado.

Vemos diante dessa conjuntura que a questão relativa à necessidade de se compreender do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, e, bem como os direitos e as obrigações atinentes à relação médico-paciente, porém, resta-nos acreditar que assim, os o perfil conteudístico fica mais evidente para mitigar conflitos futuros. Na atuação médica, ocorre a necessidade de o profissional da saúde informar ao paciente e obter o seu consentimento antes de qualquer intervenção ou tratamento, nisso, o paciente manifesta a sua autonomia face ao diagnóstico previamente concedido, se adere ou não adere ao tratamento.

À primeira vista, o Consentimento Informado pode ser abordado face à exposição da escolha autônoma, na manifestação dos poderes autónomos de que o paciente dispõe, isto é, uma

¹¹² Nos termos do artigo 219º do Código Civil e o artigo 38º do C.P. vigora o princípio da liberdade de forma do consentimento, sendo por isso o consentimento verbal aceitável em todas as situações que não são excepcionadas por lei. Este deve ser presenciado por pessoas que o possam testemunhar, de preferência profissionais de saúde e/ou familiares do doente.

homologação, um aval individual dado pelo paciente para uma intervenção médica ou um envolvimento em uma pesquisa nas ciências médicas. Com base nisso, o sujeito deve fazer mais do que expressar anuência; ele deve autorizar o procedimento por meio de um ato de consentimento Informado e voluntário, ou seja, sem uma atuação forçada. Na subsequente concepção, o Consentimento Informado avalia-se em termos das regras sociais de consentimento nas instituições que têm de obter consentimento legalmente válido para pacientes ou sujeitos de pesquisa antes de proceder aos procedimentos terapêuticos ou à própria pesquisa.

Ademais, existem formas variáveis do Termo de Consentimento que podem ser: (a) Consentimento expreso: quando o consentimento informado é prestado ativamente (não tacitamente), na forma oral, no quadro de um liame terapêutico entre o profissional de saúde e o paciente; (b) Consentimento implícito: quando a intervenção médica está implícita no relacionamento entre o médico e o doente, partilhando estes um objetivo comum. Para o consentimento ser considerado implícito, o risco (de morte ou da violação da integridade física ou psicológica) deve ser desprezível; (c) Consentimento presumido: presume-se o consentimento quando não estão reunidas as condições mínimas para a obtenção de consentimento expreso e não existem dados objetivos e seguros de que o paciente se oporia a uma determinada intervenção por exemplo, em situações de emergência médica (hospitalar ou pré-hospitalar) ou no decurso de uma intervenção cirúrgica com inconsciência do doente; (d) Consentimento escrito: em um ambiente de litígio judicial crescente, e de aumento sustentado de processo de responsabilidade civil e criminal por danos.

No entanto, não se deve ter a perspectiva de que ele substitui o consentimento expreso na forma oral, mas sim, ele é uma forma complementar de consentimento que pretende materializar a prova do mesmo; (e) Consentimento testemunhado: trata-se de um acréscimo de rigor na materialização da evidência de que o consentimento foi efetivamente prestado. Este tipo de consentimento é usual em ambiente hospitalar, sobretudo quando o doente e o profissional de saúde não tem uma relação próxima e duradoura; (f) Consentimento familiar: em alguns casos – por exemplo, recém-nascidos, crianças, doentes mentais ou doentes em estado vegetativo persistente –, o paciente é incapaz de prestar consentimento expreso; e, (g) Consentimento genérico: a título de exceção, pode ser invocada esta modalidade de consentimento, quando a quantidade de informação a prestar ao paciente ou à sua família é complexa e difícil, isto é, não

é exequível um verdadeiro consentimento informado. Este consentimento tem sido utilizado no contexto da execução de testes genéticos¹¹³.

Uma preocupação frequente com a execução de um consentimento verdadeiramente livre e esclarecido é o respeito à autonomia do paciente. O respeito pela autonomia do ser humano, paciente, ou seja, perceber que toda pessoa é capaz de tomar, sem pressão de nenhuma das partes suas próprias decisões—é um tema central no debate do consentimento livre esclarecido, uma vez que apenas a permissão do respectivo sujeito pode legitimar uma ação que o envolve.

5.2 UMA PERSPECTIVA SOLIDÁRIA, ALTRUÍSTA, GRATUITA E DE ANONIMATO GUIADA PELAS EXIGÊNCIAS DA SAÚDE PÚBLICA

De acordo com os relatórios referentes ao transplante de órgãos demonstra que, a cada ano, milhares de pacientes morrem aguardando em enormes filas de espera por um transplante que dificilmente chega. Todavia, para muitos, o tempo de espera tem sido relativamente longo, e, de acordo com a faixa etária dos pacientes, muitos mostram-se com menos chances em serem contemplados em tempo útil, pois, a idade acaba gerando muitas vezes a falta de expectativa. Parte dos países americanos e europeus, onde a doação de órgãos entre pessoas vivas tem sido pouco encorajada, os órgãos doados após a morte representam um recurso social de muita preciosidade. Grande parte de estados membros dos continentes supra referidos, acabam adotando políticas legislativas que interferem na remoção de órgãos *post mortem* dos seus nacionais, e em alguns casos dos estrangeiros.¹¹⁴ Dentro desses contornos, vemos que essa política acaba sendo direcionada para determinadas camadas sociais, ao invés de todos.

Para a doação *post mortem*, o anonimato do doador em relação ao paciente que recebe, visa evitar que este último, não tenha um sentimento de culpa em relação à pessoa falecida. Parece que por essa via, fica garantido o altruísmo, e, certamente, qualquer possibilidade de eventuais remunerações em benefício da família do *de cuius*¹¹⁵, de modo que, o órgão doado sem

¹¹³Antunes A, Nunes R. Consentimento informado na prática clínica. **Arquivos de Medicina**, 1999, p. 13.

¹¹⁴ Expressão empregada por STEINER Philippe, **La transplantation d'organes- un commerce nouveau entre les êtres humains**, Biblioteca das ciências humanas, NRF, éditions Gallimard, 2010, 342 pp.

¹¹⁵ A transferência de recursos corporais humanos implica uma nova forma de doação em comparação com o que é chamado de presente na tradição sociológica. Não é uma doação que cria vínculos diretos entre o covarde e o doador, o que não é encontrado no caso de remoção *post mortem*, a forma mais comum de transplante; nem é uma dádiva agonística destinada a produzir hierarquia social. É uma forma de doação para a qual não há nome e que, por padrão, proponho chamar de *doação organizacional*. Há *doação* porque não pode haver questão de usar coação legal nesta forma de transação; somente uma restrição moral pode intervir, no sentido de que, sem necessariamente haver pressão sobre o doador ou seus parentes, as representações sociais associadas à

destinatário determinado, fica apenas sobre o sigilo da equipe médica, e, só eles conhecem a identidade do doador, com base no histórico clínico, e recai sobre este, o dever profissional de sigilo. Por essa razão que a doação não-dirigida é *chamada de doação altruísta*.¹¹⁶

Aqui o doador procede como um bom samaritano, doando parte do seu órgão sem nem sequer conhecer o receptor, e, sem existir nenhum interesse em obter vantagens - isso ocorre no Brasil¹¹⁷ e em Portugal. Essa prerrogativa tem desvantagem na liberdade do doador que a sua intenção altruísta faz-o não conhecer o paciente a quem deu vida. Enfim, a causa de um consentimento para doação de órgãos para finalidade de transplante, reside na intenção altruísta do seu autor. As fronteiras do altruísmo são difíceis de delimitar e dividem vários autores de ciências biomédicas e fora delas. Para alguns, o altruísmo implica que o consentimento seja motivado por interesse unicamente pelo outro, se o doador pode ter um benefício psicológico, isso não deve ter nenhum efeito possível em nenhum caso de doação de órgãos ou seja, não se pode ter qualquer vantagem pelo ato de doação. Segundo (STEINBERG, 1978, p. 149):

O altruísmo em medicina engloba atos voluntários cujo objetivo é melhorar a saúde de uma terceira pessoa com ausência de toda contrapartida que dela possa advir. Que o doador queira de por conta própria melhorar a sua auto estima, que aquele ato, o possa responder em suas crenças religiosas ou ainda, que ele faça tal ato como se estivesse a exercer suas obrigações familiares: os motivos pessoais são indiferentes quanto a natureza altruísta do ato realizado na medida em que, quando nos interessamos a aproximação jurídica de doação, está se parece mais realista, as razões pessoais profundas. (STEINBERG, 1978, p. 149).

solidariedade entre seres humanos definem a transferência do órgão como um ato livre , mas sentida como obrigatória por quem a pratica; um ato desinteressado no sentido comercial, mas interessado em um sentido familiar ou social que o simbolismo examinado acima tentou esclarecer. Existe *doação organizacional* na medida em que o recurso passa da pessoa para a organização antes de ser "dado" à pessoa doente: a organização é o meio essencial entre as duas pessoas no final da "cadeia de doações", sem ela essas duas pessoas não podem fazer a doação, muitas vezes, por causa disso, não podem se encontrar. Entre essas duas pessoas que se dizem "se entregam", *o intervalo que as separa e possibilita a transferência não é mais o tempo, mas o da prática organizacional*, comum a um comércio comercial e a um comércio que não está usando as mesmas ferramentas de governo de indivíduos dentro da organização como muitas organizações pertencentes ao mundo da eficiência do mercado.

¹¹⁶ Somente as doações não dirigidas serão o garante do verdadeiro altruísmo Segundo vários autores como GLANNON Walter et FRIEDMAN ROSS Lainie, "**Do Genetic Relationships Create Moral Obligations in Organ Transplantation?**" In Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics (2002).

¹¹⁷ O art. 1º da L. 9.434/97, que regula os transplantes de órgãos no território brasileiro, e a própria Constituição Federal, em seu art. 199, §4º, impõe a gratuidade na transplantação. Assim também é imposto pelo estadunidense Comitê de Moral e Ética da Transplantation Society e pela quase totalidade dos países europeus e africanos (Cf. DINIZ, 2014, p. 446).

5.2.1 A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE E IMPACTO REAL DOS PRINCÍPIOS ÉTICOS NA CONFRONTAÇÃO DA REALIDADE CLÍNICA

A relação entre o médico-paciente sempre esteve no centro do ato médico, como destacamos acima, é através desta relação que se estabelece a interação, diálogo, e, que certamente, gera a solidificação da confiança que traduz-se nos aspectos essenciais no domínio das ciências médicas. Essa relação cresceu diametralmente nos últimos séculos em virtude da evolução da biomedicina, com o surgimento de novos medicamentos e leis que protegessem mais as pessoas vulneráveis do ideário do paternalismo médico. A relevância de estabelecer a caracterização dos princípios que direcionam a prática médica levou Beauchamp e Childress a darem especial atenção aos códigos de ética médica e no que consistia a sua implementação numa situação concreta.

De entre as questões que lidam com a prática médica frisaram sobretudo, a relação entre o profissional de saúde e o paciente relação, cuja de análise terá indubitavelmente que ser devidamente contextualizada na contemporaneidade em virtude de não ser possível dissociar os problemas inerentes à relação médico/paciente das evoluções científicos e tecnológicos que vão sendo descobertos e colocados ao serviço das áreas da saúde, e que, em simultâneo, vão permitir o acesso dos pacientes a uma considerável quantidade de informação nessa área. A relação médico-paciente envolve tanto um certo exercício de poder, uma vez que o médico tem conhecimento sobre o corpo do paciente, conhecimento que lhe confere superioridade, mas também põe em jogo um requisito ético, pois envolve respeitar o paciente como sujeito.

O fundamento usado para limitar a divulgação de informações clínicas aos pacientes surge assim associado ao fato de não podermos saber toda a verdade e, mesmo que os profissionais de saúde pudessem conhecer toda a verdade, muitos dos pacientes não seriam capazes de entender o seu alcance e as implicações da informação divulgada, em parte devido à própria complexidade do que se comunica. É neste enquadramento que surge a necessidade de implementar normas que salvaguardam o valor terapêutico da esperança para os pacientes e estabeleçam como principal virtude a compaixão ou simpatia (a qual acaba, muitas vezes, por substituir a veracidade).

A revelação do diagnóstico, mesmo em estado grave traz consigo impactos negativos para o paciente, e, eventualmente, para sua família. De acordo com a doutrina alienígena, o anúncio de um diagnóstico fatal deve ser anunciado com prudência sob pena de causar efeitos adversos

as partes envolvidas, até porque essa informação pode resultar num mal-entendido, fiando-se a ideia de que, a informação anunciada revela uma morte próxima. Ora, os exames devem ser submetidos a indicadores, como o resultado de uma radiografia, de um exame biológico. O limite a respeitar entre indicadores úteis e revelar um prognóstico que destrói esperança pode ser muito difícil de suprir para o médico. O dia-a-dia mostra que um doente pode encarar a sua morte e ele mesmo expor ao médico sobre a sua pretensa luta para lidar com a enfermidade e, muito possivelmente, o interesse em vencer a doença. Essa atitude pode parecer contraditória com o princípio da autonomia: o que quer dizer que, em relação a sua morte, existe um direito de se preparar.

Na realidade, se a gente respeita o princípio de não magoar o doente e de respeitar sua humanidade, a atitude mais justa consiste em não dar-lhe um veredito, mais de o deixar livremente falar da sua morte com o seu médico. Porque torna-se evidentemente importante para o médico adquirir uma formação ao escutá-lo ativamente. O filósofo Emmanuel Lévinas sugeriu que a capacidade de se colocar no lugar dos outros era a base de qualquer relacionamento, quer se tratasse de medicina ou mesmo de relacionamentos atuais entre indivíduos. Essa capacidade de sentir as emoções e os pensamentos do outro, vai muito além do simples raciocínio, pelo que permite que se tire uma folga de si mesmo, de suas certezas e de alguns de seus pequenos modismos. Ela confronta esse outro, de quem Lévinas (1988) ainda disse:

[...] "O outro como outro não é apenas um alter ego. *Ele é o que eu não sou*, a responsabilidade é algo que me ocorre quando vejo o rosto dos outros". Basta, e é necessário, ver um rosto, sentir-se "amarrado", "refém dos outros", convocado à responsabilidade. Trabalhos filosóficos sobre ética, a responsabilidade e a empatia do cuidador lançam uma nova luz sobre a relação de cuidado.

O filósofo especializado em relacionamentos com outros, Paul Ricœur (1988), propõe o conceito de pacto de cuidado que reúne o compartilhamento de informações compartilhadas e relações recíprocas de confiança e qualidade.

[...] É esse pacto de cuidados que permite ao médico e ao paciente tomar decisões juntos em relação à saúde e que promove a adaptação do paciente à evolução da doença. O médico aprende a receber uma palavra do paciente sem procurar imediatamente proporcionar conforto. Ele também aprende a suportar a angústia que surge sem ter que recorrer a medicamentos ou a uma intervenção muito rapidamente. Ele ainda apoia esse amor, ódio. Ricœur (1988).

5.3.2 LITÍGIOS EMERGENTES E DESCONFORTO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

A crescente relação material controvertida na área médica deve ser vista no âmbito mais extenso, naturalmente, ligado ao aumento progressivo da responsabilidade profissional, e estas transformações são mais um problema social e moral do que de pura reforma legislativa, como afirma Lord Kilbrando.¹¹⁸ O quadro legislativo deve ser acionado de forma a acabar com tais violações, mas o campo moral é de extrema relevância nesse contributo, e, mais do que isso, a moral e a ética também são normas que merecem respeito de diversos estratos sociais. Precisa-se de imediato, perceber que a população menos escolarizada são mais vulneráveis, e um dos meios do combate a essa vulnerabilidade calca-se na divulgação de informações relevantes atinentes aos seus direitos e obrigações no âmbito da relação médico-paciente. Segundo GIESEN, (1988):

[...] “Que os casos de responsabilidade profissional fora do campo médico são muito mais frequentes que a ações de responsabilidade médica, e a taxa de sucesso dos queixosos nas ações de responsabilidade médica mantém-se consideravelmente menor que noutras áreas de responsabilidade profissional esclarecia”, em 1988, um dos pioneiros do Direito da Medicina, GIESEN,(1988).¹¹⁹

A crescente tendência por parte da população portuguesa e brasileira, muito embora, haja um alto nível de escolaridade, se comparado com os países africanos como Moçambique e Angola, ainda reside um potencial de desinformação em relação ao pleno exercício das prerrogativas sociais, e de estabelecer-se reivindicações em face de direitos violados, com vista ao seu integral restabelecimento. Na prática, a área das ciências médicas, pode criar, entre outros fatores, a melhoria das condições na prestação sanitária e de esperança que a população deposita nos cuidados de saúde.

Todavia, após a falta de sucesso no sistema de saúde daqueles países, pode-se aguardar do cidadão um penoso caminho no sistema de administração de justiça. Com efeito, o processo judicial de responsabilidade civil tem graves desvantagens ao nível da sua duração, custos¹²⁰ e

¹¹⁸ No Prefácio da obra de Dieter GIESEN, **International Medical Malpractice Law – A Comparative Law Study of Civil Liability Arising from Medical Care**, Tübingen, J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), Dordrecht, Boston, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1988.

¹¹⁹ Dieter GIESEN, **International Medical Malpractice Law – A Comparative Law Study of Civil Liability Arising from Medical Care**, 1988, cit. p. XIV.

¹²⁰ Na Inglaterra, no início da década, os casos acima de £20.000 demoravam cerca de 5 anos a ser resolvidos, embora as mudanças na lei processual tenham diminuído esses tempos consideravelmente. O *National Audit Office* afirma que em 65% das demandas inferiores a £50.000 os custos (judiciais e com advogados e peritos) eram superiores ao montante da indemnização atribuída ao paciente. (HERRING, p. 66).

perspetivas de sucesso pela complexidade que daí deriva. Na ausência de um acordo de responsabilidade civil, a via judicial pode significar um processo muito prolongado e prolixo. São muitos anos de conflito e de espera pela decisão judicial, e mais anos são no plano qualitativo, porque estão em causa os mais elevados bens jurídicos da pessoa humana quais sejam: a vida, a saúde e a sua integridade física e moral.

O fato de o sistema jurídico com problema de celeridade processual,¹²¹ possibilita que o paciente aguarde por uma decisão/sentença sobre assuntos de tamanha sensibilidade e urgência. As ações de responsabilidade médica são muito demoradas e dispendiosas (devido aos honorários do advogado, aos pareceres de peritos e demais técnicos envolvidos no processo), e o risco de sucesso é baixo; mais baixo do que na responsabilidade civil em geral. Nesta relação material controvertida, parafraseando Atiyah,¹²² todos atores são geralmente prejudicados pelo litígio, (ATIYAH, 1997, p. 143):

[...] Ora os pacientes, porque ficam privados de rendimentos ou precisam do montante da indemnização para fazer face a despesas causadas pelo erro médico, porque são sujeitos a uma devassa da sua intimidade e dos seus sentimentos durante a investigação judicial, porque suportam despesas avultadas em custas de justiça e honorários de advogados e peritos; os médicos porque sofrem a humilhação da demanda, e porque se envolvem emocionalmente no processo muitas vezes no sentido de negação do sucedido. (ATIYAH, 1997, p. 143).

Ao contrário dos acidentes estradais, nos termos em que o condutor sancionado irá ter um comportamento mais diligente e prudente; diferentemente dos acidentes laborais em que a responsabilidade civil irá conduzir a entidade patronal a cumprir as regras de segurança, mas não a prejudicar os trabalhadores atuais e futuros, a responsabilidade civil do médico, quando afirmada num contexto de conflitualidade e num sistema adversarial pode conduzir ao termo da relação médico-paciente, prejudicando muito provavelmente as relações médico-doente futuras. Dir-se-á, porém, que não é só a responsabilidade civil que conduz a este resultado. Qualquer forma de responsabilidade (penal ou disciplinar), acarreta as mesmas consequências. Ou seja, considerando a articulação entre responsabilidade civil, a responsabilidade penal e a responsabilidade disciplinar, podemos ter dúvidas sobre a influência da responsabilidade civil no *modus operandi* dos profissionais de saúde, designadamente na criação da chamada

¹²¹ Dispõe a Constituição Federal em seu artigo 5º, LXXVIII que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, o que significa a consagração do princípio da celeridade processual.

¹²² P.S. ATIYAH, **The Damages Lottery**, Hart Publishing, 1997.

“medicina defensiva”. É que, a *mera culpa* é fundamento para o profissional de saúde ser responsabilizado em sede penal e disciplinar.

E, quanto à primeira, em virtude do princípio da adesão, o médico dificilmente evitará ser envolvido numa queixa-crime, ser ouvido pelo Ministério Público, e, eventualmente, chegar à fase de instrução e mesmo à Audiência e Julgamento. Na mente do médico é este o maior receio e a maior ameaça por parte do sistema jurídico. Por outro lado, os médicos portugueses, gozam hoje da proteção jurídica do seguro de responsabilidade civil subscrito pela Ordem dos Médicos e muitos profissionais, sobretudo nas áreas com maior “risco jurídico”, contratam seguros adicionais, de onde, não é o receio de pagar uma indemnização por lesões corporais, que principalmente preocupa os médicos, antes a humilhação e a desonra de se ver envolvido em um processo criminal.

Por outro lado, ensina a análise económica do direito que a existência do seguro não diminui (necessariamente) o nível de prudência, diligência e cuidado dos médicos.¹²³ Com efeito, embora os seguros criem potencialmente problemas de risco moral, visto que quem está coberto por um seguro têm menos incentivos para evitar o dano, o seguro não elimina a responsabilidade pelo pagamento dos danos, apenas o transfere do segurado para a seguradora. " Está, na tentativa de maximizar os seus lucros, pretende minimizar os danos a pagar e, conseqüentemente, vai procurar levar os segurados a terem o menor número de acidentes possível," seja impondo franquias, seja condicionando o valor dos prémios ao historial do segurado, seja não se responsabilizando caso consiga provar que o segurado não cumpriu determinadas regras de comportamento.¹²⁴

Não julgamos que esta linha de raciocínio possa proceder sem mais. Quanto à responsabilidade penal, em caso algum haverá lugar a inversão do ónus da prova ou a responsabilidade objetiva. Inclusive, muitos defendem que apenas deveria intervir em casos de *negligência grosseira*. E é na fronteira entre a negligência leve e o erro não culposos que está o foco de tensão causado pela responsabilidade jurídica. Quanto à responsabilidade disciplinar, o “conflito” só indiretamente envolve o paciente, visto que se visa a realização de uma justiça que procura a manutenção da integridade e prestígio da profissão e o respeito pelas regras deontológicas.

¹²³Vasco RODRIGUES, *Análise Económica do Direito – Uma Introdução*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 114-115.

¹²⁴Vasco Rodrigues, *Análise Económica do Direito*, p. 115.

Pelo que vai dito, concluímos que as especificidades da responsabilidade penal e disciplinar, permitem manter a autonomia em torno dos objetivos da responsabilidade civil. Em suma, retomando o debate em torno das funções da responsabilidade médica (de prevenção, de indemnização e de justiça), deveremos juntar ainda a de manter uma boa relação médico-paciente e contribuir para a qualidade do sistema de saúde.

5.2.2 PERCEPÇÕES CONFLITANTES NOS TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS

Relativamente ao transplante de órgãos humanos é preponderante ter presente os interesses do receptor e do doador, que não correspondem necessariamente os mesmos interesses, ou seja, geralmente são contraditórios¹²⁵. Por um lado, procura-se propugnar o valor primacial da preservação e potenciação da saúde individual e coletiva, e, por outro lado, contrapõe-se a necessidade de proteger o valor da dignidade da pessoa humana, no entanto, os direitos à integridade física e à autodeterminação enquanto ser humano vivo e, depois de morto, através do princípio da dignidade das pessoas falecidas.

[...] O posicionamento do Tribunal Português é criticado por parte da doutrina portuguesa¹²⁶, em especial por Menezes Cordeiro que destaca que o fato da lesão não incomodar efetivamente ao morto, por ele já não ter mais existência como pessoa, a defesa dos mortos também é a defesa dos vivos e em especial por direito próprio à defesa dos familiares legitimados para agir, e a

¹²⁵FARIA, Paula Ribeiro de, *ob. cit.*, pág. 24-25

¹²⁶Neste sentido, Ana Filipa Morais Antunes, lista os autores que criticam a construção do artigo do Código Civil: “A proteção conferida pelo artigo consiste na possibilidade de as pessoas elencadas no n. 2 do artigo (os familiares e herdeiros da pessoa falecida) se socorrerem dos meios de tutela admitidos pelo art. 70.º, n. 2, do CC, portanto, quer da ação de responsabilidade civil quer das providências adequadas às circunstâncias do caso. Não parece, na verdade, ter sido intenção do legislador limitar os meios de tutela à providências de proteção. Não olvidamos a circunstância de a interpretação contrária ter aparente suporte normativo na própria letra do preceito (“Tem legitimidade, neste caso, para requerer as providências previstas no n. 2 do artigo anterior”) Dir-se-ia, assim, que a referência a providências teria sido utilizada, neste preceito, com o mesmo alcance da expressão contemplada no art. 70.º, n. 2. Este não é, no entanto, o entendimento que se adequa quer à história quer à razão de ser do preceito. Assim, e contrariamente ao texto legal vigente, o Anteprojeto de Manuel de Andrade admitia o recurso a ambos os meios de tutela (cf. art. 6.º, § 4.º). Por outro lado, não se vislumbra razão assinalável para excluir o direito à indenização aos familiares e herdeiros atingidos pela ofensa à pessoa falecida. Deve, portanto, interpretar-se em sentido amplo o termo providências, de forma a considerar incluída nesse âmbito também a possibilidade de intentar uma ação de responsabilidade civil, com fundamento na ofensa a pessoas falecidas. No mesmo sentido, v. CORDEIRO, Menezes. Tratado. IV, cit. 540; SOUSA, Capelo de. O direito geral da personalidade, cit., 196; VASCONCELOS, Pedro Pais de. Direito da personalidade, cit., 121. Em sentido contrário, rejeitam a possibilidade de ser deduzida uma pretensão indemnizatória, fundada na lesão de um interesse próprio dos familiares e herdeiros ou ainda no interesse do falecido, ASCENSÃO, Oliveira. Direito civil/ Teoria geral, vol. I, cit., 101-102; FERNANDES, Carvalho. Teoria geral, vol. II, cit., 211, e HÖSTER, Heinrich. A parte geral, cit., 261 – muito embora não deixe de criticar a solução legal e de propor uma solução no direito a constituir” (ANTUNES, op. cit., p. 148).

condenação pelos danos causados tem por objetivo a prevenção geral e especial, pois, a sociedade muitas vezes somente é sensível às condenações em dinheiro.

Embora despidas de personalidade jurídica¹²⁷, alguns direitos acompanham o falecido no seu eterno descanso como o respeito pelo corpo, um enterro digno. Diversos países ao nível mundial encaram grandes problemas atinentes ao transplante de órgãos humanos causado pela escassez e pelas próprias políticas legislativas adotadas em cada contexto. O rápido crescimento de solicitações e a falta de informação por parte das comunidades tem gerado a demora na disponibilização. Há preocupação ao nível dos estados com políticas de transplante em desencadear mecanismos mais arrojados de potenciar cada vez mais a disponibilização e zelar pela saúde de quem necessita, daí que tal mecanismo deve ser olhado sob a participação da coletividade, ou seja, através da *gratuidade, voluntariado e solidariedade* dos cidadãos como reflexo do bom senso.

Especificamente, ao transplante de órgãos *mortis causa*, existe o receio até mesmo da parte da sociedade informada de que, diante de um doador compatível, os critérios para a salvaguarda da vida, ou seja, a determinação da sua morte seja feita apressadamente ou ainda, serão dispensados os primaciais cuidados de que o paciente necessita, como possivelmente, poderá se colocar em causa a sua autonomia individual em virtude dessa compatibilidade.

Ora, talvez tal ação tenha ocorrência, não necessariamente quando se concretiza a morte, mas, quando o paciente que deveria ser informado e consentido sobre o procedimento cirúrgico, a ele não ouve tal procedimento legal, e, muito menos ético da parte do profissional da saúde-que no mínimo por qualquer desconhecimento normativo a deontologia profissional, o dirigiria a não tomada de decisão paternalista, pessimista e utilitarista.

O direito testamentário é de fato um exemplo cristalino de que a manifestação da autonomia vontade¹²⁸ do de *cujus* produzirá efeitos depois da sua morte. No lado oposto, temos o interesse do doador. Aqui, os interesses podem ser diferentes, consoante estejamos perante um doador vivo ou morto. O doador vivo terá o interesse de não ver a sua integridade física ou a sua saúde sofrerem diminuição de qualquer índole, e, que a sua autonomia individual não seja colocada em causa, aliás, a sua autonomia é natural e juridicamente um direito que não merece ser

¹²⁷ O fim da personalidade da pessoa natural se dá pela morte, nos termos do artigo 6º, primeira parte, do Código Civil, o qual expressa “a existência da pessoa natural termina com a morte”.

¹²⁸ Entende que a autonomia da vontade como o único princípio de todas as leis morais e dos deveres conformes a elas: contrariamente, toda heteronomia do arbítrio não só não funda obrigação alguma mas, antes, contraria o princípio da mesma e da moralidade da vontade Kant, I.” **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Abril Cultural; 1980.

desrespeitado, excepcionalmente, o que por exercido o devido direito, quando o seu consentimento seja prestado de acordo com todos os requisitos exigidos (mas, sobretudo, que seja um consentimento livre e esclarecido).

Pela explanação acima pode se deduzir que, o interesse do doador morto, deverá ser previamente baseado pelo respeito pela sua autonomia e das suas determinações quanto ao destino do cadáver depois a morte, e, que podem derivar das suas crenças religiosas, ou convicções morais, éticas e filosóficas, sem que ninguém tenha nada a ver com as mesmas e nem impor possíveis manifestações contraditórias a tais interesses. Além disso, a doação de órgãos do modo genérico, ainda que pressupondo o altruísmo, a liberdade e a solidariedade, não evita que haja algumas percussões, e graves, na vida de quem se dispõe a remover parte dos seus órgãos, os receios e os temores pela sua vida e pela sua saúde e pelo futuro daqueles que são dependentes de si, imaginando que algo corre mal ou seja em desfavor daquele que é representante da família, pode representar várias diminuições de força laboral, dificuldades de acesso ao emprego em virtude da condição em que o cidadão se encontra, atos geralmente desencadeados por estigmatização social, preconceito, e a outros compromissos por conta de se ter tornado doador.

5.2.2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO NOS TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS

A responsabilidade médica repousa sobre três elementos fundamentais: em primeiro lugar, pelo erro cometido pelo médico no exercício das suas funções; em segundo lugar, pelo prejuízo/dano causado pelo paciente; um nexo de causalidade entre o erro e o prejuízo. Nos termos do vertido no contrato médico paciente, a questão do consentimento não deve ser negociada, é um direito unilateral do paciente e será sobre este poder que o profissional de saúde desencadeará a sua atividade. A violação do consentimento por parte do profissional da saúde ainda que, de forma involuntária é passível de responsabilização pelos seus atos.

Existe uma densidade normativa que cautela e protege tanto o médico como o paciente, tanto o Código de Ética quanto a lei relativa aos direitos do paciente colocam o médico em relação a seu paciente em um contrato real, que compreende para o profissional o compromisso sem dúvida, é claro, de curar o paciente, se não pelo menos dar a ele o melhor atendimento consciente e atencioso, de acordo com os dados atuais e adquiridos da ciência, por serviços de

qualidade que atendam às suas necessidades, respeitando sua dignidade humana, sua autonomia e todo um aparato dos princípios bioéticos, sem distinção.

A qualidade da assistência prestada é, portanto, um dos deveres importantes do médico; ele deve fornecer os cuidados mais adequados ao paciente e permitir que ele se beneficie de terapias cuja eficácia seja reconhecida com relação ao conhecimento médico comprovado. O médico deve ter cautela, diligência e implementar todos os meios necessários para alcançar o resultado esperado. A falta de cura não é em si uma falha. Mas a falha pode intervir no estabelecimento do diagnóstico ou na condução do tratamento, consistindo na realização de um ato positivo ou resultante de uma simples abstenção. Portanto, a falha continua sendo a pedra angular da responsabilidade médica que não pode surgir da realização exclusiva de um risco terapêutico.

5.3 DIRETRIZES NO ÂMBITO INTERNACIONAL SOBRE DOAÇÃO DE ÓRGÃOS E TRANSPLANTES REGULAMENTAÇÃO DA ONU E DA OMS

O progresso técnico-científico relativamente aos mecanismos de transplantes nos últimos anos vem aumentando devido ao aumento dos pedidos de transplantes frente ao escasso número de doações, o que certamente, exige profundas análises no campo da capacitação dos profissionais que lidam diretamente com processo de doação, captação e transplantes. Esse processo de maior sensibilidade, passou a exigir uma melhor abordagem e estruturação das instituições de saúde, além de medidas e reformulações de orientações normativas e consultivas, sanções e discussões sobre as questões éticas que permeiam cada ação. No que diz respeito à bioética vinculada ao transplante de órgãos, existe uma pluralidade de normativas nacionais e internacionais que lidam com esta temática sensível que, na verdade, vem proteger e beneficiar toda pessoa humana.

O Conselho da Europa criou uma Convenção para a Proteção dos Direitos de Homem e da dignidade da pessoa humana sob um olhar das aplicações da biologia e da medicina, a dita Convenção sobre os Direitos do Homem e a biomedicina, de 4 de abril de 1997 em Oviedo. A referida lei no sexto capítulo trata sobre a colheita de órgãos e de tecidos nos doadores vivos para fins de transplante. Entrou em vigor em 1 de dezembro de 1999, após a sua ratificação por 5 Estados, e em 2011 ratificado por 28 Estados dos quais 15 Estados membros da União Europeia. O seu segundo protocolo adicional de 24 de janeiro de 2002 foi consagrado a transplante de órgãos e tecidos de origem humana.

Entrou em vigor em 1 de maio de 2006. No plano universal, a Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) adotou, aquando da conferência geral de 19 de outubro de 2005, a Declaração universal sobre a bioética e direitos humanos que aborda a transplantação dentro dum dos seus capítulos¹²⁹. Devido aos avanços acima sublinhados, muitos países possuem programas de transplante, porém, o grande imbróglio reside no insucesso na obtenção de órgãos para maior parte dos países, optada a doação *post mortem* como mecanismo viável.

Convém destacar que, diversos dados fazem menção a resultados semelhantes entre doadores mortos e vivos, a natureza ética que diz respeito a doação em vida ainda pressupõe determinados riscos aos doadores. A diferença nas abordagens, em diversos países quanto à avaliação do doador vivo e mingua no consenso das diretrizes internacionais orientadoras que, como corolário, cria abertura para o rápido crescimento de mercado negro de órgãos e tecidos. Nos últimos anos, umas pluralidades de orientações foram estruturadas, moldadas e adequadas para que os Estados - partes das organizações internacionais poderem desenvolver, aprimorar programas estratégicos para a obtenção do aumento do número de doações de órgãos e tecido em todo globo terrestre. O intuito das organizações internacionais é a busca do equilíbrio entre oferta e demanda de doações e realização de transplantes entre os países, dando oportunidade às possibilidades de acesso ao transplante, com qualidade e cuidados éticos para receptores e doadores.

No ano de 1987, a Assembleia Mundial de Saúde da ONU, em sua Resolução WHA 40.13¹³⁰, pela primeira vez declarou a inquinação com o comércio de órgãos humanos e, dois anos mais tarde, requereu aos Estados partes medidas apropriadas tendentes a evitar a compra e venda de órgãos humanos para transplante, chamando atenção aos legisladores a massificar esforços em múltiplas ações preventivas. Ademais, na Resolução WHA 44.24 Assembleia Mundial de Saúde

¹²⁹ LENOIR Noëlle, MATHIEU Bertrand, **As normas internacionais da bioética**, PUF, 2004, 127 pp.

¹³⁰ Disponível apenas em inglês, OMS, 1987) é que abre caminho para a adoção de diretrizes para transplante de órgãos humanos. O trabalho da OMS é, portanto, de 1987 a 2010, um trabalho de elaboração de princípios diretores de assuntos. Dois objetivos são claramente identificados nesta primeira resolução, a de regulamentar prática de transplante de órgãos e desenvolvimento de um instrumento jurídico unificado: "Louvar as medidas tomadas por alguns Estados-Membros para regulamentar os órgãos humanos transplantes e sua decisão de desenvolver um instrumento legal unificado para regular essas operações" (OMS, 1987). É importante entender nesta resolução que a OMS está a vincular explicitamente esses dois objetivos ao problema do comércio de órgãos. De fato, no início da resolução, a Assembleia da OMS diz que está preocupada com "o comércio por lucro em órgãos humanos entre seres humanos vivos".

da ONU (1991)¹³¹, aprovou os Princípios Norteadores sobre Transplante de Órgãos Humanos WHA 44.25, que, desde então, vem exercendo influência nas legislações dos Estados membros. Ora, dentre as colocadas sobre o terreno, estão todos os tipos de informações, incluindo suporte eletrônico e impresso, solicitações ou mediações referentes à comercialização de órgãos, tráfico de órgãos e turismo de transplantes, bem como as práticas conducentes aos grupos de pessoas vulneráveis da sociedade que no meu entender sensíveis a acederem tais práticas como: não escolarizadas, falta de recursos financeiros, imigrantes ilegais, condenados, refugiados políticos ou econômicos a serem doadores vivos. Na mesma senda, destacou – se ainda, o princípio da igualdade no que diz respeito à doação de órgãos.

Face ao desenvolvimento da biotecnologia na área dos transplantes, a 57ª Assembleia Mundial de Saúde da ONU, na Resolução WHA 57.18 (2004) requereu à direção geral informações sobre a execução das atividades consultivas, científicas e normativas relacionadas aos transplantes de órgãos e tecidos e tendo facultativamente recomendado medidas objetivas e concretas de promoção e reformulação de programas de doações e transplantes, com primordial intenção na redução das atuais desigualdades.

Como resposta cedida, foram naturalmente examinados os dados em escala global sobre as práticas relativas a, segurança, qualidade, eficácia, epidemiologia dos transplantes e uma ampla consulta com os especialistas de diversas áreas, representantes das lideranças sanitárias e sociedades profissionais e científicas, advogados e especialistas em ética. Ainda assim, a Resolução de 2004 sugeriu recomendações de ações concretas de promoção, desenvolvimento de programas de doação e transplante para reduzir as diferenças existentes, garantir em primeiro

¹³¹ L’OMS est la première institution internationale à s’engager dans la régulation de la transplantation d’organes. C’est à l’occasion de sa 40e assemblée générale annuelle, en 1987, que cette organisation déclare le trafic d’organes comme étant contraire aux droits fondamentaux de la Déclaration universelle des Droits de l’Homme (OMS, 1987). L’OMS initie alors l’élaboration de principes directeurs sur la transplantation d’organes. Ces principes directeurs sont approuvés en assemblée en 1991 dans la résolution WHA 44.25 (OMS, 1991). Cette résolution énonce neuf principes; le cinquième prohibe explicitement le trafic d’organes: «The human body and its parts cannot be the subject of commercial transactions. Accordingly, giving or receiving payment (including any other compensation or reward) for organs should be prohibited». Les considérations qui ont conduit l’OMS à proclamer l’interdiction du commerce d’organes sont fondées essentiellement sur des principes humanitaires et éthiques. L’OMS fait notamment valoir le fait que ce sont les groupes les plus pauvres et les plus vulnérables qui en font l’objet, que la commercialization altère le don altruiste, qu’elle favorise la traite des humains et que la commercialization renvoie à la chosification de l’humain. En 2004, l’assemblée de l’OMS (OMS, 2004) promulgue une version amendée des principes directeurs de 1991 (OMS, 1991) en raison principalement de la demande croissante d’organes et de l’augmentation, en parallèle, du trafic d’organes. L’OMS presse les États membres à adopter des politiques et des législations visant à accroître l’offre d’organes tout en adoptant des politiques de prévention du trafic d’organes et des mesures visant à lutter contre le tourisme de transplantation et le trafic international d’organes (Francis et Francis, 2010).

lugar a existência da autonomia, a qualidade e segurança nos procedimentos terapêuticos e oferecer ao cidadão uma melhor e mais eficiente assistência sanitária neste campo, calcado sobre o princípio da não maleficência.

Uma pluralidade de documentos foram surgindo, embora fosse meras recomendações tornavam – se peculiares para os Estados na manifestação do seu direito positivo interno. A Resolução 59/156 (2005) da Assembleia Geral das Nações Unidas¹³², sob o famigerado título “*Prevención, lucha y sanciones contra el tráfico de órganos humanos*”, clarificou a contraditoriedade à comercialização das partes do corpo tendo recomendado aos estados a adoção de medidas severas e necessárias para prevenir, combater e sancionar a extirpação ilícita e o tráfico de órgãos humanos, como também buscou incentivar o intercâmbio ou troca de experiências e informações sobre a prevenção, a luta e as sanções contra o tráfico de órgãos humanos entre os estados–partes e não só.

5.3.1 PROTOCOLO ADICIONAL À CONVENÇÃO SOBRE DIREITOS HUMANOS E BIOMEDICINA SOBRE TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS DE ORIGEM HUMANA

Esta Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina Sobre Transplante de Órgãos e Tecidos de Origem Humana é de grande notoriedade por um acordo celebrado entre sujeitos de Direito Internacional¹³³ com tamanha experiência interna e que buscavam ao nível do direito externo dar mais credibilidade à luta pela causa comum e que atravessa fronteiras. Embora mais especificamente da Europa, que tinha a finalidade de estabelecer procedimentos normativos atinente aos direitos do homem na promoção da dignidade¹³⁴ relativos à área da saúde e

¹³² Comme le rappelle Beigzadeh (2003), l’Assemblée générale de l’ONU a créé en 1998 un Comité intergouvernemental chargé d’élaborer une convention internationale contre la criminalité transnationale organisée. Le comité s’est réuni au cours de 11 sessions et a soumis son rapport à l’Assemblée Générale qui s’est déroulée le 15 novembre 2000 à Palerme. A la Convention contre la criminalité transnationale organisée s’ajoutent trois protocoles additionnels, dont un protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier celle des femmes et des enfants. A l’article 3, alinéa a) de ce protocole, la traite des personnes fait expressément référence au prélèvement d’organes comme l’une des formes d’exploitation que peut prendre la traite des personnes (ONU, 2000).

¹³³ O Protocolo Adicional à Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina referente ao transplante de órgãos e tecidos de origem humana (Série de Tratados Europeus N ° 186), aberto para assinatura em 24 de janeiro de 2002, em Estrasburgo, entrou em vigor em 1º de maio de 2006. Este Protocolo Adicional visa proteger a pessoa com dignidade e identidade e garantir, sem discriminação, o respeito por sua integridade e outros direitos e liberdades fundamentais no campo dos transplantes de órgãos e tecidos de origem humana.

¹³⁴ O objetivo do Protocolo é proteger a dignidade e a integridade e os direitos e liberdades do ser humano diante dos avanços da ciência e da medicina. Contém princípios gerais e disposições específicas relativas ao transplante de órgãos e tecidos de origem humana, realizado para fins terapêuticos. Entre os princípios gerais estabelecidos no

biomedicina, produzindo efeitos jurídicos entre as partes contratantes. Pela simples análise, é possível perceber que o apelo a essa disposição seja regional, porém a sua aplicação pode encontrar respaldo na aplicação do direito interno por força da dimensão do direito que se pretende acautelar (a dignidade da pessoa humana na dimensão estrita à saúde). É de extrema relevância ressaltar que, o Primeiro Protocolo Adicional a essa Convenção fazia referência a proibição da clonagem de seres humanos.

Ora, o Segundo Protocolo Adicional à Convenção sobre direitos humanos e biomedicina,¹³⁵ não menos importante, versa sobre a relevância dos transplantes de órgãos e tecidos de origem humana, trazendo a sua importância e demonstrando regras e princípios gerais esclarecedores que devem ser observados pelos Estados assinantes, tais como normas de segurança, não remuneração de doadores destacando com muita propriedade a questão da solidariedade e gratuidade, o respeito à autonomia, igualdade dos pacientes no acesso aos serviços de transplante, entre outras.

5.3.2 REGULAMENTOS TRANSNACIONAIS: O CONSELHO DA EUROPA

Os primeiros vestígios de regulamentação do transplante de órgãos emanados do Conselho da Europa remontam ao final da década de 1970. Foi de fato em 1978 que o Conselho da Europa adotou diversas resoluções para harmonizar as leis dos Estados-Membros no que diz respeito à remoção e transplante de substâncias humanas. Esta resolução marca inelutavelmente a questão do consentimento e afirma que nenhum órgão pode ser oferecido com base em lucros, ou seja a não comercialização de órgãos, com devida exceção a necessidade de compensação das despesas e possíveis conseqüências que a doação de órgãos pode causar ao doador (Conselho de Europa, 2009).

A terceira conferência de ministros da saúde europeus ocorreu em Paris em 1987, sobre o sujeito de transplante de órgãos. Nesta ocasião, a necessidade de evitar a comercialização de órgãos

Protocolo Adicional, podemos citar o acesso equitativo dos pacientes aos serviços de transplante, a transparência na alocação de órgãos e tecidos, a definição de padrões de segurança, a não remuneração dos doadores e também informação adequada para os destinatários, profissionais de saúde e o público. As disposições específicas dizem respeito à remoção de pessoas vivas ou mortas, ao uso de órgãos ou tecidos removidos, à proibição de lucros, à confidencialidade, bem como a sanções e reparações.

¹³⁵ A Convenção de Oviedo: Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e Dignidade do Ser Humano relativamente à Aplicação da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os Direitos Humanos e Biomedicina (Série dos Tratados Europeus n.º 164). (COMITÉ EUROPEU, 2013, p.10)

(Conselho da Europa, 2009). Em 1997, a Comunidade Europeia adotou a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e a dignidade do ser humano em relação às aplicações da biologia e da medicina: a Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina, conhecida como Convenção de Oviedo (Conselho da Europa, 1997). Esta Convenção Reafirma Proibição de qualquer forma de ganho pela doação de órgãos, após um longo processo de consulta, um protocolo adicional à Convenção de Oviedo é adotado e aberto para assinaturas em 2002 (Conselho da Europa, 2002a). O protocolo adicional inserido pedido em 2008 e 20 estados o ratificaram até o momento. (Francis e Francis, 2010; Conselho da Europa, 2009).

Em 2008, desencadeou - se um estudo conjunto pelo Conselho da Europa e pelas Nações Unidas com o objetivo de preparar uma Convenção contra o tráfico de órgãos (Conselho da Europa e Nações Unidas, 2009). Em 25 de março de 2015, 14 países assinaram o primeiro tratado internacional de prevenção e luta contra o tráfico de órgãos humanos em Santiago de Compostela na Espanha: Convenção do Conselho da Europa contra o tráfico de órgãos humanos (Conselho da Europa, 2014). O objetivo desta Convenção foi: a) prevenir e combater o tráfico de órgãos humanos, prevendo a criminalização de certos atos; b) proteger os direitos das vítimas dos delitos estabelecidos na Convenção; c) facilitar a cooperação em nível nacional e internacional para a luta contra o tráfico de órgãos humanos.

5.3.3 AS MEDIDAS DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA ÀS VÍTIMAS DE TRÁFICO NO DIREITO INTERNACIONAL E NACIONAL

As medidas protetivas e de assistência às vítimas do tráfico de órgãos humanos pelo mundo são fulcrais e tornaram-se um imperativo universal para a garantia da dignidade da pessoa humana. Longe das corporificações legislativas nacionais e internacionais, a ideia da dignidade da pessoa humana propugna perentoriamente a defesa do direito à vida, à liberdade, segurança; a não submissão à escravidão, à tortura e a penas cruéis ou degradantes; ao reconhecimento de sua personalidade jurídica e a um processo judicial idôneo a todos indivíduos.

Qualquer que seja o entendimento a ser externalizado, a fortificação dos laços de cooperação nesta matéria, pelas experiências retro alicerçadas, reportam que o fenômeno de tráfico em sentido genérico, está além das capacidades econômico-financeiras dos estados. A proteção assistencial às vítimas para erradicação deste crime transnacional, é fundamental e merece um tratamento especial e igualitário.

Consta em diversos repertórios jurídicos que a luta contra a criminalidade baseia-se cada vez mais em métodos de identificação eficazes e modernos, incluindo medidas mais arrojadas de proteção e assistência a vítimas de tráfico. Partindo desse pressuposto, fica bem patente que a postura é garantir o status digno às vítimas de violência é responsabilidade primária do Estado em razão dos compromissos convencionais assumidos em matéria de direitos humanos. Daí que, a proteção dos direitos humanos baseia-se na ideia de responsabilidade dos Estados, entendida como a obrigação de garantir que esses direitos não sejam afetados ou prejudicados, sendo este objeto de especial preocupação quando os Estados puderem ser autores de violações à lei, direitos dos seus cidadãos e das pessoas dentro das suas fronteiras (Botelho, 2005; Ramos, 2005). Como ensina (RAMOS, 2004, p. 254):

“No caso de violações aos direitos humanos, a primazia do retorno ao status quo ante é de grande importância, já que os direitos protegidos pelas normas primárias referem-se, por definição, a valores fundamentais à dignidade humana, sendo difícil a preservação desses valores pelo uso de fórmulas de equivalência pecuniária. Tais fórmulas, então, só devem ser utilizadas como *ultima ratio*, na medida em que o retorno ao *statu quo* ante for impossível”¹³⁶. (RAMOS, 2004, p. 254).

Após a ocorrência do tráfico de órgãos, no caso em que haja sobreviventes, as vítimas encontram-se literalmente fragilizadas, sendo a tarefa de compreensão das mesmas um processo deveras cauteloso, com vista a recuperação de traumas físicos e psicológicos, pelo que exige vários cooperadores e um conjunto de procedimentos técnicos, envolvendo diversos especialistas, quais sejam: os médicos, psicólogos, juristas, policiais, etc. Por seu turno, devido aos impactos causados pelas traumas, as vítimas do tráfico geralmente precisam paulatinamente devolver a confiança aos diferentes profissionais que lidam com os primeiros socorros.

Não pode desvalorizar-se, portanto, o fato de que as vítimas carregam consigo mesmas o senso de medo por elas e pelas famílias em sofrerem represálias dos agressores em decorrência da confissão. Ora, as vítimas têm de ser informadas sobre o exercício dos seus direitos, antes e depois do processo penal, sobre as organizações que prestam apoio e o tipo de apoio, onde e como podem apresentar queixa; os processos subsequentes à queixa; o modo de proteção; o acesso ao aconselhamento jurídico e apoio judiciário; o direito à indemnização¹³⁷, o direito à

¹³⁶ RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis: teoria e prática do direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 254

¹³⁷O direito à indemnização confere à vítima a possibilidade de pedir uma indemnização, tanto ao traficante, como ao Estado onde o crime foi cometido.

tradução e a programas de protecção de testemunhas¹³⁸. Porém, não se pode olvidar que, ao se atribuir às vítimas o direito a um tratamento condigno e seguro, isso inclui também à subsistência, ao tratamento médico, à assistência psicológica e à informação. Relativamente às normas internacionais estão devidamente reguladas as medidas de protecção e assistência às vítimas.

Em tratando-se de estados terceiros, caberá às vítimas poderem requerer assistência para ficar no país de destino, regressar a casa ou mudar de país, sublinhando, deste modo, a importância do desenvolvimento de programas de retorno assistido que perspectivam a reintegração das vítimas na comunidade, dando continuidade a um processo de recuperação que se espera longo e demorado. Como tal, o Protocolo de Palermo descreve uma série de obrigações respeitantes à repatriação (termo que não deve ser confundido com deportação) das vítimas de tráfico que deve, preferencialmente, ser voluntária.

As medidas de protecção das vítimas de tráfico de pessoas e tráfico de órgãos são reguladas pelas mesmas disposições legais no plano internacional¹³⁹: Por seu turno, a Convenção de Varsóvia destaca a necessidade de salvaguarda dos direitos e protecção das vítimas, sendo que a finalidade de prevenção e protecção estão plasmados nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 1º¹⁴⁰:

De acordo com a referida Convenção, o Capítulo III dedica-se respectivamente às medidas de protecção às vítimas (artigos. 10º a 17º), em especial a identificação das vítimas de tráfico (artigo 10º); assistência às vítimas (artigo 12º) quanto a cuidados de saúde, acesso à educação,

¹³⁸A utilização de programas de protecção de testemunhas no tráfico de pessoas é rara porque, por um lado, é submeter a vítima a mais isolamento longe da sua família e entes queridos, por outro lado, os profissionais na área da investigação não encontraram uma rede de tráfico suficientemente organizada e difundida que apresente um risco de ameaça que justifique estes programas. Esta é uma opção que discordamos, porque não é fácil medir o grau de perigosidade e de risco. Porém, o tráfico de seres humanos é um crime grave, existe violência séria que põe em risco a vida, as ameaças às vítimas e aos familiares e o risco de (re) vitimização é suficientemente claro, justificando a necessidade de aplicação destes programas.

¹³⁹No Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, capítulo II, são referidas as medidas de protecção das vítimas de tráfico de pessoas (artigos 6º a 8º), tais como: protecção da privacidade e identidade das vítimas através da confidencialidade dos processos judiciais (artigo 6º n.º 1) fornecer às vítimas informações sobre os processos (al. a) n.º 2 artigo 6º), assistência nas opiniões e decisões das vítimas (al. b) n.º 2 artigo 6º); alojamento, aconselhamento em especial na língua, apoio médico, psicológico, social e laboral (alíneas a), b), c) e d) n.º 3 artigo 6º); conferir o estatuto de vítima e, permitir às vítimas permanecerem temporária ou permanentemente no território nacional (artigo 7º), assegurar o acolhimento e acompanhamento da vítima para o Estado onde a vítima se encontra (artigo 8º).

¹⁴⁰a) Prevenir e lutar contra o tráfico de seres humanos, garantindo a igualdade entre mulheres e homens; b) Proteger os direitos humanos das vítimas de tráfico, estabelecer um quadro completo de protecção e de assistência às vítimas e às testemunhas garantindo a igualdade entre mulheres e homens, bem como assegurar investigações e procedimentos eficazes;

ao ensino e à actividade profissional; direito à informação; o direito a um período de reflexão (artigo 13º) com duração de trinta dias para a pessoa decidir se pretende colaborar ou não com as autoridades, não lhe sendo aplicada qualquer medida de expulsão, nem prejudica a investigação a ser realizada pelas autoridades competentes; o direito à autorização de residência (artigo 14º); a uma indemnização e apoio (artigo 15º), em especial judiciário e a possibilidade de formularem um pedido de indemnização.

5.4 A COOPERAÇÃO INTERNO/INTERNACIONAL E DOS ESTADOS MEMBROS DA CPLP NO COMBATE AO TRÁFICO DE ÓRGÃOS HUMANOS

Um novo instrumento deve servir para fortalecer consideravelmente a cooperação nesse assunto e, sobretudo, em áreas como extradição, confisco de bens e recursos provenientes do comércio ilegal de órgãos humanos, e assistência jurídica mútua, isto envolvendo especificamente estados membros da CPLP, e, em particular, os países em análise. Por conseguinte, um novo documento também deve servir ao propósito de educar melhor o público-alvo sobre a pertinência da doação de órgãos, mas também sobre as ameaças colocadas pelo tráfico de órgãos como atividade criminosa e transnacional.

Embora o tráfico de seres humanos para fins de remoção de órgãos esteja coberto pelo Protocolo de Palermo, que é juridicamente vinculativo, o turismo de transplantes e o tráfico de órgãos não o são. Os vínculos entre esse crime e o tráfico de seres humanos destacam a necessidade de cobrir completamente o escopo do tráfico de órgãos, mas também de entendê-lo em toda a sua complexidade. A segurança em resultado de cooperação irá muito dignificar os Estados no trabalho comum e num quadro de soberania funcional ou partilhada.

Esse específico alicerce, tenta explicar sobre o imbróglio de segurança internacional e como este é analisado à luz de construtivismo, mas, mais do que isso, pretende justificar e analisar como a Comunidade dos Países da Língua Portuguesa operacionalizam a cooperação, pois a sua base das relações de identidade cultural e linguística possuem tudo para erradicar o tráfico de órgãos humanos no foco das suas concepções e conceitos:

[...] “entre as perspectiva da globalização e da regionalização mormente de natureza económica, surgem perspectivas culturais em que o uso da língua tem um papel fundamental, levando-se em conta, como um limite, a percepção catastrófica de Samuel Huntington de que o mundo de hoje, flutuante, tende, no futuro para conflitos envolvendo civilizações, ao contrário

do que pensa Francis Fukuyama ao anunciar o fim da história, anunciando a paz kantiana” (MOURÃO, 1995, p.163).

Por conseguinte, conexas à questão da assistência e proteção, no sentido do envolvimento de ONG e Entidades da Sociedade Civil, e no âmbito da troca de informações entre forças de segurança e serviços de Imigração (é o caso do no artigo 9º e 10º do Protocolo da ONU e do artigo 5º e 12º da Convenção do Conselho da Europa), é uma dimensão que aparece como pertinente à conceitualização do documento, no sentido da cooperação transfronteiriça, pela natureza intrínseca do tipo de crime e da cooperação a nível interno interinstitucional (Ponto 5 e 6 da parte geral da Diretiva Europeia). No que diz respeito a Cooperação Internacional, Portugal tem vindo a apostar na cooperação com países fora da União Europeia, pela proximidade linguística e cultural, como é o caso dos PALOP e do Brasil (com quem Portugal tem um conjunto de declarações bilaterais), por via da implementação da campanha “Não Estás à Venda” lançada também em Cabo Verde, São Tomé e Príncipe, Guiné-bissau e Brasil, demonstra um importante passo na materialização e combate ao tráfico, porém, existem várias fragilidades que necessitam de um plano legislativo de reforço.

Os vários mecanismos de cooperação estabelecem os devidos papéis e responsabilidades das diferentes agências, sendo particularmente úteis em casos de identificação do indivíduo vítima de tráfico e as medidas necessárias para o seu acompanhamento e assistência¹⁴¹. Na ausência de mecanismos formais de coordenação, uma ação concertada entre as várias agências envolvidas na luta contra o tráfico tem-se desenvolvido de modo mais lento e difícil¹⁴². Sendo este um crime que se caracteriza pela sua componente transnacional—envolvendo países de origem, de trânsito e de destino, nenhum país será bem-sucedido se atuar isolado. O reconhecimento da necessidade de cooperação é o primeiro passo para a formalização.

Portanto, para que cooperação seja frutífera, deverá partir de uma ação concertada entre vários agentes, e ser feita a todos os níveis, quer nacional, regional ou internacional: cooperação entre Estados, forças policiais e judiciais, instituições de apoio às vítimas, organizações

¹⁴¹O papel dos vários sistemas de apoio nos Estados parte da OSCE vem descrito na publicação **National Referral Mechanisms: Joining efforts to Protect the Rights of Trafficked Persons: A Practical Handbook**, Varsóvia 2004. http://www.osce.org/publications/odihr/2004/05/12351_131_en.pdf

¹⁴²DOTTRIDGE, Mike, “**Responses to Trafficking in Persons: International norms translated into action at the national and regional levels**” em “An Introduction to Human Trafficking: Vulnerability, Impact and Action” UN. GIFT Background Paper for the Vienna Forum 2008, p.113.

internacionais governamentais e não-governamentais, setor privado e média, abrangendo as três grandes áreas na luta contra o tráfico de órgãos.

5.4.1 A ANÁLISE DO TRÁFICO DE ÓRGÃOS E DOAÇÃO AO NÍVEL DA LUSOFONIA:

5.4.2 MOÇAMBIQUE

O elevado índice da pobreza, associado à extrema vulnerabilidade econômica, política, social, bem como o paternalismo presente na vida institucional do país, permite com que o crime de tráfico de órgãos humanos ganhe espaço, possibilitando deste modo, que seja um negócio rentável. A porosidade das fronteiras terrestres, aquáticas e aéreas são velhos problemas que aumentam a margem de manobra da rede criminosa. Outra concepção oportuna diz respeito a um claro evento cuja irradiação coloca em risco não apenas o país.

Não é demais reiterar a importância da cooperação regional como primado de paradigma ordenador, com vista a estancar coletivamente o tráfico de órgãos humanos na região, cujos efeitos, vem diametralmente interferindo na liberdade e na dignidade dos cidadãos. Explica José Faria Costa (2018) que:

A proteção do bem jurídico e a sua valoração social (como a liberdade pessoal), é um papel que o legislador penal deve assumir com maior frequência não só para garantir a funcionalidade da ordem jurídica, mas também, para garantir a salvaguarda de todos valores que compõem a integridade da sociedade, visto que o crime de tráfico pessoas demonstra, na maioria dos casos, o quão expostos estão esses valores que representam a dignidade de todos e que são violados diariamente com a exploração do ser humano como instrumento de troca comercial¹⁴³.

Concomitantemente ao crescimento exponencial do tráfico no mundo, várias razões justificam a conveniência do apego a medidas mais arrojadas ao nível da CPLP e do mundo. Entretanto, entre as evidências que podem auxiliar no teste do argumento de combate em Moçambique e nos países vizinhos, podem mencionar-se a insegurança, corrupção, falta de pessoal especializado na matéria de tráfico, a pobreza, aliado a isso, conforme já mencionamos na fase

¹⁴³ José de Faria Costa, para a teoria constitucional de bem jurídico, “os interesses dignos de tutela penal devem ser deduzidos ou extraídos diretamente da constituição, ou seja, devem ser determinados segundo o quadro axiológico nela estabelecido”. Neste sentido, só os valores dotados de dignidade constitucional podem ser elevados à categoria de bens jurídicos-penais: um bem jurídico político-criminalmente tutelável existe ali – e só ali – onde se encontra refletido num valor jurídico-constitucionalmente reconhecido em nome do sistema social total e que, deste modo, se pode afirmar que “preexiste ao ordenamento jurídico penal”. COSTA, José de Faria – Direito Penal e Liberdade. p. 121.

perfunctória, a vulnerabilidade, que constitui um dos principais elementos que move os países pobres, daí que os indivíduos são mais suscetíveis de acederem a promessas irrisórias em troca de recursos financeiros (UNODC, 2012, p.39).

O país não é uma nulidade jurídica na matéria, de modo que, o crime do tráfico encontra respaldo nas importantes configurações jurídicas internas e nas convenções internacionais de que o país é signatário. O Estado, na sua aceção político-jurídica nem sempre prefigurou o tráfico de órgãos no texto legal, todavia, a sua conduta repudiável ditou, mesmo assim, a responsabilização dos prevaricadores, em virtude destes violarem os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana¹⁴⁴. A título de exemplo, antes de 2014, Moçambique não disponha de legislação criminal interna que sanciona *ipsis litteris* o crime de tráfico de órgãos, porém, a ausência da cobertura legal, possibilitou uma postura ativa dos aplicadores da lei.

É diante deste panorama apresentado que, na função da filosofia jurídico-penal, o aplicador da lei é um agente de transformação social e jurídica, bem como o principal distribuidor de justiça entre as partes do processo criminal.¹⁴⁵

Como é possível notar, há uma preocupação premente com a concepção moderna de proteção dos direitos humanos, no passado, especificamente aquando da colonização euroocidental, centenas de moçambicanos foram submetidos a torturas, tratamentos cruéis e desumanos, daí que parte significativo deles forem submetidos a escravidão. Após discorrer esse paradigma, na atualidade, a literatura jurídica incorpora o tráfico de órgãos como escravidão contemporânea, revelando conforme assevera (PORANGUADA, 2019, p.14):

As recentes análises da escravidão contemporânea (neoescravidão) apontam a existência de elementos internos, tais como coação, emprego de violência, jornadas extensas, condições degradantes, servidão por dívida, ausência de liberdade e em regime de cativo, e externos,

¹⁴⁴ O bem jurídico protegido é a dignidade da ou personalidade humana individual, sob perspetivas da liberdade de determinação sexual (cuja disponibilidade é exclusiva de cada um), da liberdade de trabalhar (no pleno exercício do direito atinente), da liberdade de dispor do próprio corpo (a coberto de quaisquer restrições ou imposições exteriores) e, em geral, da liberdade de ser e estar no mundo e na vida em nome do direito, de todos e de cada um, a dispor de si, optando e agindo, a coberto de toda a ingerência desviante, ou seja, em síntese, numa liberdade de ser efetiva e totalmente livre, a que não pode deixar de corresponder um dever geral e absoluto de respeito. Não num plano tão elevado, por assim dizer precípua, como aquele em que se encontra a escravidão (onde a dignidade humana fica em absoluto abafada) mas nas dimensões específicas das liberdades a que, relativamente, o tipo em causa de modo expreso se reporta, tutelando-as. E, em qualquer caso, essencialmente, contra as agressões dos que tratam ou pretendem tratar uma pessoa à revelia do respeito que lhe devem, visando e violando aquelas liberdades. JORDAN, Ann in CRUZ, Néson André Ferreira – O Esclavagismo dos Tempos Modernos e a Tutela Jurídica das suas Vítimas: os meios jurídicos ao serviço da recuperação psicológica das vítimas de tráfico. [Em Linha]. Minho: Universidade do Minho, 2015. Dissertação de Mestrado em Direito, p. 15.

¹⁴⁵ CASTRO, Flavia de Almeida Viveiros de. O papel político do Poder Judiciário. Revista da EMERJ, v.3, n.11, 2000. p.184.

que maximizam esse tipo de exploração abominável da força de trabalho, particularmente a exclusão social e regional, a concentração de renda e fundiária, a pobreza, o desemprego, o analfabetismo, o isolamento espacial e a omissão estatal em prestar a adequada e efetiva assistência. (PORANGUADA, 2019, p.14)

Em outro trecho teórico, torna a mencionar que em muitas sociedades africanas, e em Moçambique, em particular, o tráfico de órgãos humanos vem sendo concebido como condição necessária para garantir a sobrevivência de grupos criminosos mais vulneráveis, pelo que a magia negra tem sido uma das finalidades mais comuns. Na mesma direção, é interessante notar, de acordo com o relatório da Liga dos Direitos Humanos de Moçambique, doravante (LDH, 2009, p. 40). O envolvimento parcial dos médicos tradicionais como encobridores do crime. É importante, sobretudo, esclarecer que as orientações concedidas pelos médicos tradicionais são investidas de proteção corporal e de que os órgãos humanos fossem capazes de gerar riqueza, alcançar a prosperidade financeira, etc.

No que diz respeito ao grupo algo, hoje, o grupo parte da rede seletiva dos criminosos em Moçambique, são sujeitos portadores de pigmentação da pele (os albinismo), para além de indivíduos negros calvos, crianças, entre outros.

Podem entrar no corpo através da boca, dos pulmões, da pele, das relações sexuais e do ânus, assim, qualquer pessoa que coma, beba, respire ou ponha o seu corpo em contacto com outras pessoas ou substâncias, precisa de ter cuidado. Também se diz que o muti funciona a longas distâncias sem necessidade de qualquer contacto directo entre o feiticeiro e a vítima e que pode até funcionar através de um sonho. (LDH, 2009, p. 40).

Os médicos tradicionais, por serem mágicos, e, muito presumivelmente reunirem habilidade em falar com os espíritos, dão instruções e proteção aos traficantes (criminosos) dando-lhes diretrizes das vítimas ideais, características físicas das vítimas e os benefícios exatos resultantes dos órgãos daí extraídos. Pelo preço, os médicos tradicionais a serviço dos criminosos identificavam as rotas, quando o pretexto fosse a retirada do órgão\órgãos para outros países, de modo a evitar perseguição das forças estatais nas zonas fronteiriças.

Justificado pelo aumento gradativo e em alta velocidade os casos de tráfico de órgãos humanos em Moçambique, a 109ª Sessão do Comité da Convenção dos Direitos Humanos da ONU, realizada entre outubro e novembro de 2013, estabeleceu de forma nítida a preocupação de seus integrantes com o fenómeno em Moçambique, que vale a pena destacar a título meramente pedagógico que:

[...] O comité recomendou que o Estado moçambicano intensifique seus esforços para prevenir, suprimir e punir o Tráfico de Pessoas e o Tráfico de Partes do Corpo, buscando parcerias em

nível regional com os países vizinhos. O Estado deveria, segundo as observações do comité, “adoptar medidas apropriadas para proteger vítimas do tráfico e prover tratamento médico adequado, assistência social e legal gratuitas e medidas reparatórias como reabilitação” (HRC, 2013, p. 6 apud. RELATÓRIO DE TRÁFICO DE ÓRGÃOS E PARTES DO CORPO, 2013, p. 20).

5.4.3 Contexto sócio – cultural

Pela história sabe-se que os povos da África Austral, em particular, de Moçambique, têm na sua grande maioria optado pela medicina tradicional, que deu origem a expressão (Associação moçambicana dos médicos tradicionais) ou, simplesmente AMETRAMO, essa agremiação, tem como a principal atividade subsidiar a comunidade na matéria de medicina alternativa, ao qual o Estado moçambicano reconhece a sua existência e operacionalidade através dum regulamento específico. Por conseguinte, a associação moçambicana dos médicos tradicionais, auxilia sobremaneira o Ministério da Saúde, e valoriza grandemente a cultura nacional fazendo-se o uso dos saberes tradicionais locais ou a etnociência no tratamento dos pacientes.

O acesso ao serviço nacional de saúde na perspectiva da medicina Ocidental permanece baixa por diversos fatores quais sejam: a baixa escolaridade por parte da comunidade, desconfiança na medicina ocidental no atinente a celeridade dos exames, falta de médicos profissionais, morosidade no acesso aos exames médicos, flexibilização das respostas para as patologias, entre outras. Em muitas regiões do país, o recurso aos dos médicos tradicionais está difundido, sendo para muitos ainda uma opção primordial pelas razões acima mencionadas.

Documenta-se em diversas fontes doutrinárias, que os médicos tradicionais têm desenvolvido muitos remédios usando ervas e plantas que aliviam os problemas dos seus pacientes, muito embora sejam, em várias situações, dispensados pela medicina Ocidental, e ao mesmo tempo, em caso de graves complicações, a medicina ocidental aconselham os pacientes a procurarem pelo tratamento em sede da medicina tradicional, e vice-versa. Compreende-se, pelo menos nessa lógica, um diálogo institucional aceitável, e que, a sua permanência pode gerar o estabelecimento de confiança nos dois lados.

A OMS (Organização Mundial da Saúde) tem desafiado e clamado pela integração da medicina tradicional no sistema de cuidados de saúde nacional através da assistência aos Estados Membros no desenvolvimento das suas próprias políticas sobre medicina tradicional. A OMS também quer promover o uso certo da medicina tradicional, desenvolvendo e estabelecendo

padrões internacionais, orientações técnicas e metodologias (OMS, 2002). Esta meritocrática entidade na esfera de saúde, define a Medicina Tradicional sendo:

[...] “A inclusão de diversificadas práticas de saúde, abordagens, conhecimentos e crenças, valores, incorporando medicamentos baseados em plantas, animais e/ou minerais, terapias espirituais, exercícios e técnicas manuais aplicados singularmente ou em combinação para manter o bem-estar, assim como para tratar, diagnosticar ou prevenir doenças”(OMS 2002).

Por conseguinte, o uso de órgãos humanos para esse maléfico fim pode ser considerado feitiçaria, sendo uma prática tradicional prejudicial e criminosa no contexto da ordem normativa moçambicana. No entanto, na prática, os termos feiticeiro e médico tradicional são algumas vezes usados trocados entre si. O termo “*feitiçaria*” refere-se tipicamente a magia prejudicial, e é muitas vezes considerada como sendo uma ideologia cultural (KLANICZAY, 2006).

5.4.4 Enquadramento Jurídico Nacional

A Constituição da República de Moçambique (2004), prevê em suas diversas disposições, uma visível tentativa de atribuir ao ser humano a dignidade e o valor ético, moral e jurídico, responsabilizando civil e criminalmente os criminosos. Muito embora, o legislador constituinte não tenha plasmado o princípio da dignidade da pessoa humana no texto constitucional, a ideia de proteção pode ser retirada com auxílio de outras disposições presentes no mesmo texto como: o direito à vida, estabelecido nos termos do artigo 40^{o146} da Constituição da República de Moçambique (CRM); o artigo 35^{o147} relativo ao princípio da universalidade e igualdade entre outras. Ressalte-se a título perfunctório que a Constituição não é absolutamente um mero Código legal, não é tarefa da Constituição dizer tudo.

A entrada em vigor da Lei n.º 6/2008 de 9 de julho, constituiu um marco de extrema importância no país, pois tratava de uma disposição muito desejada no combate ao crime de tráfico, e, com isso, se estabeleceu uma série de pressão ao governo moçambicano sobre a necessidade de uma lei específica que estabelecesse a punição exemplar aos autores morais envolvidos nos crimes de tráfico de pessoas e de órgãos humanos, com particular atenção às mulheres e crianças, por tratarem-se dos grupos mais vulneráveis. Com referência ao ano 2004, com a criação da lei

¹⁴⁶Artigo 40º nº1. Todo o cidadão tem direito a vida e a integridade física e moral e não pode ser sujeito a tortura ou tratamentos cruéis ou desumanos. 2 Na Republica de Moçambique não há pena de morte.

¹⁴⁷Artigo 35º Todos os cidadãos são iguais perante a lei, gozam dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres, independentemente da raça, cor, sexo, origem étnica, lugar de nascimento religião, grau de instrução, posição social, estado civil dos pais, profissão ou opção política.

14/2004 de 31 de dezembro, a disposição deste crime passa pela primeira vez a ser tipificada e com um tratamento especial, ocorrendo numa altura em que o tráfico de pessoas eram comuns nas sociedades moçambicanas, em particular, das pessoas com pigmentação da pele. Em Moçambique, o crime de tráfico de órgãos, está previsto no atual código penal, cuja sanção encontra – se disposta a luz do artigo 161º que estabelece de forma cristalina¹⁴⁸.

Pelos argumentos acima expendidos, ficou claro que, Moçambique é refém dos avanços da biomedicina e da tecnologia médica, em virtude da procura e oferta de órgãos para transplante ter grandes impactos na região, embora o tráfico seja uma realidade mundial, a vulnerabilidade é um dos fenómenos que mais alicia os traficantes a deslocarem-se para os países pobres a fim de obterem o órgão a qualquer custo. Neste contexto heterogénio em que o mundo necessita de órgãos humanos para transplante, o ponto de referência, pelo menos na Comunidade dos Países da Língua Portuguesa, tem sido Brasil e Portugal, onde o transplante é realidade, em decorrência dos avanços das ciências biomédicas.

A provável escolha dos países partes da comunidade tem sido em virtude da partilha linguística e histórica. Não significa dizer, portanto, que nulifica-se o recurso aos países do bloco regional ou a todos outros não mencionados.

Contudo, os avanços da biomedicina e da tecnologia médica devem ser olhados como resultados benéficos e esperançosos para os cidadãos, pois, daí derivam a função social das descobertas, cujo pretexto primordial beneficia a comunidade. Restam apenas políticas contundentes de combate, como cooperação regional e internacional, adoção de estratégias que permitam que os cidadãos doem seus órgãos gratuitamente, sem nenhuma contrapartida financeira, e, que o Estado crie normas que propiciem a doação voluntária como mecanismo de redução da vulnerabilidade.

¹⁴⁸1. Aquele que detiver, possuir, transportar e traficar ou órgãos humanos, internos ou externos, sangue, produtos de sangue ou tecidos do corpo humano em violação de normas, será punido com a pena de prisão de doze a dezasseis anos. 2. Aquele que instigar com promessa de sucesso na vida sentimental ou em negócios ou de qualquer outra natureza induz o agente à prática dos actos referidos no número anterior, será punido com a pena de prisão de dezasseis a vinte anos. 3. Aquele que aliciar outrem, com o pagamento ou sua promessa, a qualquer título, conduzindo à prática dos actos previstos no n.º 1 do presente artigo, será punido com a pena do número anterior. (Código Penal Moçambicano, 2014)

5.5 ANGOLA CONTEXTO SÓCIO – CULTURAL E JURÍDICO

A tensão social tem crescido esporadicamente, em virtude da elevada taxa de desemprego, da mendicidade, sobretudo entre os jovens com idade escolar, os altos níveis de pobreza e grandes desigualdades em termos de rendimentos, também tem sido um fator problemático. Estes desafios econômicos do Estado angolano, redimensionaram que as diversas atividades passassem a funcionar na base da economia informal, que, tendencialmente cresce para satisfazer as necessidades básicas da população que são eram asseguradas pelo Estado.

No entanto, para melhor identificar a variação na percepção de ameaça, observa-se a maior incidência do trabalho infantil, ao que prolifera a vulnerabilidade e constitui fundamento para o analfabetismo. Todas essas fragilidades que recaem sobre o tecido social, trazem à superfície inúmeras incidências para a ocorrência do tráfico humano em todas suas dimensões, em virtude da vulnerabilidade econômica da comunidade (ARMEDE, Diário de São Paulo, 2014):

[...] A realidade do tráfico de pessoas e dos seus órgãos decorre da desigualdade social e econômica, da ausência ou dificuldade de acesso à educação, saúde, moradia, trabalho, respeito ao gênero ou a identidade de gênero. A exploração sexual ou do trabalho são das modalidades mais conhecidas do tráfico de pessoas, mas em tempos de Copa do Mundo, uma nova modalidade, obscura e amordaçada, surge para mostrar que o tráfico de pessoas existe há muito tempo no mundo do futebol. O futebol é a vitrine daquilo que temos de melhor: alegria, saúde, criatividade, sucesso profissional e superação. São meninos e meninas, famílias inteiras que querem ver tudo dar certo. Mas a realidade não é sempre assim¹⁴⁹. (ARMEDE, Diário de São Paulo, 2014).

De acordo com os defensores da venda de órgãos em Angola, permitir a venda gratuita de órgãos suprimiria o mercado negro e o roubo de órgãos. Segundo alguns libertários, a proibição da venda de órgãos é um atentado à liberdade de todos de se desfazerem de seu corpo. Toda pessoa tem o direito fundamental de usar, se beneficiar e abusar de seu corpo. No entanto, isso implica que o indivíduo assume suas responsabilidades e, portanto, não repassa o custo para a comunidade por meio da previdência social.

De acordo com esse ponto de vista, as leis que punem a venda de órgãos são, portanto, leis ilegítimas, no que diz respeito aos direitos naturais. Acrescentam que o fato de a doação de órgãos exigir autorização, significa que o indivíduo é o dono de seu corpo. De acordo com certas

149

Disponível

em:

<http://www.justica.sp.gov.br/portal/site/SJDC/menuitem.3d1233dab78b5c8354f160f4390f8ca0/?vgnextoid=80adcaea2bc35410VgnVCM1000008936c80aRCRD&vgnnextfmt=default>

visões chamadas utilitaristas da contemporaneidade, os doadores de órgãos são de 10 a 40 por milhão de habitantes, o que é insuficiente. A legalização do mercado encorajaria mais doadores a se apresentarem. Os argumentos contra a venda de órgãos são os que levaram ao seu banimento. Em particular, questões éticas em que os oponentes consideram que os órgãos não são "uma mercadoria como qualquer outra".

Em 1970, a *International Transplantation Society* declarou: "a venda de órgãos de um doador vivo ou morto não é de forma alguma justificável". A Organização Mundial da Saúde em 1991, assumiu uma posição semelhante: "O corpo humano e partes do corpo humano não podem ser comercializadas." Com base nessa última visão, o Estado Angolano entendeu procedente, a comercialização de órgãos ofenderia o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, a filosofia do direito contratual se opõe ao conceito de venda de órgãos, uma vez que o corpo humano é legalmente colocado fora do mercado. Daí que, o seu avanço na criação da lei de transplante de órgãos e tecidos, já aprovada, abre espaço nesse sentido, a proteção legal da pessoa humana através da não comercialização.

Não subsistem dúvidas que essas iniciativas trarão impulso estratégico e dissuasor ao nível da comunidade regional e da África no geral, contribuindo na redução dos casos de tráfico. Os transplantes de órgãos, com particularidade ao de rins, de fígado e coração, acontecem de forma bastante comum em vários países, tendo o desiderato potencial de prolongar e melhorar a qualidade de vida de muitas pessoas. A carência de órgãos para atender a demanda acaba ocasionando o risco do comércio ilegal de órgãos no mundo, e, em particular, das pessoas mais vulneráveis da sociedade. Esta prática comercial tem seguido padrões de comércio estabelecidos por diretrizes clandestinas e internacionais, com potenciais consumidores em países de economia maior, obtendo órgãos de pessoas de países de economias mais pobres e Angola em particular, não tem sido a exceção desse roteiro criminal (UNDOC, 2012, p. 39).

A presente Lei de transplante¹⁵⁰ de órgãos humanos de que referenciamos, estabelece as normas relativas à disposição de células, tecidos e órgãos e partes do corpo humano, quer em vida, bem como após a morte. A transfusão de sangue e seus derivados, a doação de óvulos e de esperma, a transferência e a manipulação de embriões, assim como a doação e colheita de células, tecidos e órgãos do corpo humano para efeitos de investigação científica são regulados em legislação especial, segundo o diploma legal. Esta lei aplica-se a todos os cidadãos nacionais, aos apátridas

¹⁵⁰ A Lei 20/19, aprovada pelo Parlamento a 13 de Agosto de 2019.

e aos estrangeiros residentes em Angola na qualidade de doador ou de beneficiário do transplante.

5.5.1 ENQUADRAMENTO JURÍDICO NACIONAL

A legislação criminal angolana condena¹⁵¹ veementemente o crime de tráfico de órgãos humanos, com a moldura penal abstrata de até 12 anos de prisão maior aos potenciais autores morais de tipo legal de crime, em virtude desta ação cruel e desumana. Colocar em causa o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio este, assegurado pela Constituição da República de Angola, ao abrigo do seu art. 1º, que propugna o ser humano como merecedor de respeito, e, por conseguinte, não deve ser submetido ao tratamento degradante (CRA, 2010, p.3), e é fortificado pelo art. 2º nº 2, onde assegura que: A República de Angola promove e defende os direitos e liberdades fundamentais do Homem, quer como indivíduo quer como membro de grupos sociais organizados, e assegura o respeito e a garantia da sua efectivação pelos poderes legislativo, executivo e judicial, seus órgãos e instituições, bem como por todas as pessoas singulares e coletivas.

O Estado angolano é solidário com seu povo e não só, tal afirmação decorre da norma constitucional. Sobre a dicção da solidariedade patente na Constituição angolana, vai consistir na relação do Estado dentro e fora do solo pátrio. A deficiência do acesso à educação e a própria informação tem sido antitética ao princípio do Estado Democrático. Entretanto, ao abrigo da Lei 3/14 de 10 fevereiro sobre a Criminalização das Infracções Subjacentes ao Branqueamento de Capitais, define o “tráfico de pessoas” como, quem “oferecer, entregar, aliciar, aceitar, transportar, alojar ou acolher pessoa para fins de exploração do trabalho ou extração de órgãos” (artigo 19.º).

Diante de todo o exposto, pode-se afirmar que a inclusão de novos protótipos em matéria do tráfico humano, não castra os tradicionais quais sejam: a exploração sexual, adoção, trabalho escravo, extração de órgãos, entre outras. A luz de diversas disposições do artigo 19.º da lei retro mencionada, reportam que o crime de tráfico de seres humanos envolve uma das seguintes situações (possibilidades): a) por meio de violência, rapto ou ameaça grave; b) por ardil ou manobra fraudulenta; por abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência

¹⁵¹ Repúdio e combate ao terrorismo, narcotráfico, racismo, corrupção e tráfico de seres e órgãos humanos. (CRA, 2010, p. 7)

hierárquica, económica, de trabalho ou familiar; c) por aproveitamento da incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima; ou e) mediante a obtenção do consentimento da pessoa que tem o controlo sobre a vítima.

5.5.2 A LEI 9.434/97 – ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No cenário legislativo caracterizado por um desenho constitucional que, contextualizado por aspirações de abertura democrática, o ordenamento jurídico brasileiro, em matéria de doação e transplante de órgãos humanos, em sede da sua autonomia legislativa, buscou proteger direitos pela Lei nº 9.434/97. Entretanto, para visualizar essa questão sob o ponto de vista jurídico-social, a cada indivíduo lhe é livremente concedido, nos termos da lei, a dispor solidariamente e gratuitamente tecidos, órgãos ou partes do corpo humano.

Há de se inferir que, sob essa empreitada conceitual que o Estado brasileiro é contra a ideia de mercantilização de órgãos humanos, cujo fundamento recai sobre um comércio ilegal, e, portanto, punível, pelo que, qualquer procedimento cirúrgico referente ao transplante de órgãos e enxertos, só é possível nos moldes recomendados por lei, sendo o seu procedimento realizado em estabelecimentos de saúde públicos ou privados, por profissionais especializados na matéria e previamente autorizados. Além de que, a regra de que os transplantes e enxertos só podem ser realizados após o doador passar por uma triagem diagnóstica minuciosa, que inclui testes prévios, exames de infecção e infestação.

A luz da referida lei retro mencionada, nem todos os casos são susceptíveis a remoção de órgãos, para que tal medida aconteça, é inerente o diagnóstico de morte encefálica.¹⁵² Esse fundamental aspecto deve restar claro que a doação *post mortem*, no que se refere a retirada de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano, depende escrupulosamente de uma constatação da morte encefálica, numa esfera dialógica profissional, cuja composição é feita por dois competentes médicos que não façam parte da equipe de remoção e transplante de órgãos. Essa prévia constatação, é seguida peremptoriamente, de um diagnóstico por intermédio dos critérios clínicos definidos pelo Conselho Nacional de Medicina-CFM.

De seguida, é necessária a autorização do cônjuge ou de qualquer um de seus parentes maiores na linha reta ou colateral até o segundo grau, frisando o consentimento em documento escrito,

¹⁵²No contexto do ordenamento jurídico brasileiro, o conceito de morte encefálica é escrupulosamente fixado pela Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1480/97, que considera que a parada total e irreversível das funções

mediante duas testemunhas que se fizeram presentes na verificação e constatação da morte. Relativamente aos *de cujus*, cuja identificação seja uma incógnita, não podem ter seus órgãos retirados para esse fim. Em se tratando de menores de idade, cabe os representantes legais aferir a devida autorização para a retirada de órgãos, e, na falta de um deles, cabe ao sobrevivente a tomada da tal decisão¹⁵³.

Importa destacar que é fundamental a prévia aceitabilidade do receptor, no que se refere ao procedimento cirúrgico, ao abrigo do princípio de autonomia e respeito pela pessoa, pois, nos termos legais, lhe é assegurado o direito de não aceitar a submissão a transplantes, uma vez que, essa prática, requer o consentimento expresso do paciente. No caso de demonstração de incapacidade ou não, tendo condições para expressar sua vontade por diversas razões, terão a responsabilidade atribuída aos representantes legais, o dever de consentir com o transplante. Esse ato altruístico que o doador realizar, ou seja, a disponibilidade autónoma de doação de órgãos por conta própria ou por interposta pessoa, recairá sobre o primeiro paciente que estiver na fila única de espera, e, que o referido órgão seja compatível, caso isso não ocorra, a próxima da lista será invocada até à última que estiver na fila de espera e tenha compatibilidade.

Com a Lei nº 10.211/2001, foram incorporadas às alterações do art. 4º da Lei 9.434/97, descrevendo que a decisão para efeito de doação de órgãos seria por intermédio da família, nos termos que avançaram retro. Por via disso, a doação de órgãos no ordenamento jurídico brasileiro, deixou de ser presumida, e passou a ser por via de consentimento familiar, implicando que, só para efeito de retirada de órgãos, tecidos e partes do corpo humano *post mortem*, para fins de doação e transplante, quando esse procedimento for autorizado pela família do *de cujus*.

5.5.3 Fundamento do consentimento na doação de órgãos no território brasileiro

Após a certificação ou a constatação da morte encefálica de um indivíduo, os profissionais da saúde seguem o passo subsequente, que naturalmente culmina com o direcionamento aos familiares, e, se os mesmos aceitam doar os órgãos da pessoa falecida, com a finalidade de salvar outras vidas. É evidente que as famílias desempenham um papel crucial em aceitar ou

encefálicas equivale à morte. Maria de Fátima Freire de Sá explica bem como ocorreu a constatação da morte encefálica (2003, p. 57):

¹⁵³AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. 5º ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 266.

recusar a colheita de órgãos de doadores falecidos. Embora o lugar das famílias seja legalmente limitado na maioria dos países, na prática, quase todos concedem uma forma de “veto” ou o direito de oposição a parentes enlutados. Esse paradoxo reformula a questão do lugar das famílias na remoção de órgãos e levanta muitas questões éticas e legais.

A constatação da morte encefálica é requisito fundamental e indispensável para a retirada dos órgãos e tecidos, e segue regras estabelecidas pela legislação e medicina. Hoje, pela Lei nº 9.434/97, o consentimento para a permissão de doação de órgão ou não, recai sobre a família *de cujus*. O ordenamento normativo brasileiro, não se adota o consentimento presumido, modelo tipicamente utilizado em diversos países, como na França e Espanha, nos quais, todos os indivíduos são potenciais doadores, desde que, não tenham expressado em vida sua oposição nesse sentido.

Neste momento, a vontade do indivíduo é colocada em oposição independentemente se, em vida, a pessoa terá declarado sua vontade de doar ou não seus órgãos, sua família poderá ou não acatar o pedido formulado pela equipa médica.

A negação por parte da família vem sendo um grande obstáculo para a concretização da doação de órgãos e tecidos, e, portanto, para salvar vidas. Para a ABTO (Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos), a taxa de recusa tem crescido exponencialmente doar no Brasil foi de 42% no ano de 2017 (ABTO, 2016). Tal manifestação de recusa por parte da família, resulta em diversos motivos: a falta de informação, questões sociais, religiosas e medo em relação ao órgão extraído usar – se para fins comerciais ou adversos do demandado.

6 PORTUGAL - DOAÇÃO DE ÓRGÃOS NA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA

O instrumento jurídico sobre o transplante de órgãos na União Europeia, tem o objetivo de encorajar e fortalecer a cooperação entre os Estados membros na matéria de doação e colheita de órgãos ou partes do corpo humano, (mais também, entre aqueles que possuem melhores condições técnicas para esse procedimento). As diferentes legislações necessitam de uma intervenção da União Europeia para harmonizar as suas práticas legislativas. A União Europeia conserva o legítimo direito na defesa da boa saúde e dignidade da pessoa humana, e isso inclui o reconhecimento de todas as necessidades de transplante. Cada país deve avançar em direção ao objetivo geral de atender às necessidades dos pacientes com base em seus próprios recursos disponíveis, e, no nível de desenvolvimento econômico e sistema de saúde, e através, quando

apropriado, " cooperação regulada e ética nos níveis regional e internacional. Consequentemente, todos os países precisam de uma estrutura legal e profissional para governar e orientar as atividades relacionadas à doação e transplante de órgãos, bem como, os sistemas de gestão da qualidade e sistemas transparentes de supervisão regulatória para garantir a segurança do organismo.

Em atenção ao sigilo dos dados pessoais, a lei em referência impõe um rastreio aos órgãos depois da obtenção, o transplante, a troca de informações entre os estados, e uma caracterização dos órgãos e do doador. No ordenamento jurídico português, a legislação aplicável à doação e transplantes de órgãos humanos é quase que antiga, a lei em referência diferente da anterior, veio estabelecer e regular a colheita de órgãos através do alargamento à doação em vida de órgãos regeneráveis.

Relativamente à transplantação de órgãos, a previsão da legislação nos termos do estabelecido no artigo n.º 12º da Lei 12/93 de 22 de abril, a lei possibilita a colheita após a confirmação devida do estado de morte cerebral. Da mesma forma, como ocorre no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, o número de órgãos colhidos face aos doentes de morte cerebral tem sido insuficiente para responder às necessidades crescentes dos que previamente manifestaram esse desejo, a outra forma encontrada pelo legislador constituinte, foi por intermédio de colheita *post mortem* que, prevê a colheita numa situação de paragem cardíaca irreversível. A lei mencionada, nos termos do disposto do artigo 2º, estabelece o âmbito da aplicabilidade, ao qual recai sobre os cidadãos nacionais, apátridas e estrangeiros residentes em Portugal.

Todavia, qualquer indivíduo que resida em Portugal, se submete às disposições da Lei 12/93. Decorre que, o presente modelo que de certa forma recai sobre todos os cidadãos, à partida, tido como potenciais doadores *post mortem*. Essa pretensão legal fundamenta-se na lógica de solidariedade social e de contributo pela evolução científica como tarefa de todos. Tendo por base a plataforma legal em referência, importa destacar o papel do Estado na disseminação da informação, sob pena de o Estado estar a agir na égide do autoritarismo e sem qualquer respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos.

A colheita ou a remoção de órgãos é admissível do ponto de vista ético e jurídico no território português, e não atenta contra a dignidade da pessoa humana, antes pelo contrário, o procedimento de transplante de órgão trouxe consigo o aumento de esperança na continuidade da vida, a personalidade e a saúde, bens fundamentais que a lei de transplante tem em princípio

à proteger. A neutralidade do Estado no domínio da medicina, e, em particular, do transplante, bem como, a concepção segundo a qual a doação de órgão constitui uma decisão altruísta da parte do doador, e para ele também se torna relevante do ponto de vista ético e jurídico.

O modelo do consentimento no ordenamento jurídico português é o presumido, e encontra-se plasmado nos termos do estabelecido do art.10¹⁵⁴ da Lei 12/93, assim como: a França, Itália, Espanha, Polónia, Lituânia, Suécia e Noruega. Com base nesse modelo: serão considerados presumíveis doadores de órgãos todos os cidadãos nacionais, apátridas e estrangeiros residentes naquele território geográfico como potenciais doadores (MACHADO, 1993), de modo que, a legislação portuguesa estabelece a necessidade de exclusão da presunção aqueles que expressamente declararem a sua oposição. Subsistem dúvidas de que, tal modelo veio dinamizar e responder de forma pronta e eficaz aos avanços da ciência biomédicas, cerceando-se a ideia de que, se a ciência pode realizar tais procedimentos graças a dita e notável evolução, então, os cidadãos também podem participar no processo de doação de órgãos.

Essa dinâmica resulta de uma lenta resposta resultante da morte cerebral, ou seja, a ideia da morte cerebral que foi um dos pressupostos para a remoção, não respondia de forma célere se comparado com o exponencial aumento de demanda por órgãos em filas de espera, deste modo, a falta de órgãos para transplante gerou em Portugal, o estabelecimento do consentimento presumido. Fica assim assente, termos em que, todos os indivíduos sejam eles nacionais, estrangeiros ou apátridas, que não desejarem ser doadores manifestarem por meio de declaração em órgão competente denominado RENNDA (Registo Nacional de Não Dador), manifestando oposição em doar após a morte. Tal oposição do manifesto por escrito, culmina com a emissão do cartão específico do não doador que dará suporte a sua objeção.¹⁵⁵

A lei em referência, permite sem qualquer coação, que o cidadão tome iniciativa de doar a parcialidade dos seus órgãos aquando da certificação da morte por qualquer patologia, termos

¹⁵⁴“São considerados como potenciais dadores *post mortem* todos os cidadãos nacionais e os apátridas e estrangeiros residentes em Portugal que não tenham manifestado junto do Ministério da Saúde a sua qualidade de não dadores”.

¹⁵⁵ A Lei n.º 12/93, de 22 de abril, de que me proponho a referenciar, estabelece situações concretas e escrupulosamente expressa relativamente à existência de um Registo Nacional daquele que manifestamente não desejam ou não optam em ser dadores, haja vista que o manifesto por escrito resulta na emissão de um cartão individual de não dador. Em face disso, ou a necessidade legal de prescrever tais procedimentos, de forma a efetivar o direito de oposição à dádiva. Neste seguimento, surgiu o Decreto-Lei n.º 244/94, de 26 de setembro, do Ministério da Saúde, que pressupunha como objecto regular a organização e o funcionamento do RENNDA e a emissão do respectivo cartão individual. Subsequentemente, surge ainda no mesmo viés, o Despacho n.º 700/94, de 1 de outubro, do Ministério da Saúde, que assegurou em aprovar o modelo específico de impresso, destinado ao RENNDA e ao cartão individual de não dador.

que ocorrem para todos os cidadãos que não manifestaram a sua oposição em sede própria. Após a certificação da morte de quem previamente não manifestou oposição em doar os seus órgãos, a equipe médica competente na matéria procedem a existência de qualquer informação ou não do cidadão ao RENNDA, com a finalidade de buscar informações sobre o manifesto do cidadão¹⁵⁶, independentemente da sua origem. Assim frisa: (PEREIRA, 2017, p.29-30):

“Os médicos que procederem à colheita de órgãos devem previamente colher informações e concluindo – se essa fase vai – se lavrado, em duplicado, auto de que constem a identidade do falecido, o dia e a hora da verificação do óbito, a menção da consulta ao RENNDA e do cartão individual, havendo-o, e da falta de oposição à colheita, os órgãos ou tecidos recolhidos e o respectivo destino, sem necessariamente obter um parecer favorável ou não da família do falecido”. (PEREIRA, 2017, p.29-30)

A doação em vida também é tida em conta desde que se cumpram determinadas condições impostas na legislação vigente. Em princípio esse desiderato deve ser manifestado por um cidadão maior, e que possa efetivamente dar o seu consentimento nesse gesto altruísta ou seja, este ato benévolo deve ser liberal, e nunca por imposição de qualquer entidade, parte-se do pressuposto de que a doação é gratuita, o que significa que não haverá qualquer contrapartida financeira em razão do órgão doado de acordo com a lei em vigor que acima plasmado.

O fato ocorre de forma diferente ao se tratar de doadores mortos, por imposição legal todos são presumíveis doadores até que os mesmos, manifestem em vida o não desejo de doarem ou doarem parcialmente os seus órgãos após a morte. É criticável o posicionamento adotado pelo legislador português de acordo com alguns doutrinadores, na medida em que o Estado falta com o dever de informar aos seus cidadãos, com objetivo de estes terem ciência do procedimento, e possivelmente, manifestarem oposição ou não. Nos dizeres da antropóloga (CATHERINE, 1997, p. 112):

[...] “A falta de informações aos indivíduos é criticada pelas pessoas informadas acerca do consentimento presumido, ou seja, a ausência de informação desestrutura a questão da permissibilidade e do próprio consentimento, uma apropriação do corpo ou do órgãos pela

¹⁵⁶ Art. 13, 1 da Lei 12/93 Assim, é da exclusiva competência dos médicos em *ex officio* obter informações Registo Nacional de Não Dador para se desencadear se houver fortes razões juridicamente referidas a colheita de órgão para doação, tal procedimento ocorre sem necessariamente a obtenção da autorização de terceiros para o efeito. Quanto aos cadáveres não identificados, o art. 13, 6, determina que se presume a não oposição à dádiva se outra coisa não resultar dos elementos circunstanciais. Por fim, analisando as estatísticas apresentadas anteriormente, é possível perceber que o número de doações e transplantes cresceu nos últimos anos em Portugal, como resultado do modelo adotado, bem como das políticas de conscientização empregadas no país.

sociedade, o corpo que é um bem privado na medida em que o indivíduo vive, torna - se social na sua morte pela doação de órgãos (CATHERINE, 1997, p. 112).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente dissertação de mestrado permitiu explorar o tráfico de órgãos humanos e a tutela legal: uma perspectiva luso-moçambicana, e, neste percurso, foi indispensável incorporar a reflexão ética no âmbito de estudos bioéticos para dar mais suporte a centralidade do Homem dentro de uma ordem constitucional, tendo em conta que o pressuposto fundamental do debate, foi a contestação do ideário de comercialização, por atentar contra o princípio da dignidade. Em face disso, buscou se destacar que o princípio da dignidade humana surge intimamente relacionado à igualdade entre todas as pessoas, devendo ser protegida e garantida pelo Estado. É conveniente recordar, que com as transformações e o novo ritmo experimentado no campo científico e tecnológico no contexto nacional e internacional, a relação dos aspetos éticos, no que diz respeito ao tráfico de órgãos humanos, tem deixado de ser considerada prioridade pelos governos, embora haja um conjunto normativo nesse sentido. O aumento exponencial do tráfico de órgãos busca lastrear em uma sofisticada leitura sobre as vítimas, que muitas vezes são pessoas vulneráveis e, de alguma forma, com menos proteção das entidades públicas. Portanto, há razão para considerarmos que os problemas fundamentais ligados ao processo de transplantação de órgãos venha ser a proveniência dos órgãos e o modo pelo qual tenha sido extraído.

A condenação por tráfico de órgãos humanos se circunscreve dentro de uma dinâmica internacional como: a Organização Mundial da Saúde¹⁵⁷, o Protocolo à Convenção de Palermo¹⁵⁸, Comunidade dos Países da Língua Portuguesa¹⁵⁹, o Conselho da Europa,¹⁶⁰ o que

¹⁵⁷ A Organização Mundial da Saúde adotou os princípios chaves/diretores sobre o transplante de células, de tecidos e de órgãos humanos, em 26 de Maio de 2008, conferindo vários aspetos éticos do transplante. O princípio 5 estabelece a proibição de venda de órgãos. Disponível em ligne : <http://www.who.int/transplantation/TxGP08-fr.pdf>. <http://www.who.int/bulletin/volumes/85/12/06-039370.pdf>.

¹⁵⁸ A Declaração de Istambul contra o tráfico de órgãos e turismo de transplantação de 2 de Maio de 2008, iniciativa da sociedade internacional (TTS) e da sociedade internacional de nefrologia por 150 representantes governamentais e responsáveis da área médica e científica. Texto disponível: <http://www.agence-biomedecine.fr/uploads/document/declaration-istanbul-2008.pdf>

¹⁵⁹ CPLP – Comunidade dos Países da Língua Portuguesa, pela lógica hermenêutica de combate ao crime organizado.

¹⁶⁰ Convenção na luta contra o tráfico de seres humanos, 16 de Maio de 2005, a qual junta – se ao artigo 21 da Convenção de Oviedo para a Proteção dos Direitos humanos e da Dignidade da Pessoa Humana - com olhar as aplicações da biologia e da medicina de 4 de Abril de 1997, e artigo 21 do seu Protocolo adicional, conjugado pelo artigo 22.

significa dizer que, o combate ao mercado de órgãos humanos deve ser olhado como uma luta coletiva dentro do Estado. Contudo, fundamentalmente, a questão não será solucionada por meio de mais normas, muito embora seja indispensável. A necessidade de uma doação solidária, altruísta, havendo anonimato, gratuidade ou seja, sem nenhuma contrapartida financeira, e a possibilidade dos países como Moçambique e Angola desenvolverem políticas legislativas de transplante de órgãos humanos pode muito contribuir para extirpação definitiva do mercado negro e, portanto, do tráfico de órgãos.

Sobre isso, é interessante notar que, essencialmente sobre uma mesma contribuição, tem-se a doação *post-mortem*, cuja manifestação de um simples ato de vontade, benevolência e humanismo também pode salvar muitas vidas. Essa visão social, se for coletiva, fará parte de uma abordagem de novos contornos na saúde pública, no atinente à esperança de vida de muitos mais cidadãos e em diferentes países, conforme propusemos antes. Em oposição a esta visão, todo o comportamento individualista, utilitarista deve ser combatido por desvio do padrão ético-moral e jurídico na obtenção de órgãos. Pensar na defesa e proteção do ser humano é criar condições para que os seus direitos sejam plenamente reconhecidos e que a sua voz possa ser ouvida.

A tese defende a existência do transplante de órgãos como prática a ser desenvolvida por todos, independentemente de o Estado dispor ou não de marcos regulatórios e medidas cirúrgicas sobre o transplante de órgãos, todavia, mediante o respeito pela dignidade humana e em princípios bioéticos já citados. Entretanto, o argumento de desacordo teórico, visa declinar peremptoriamente, de toda cirurgia que seja desenvolvida sem a recolha de consentimento do paciente, e mediante fins injustificáveis. Portanto, todas essas narrativas nos levam a aprofundar o porquê de tal ensaio ser uma consideração contemporânea, a resposta reside no temor de retorno ao estado de coisas inconstitucionais que atravessou determinado período histórico.

A apresentação desse diagnóstico é uma consideração enquanto expressão de um juízo de valor que unifica múltiplos sinais e sintomas da crise existencial da pessoa humana. Para tanto, todos os protótipos como a cooperação, o consentimento norteado na esfera bioética, a gratuidade, a solidariedade, o anonimato, a colaboração do Estado e de todos cidadãos, devem servir de base para justificar a não comercialização de órgãos como se de qualquer produto se tratasse.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AI, 2007. **Guia da Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos**. Amnesty International Publications. Documento disponível on-line em <http://www.amnesty.org>, acessado em julho de 2013.

ARIÈS, Philippe, **Sobre a História da Morte no Ocidente desde a Idade Média**, Teorema, 2010.

ALMEIDA, A. (1968). **Alguns aspectos antropológicos do Timor Português**. Academia das Ciências de Lisboa, Portugal.

ALENCAR, Emanuela C. O. de. **Tráfico de seres humanos no Brasil: aspectos sociojurídicos - caso do Ceará**. 2007. **Domínio Público**. Disponível em: <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/texto/cp037035.PDF>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

ANTUNES A, Nunes R. **Consentimento informado na prática clínica**. Arquivos de Medicina 1999.

ANSELLME, Jean- Loup, M'BOKOLO, Elikia, (1985). **Au cœur de l'ethnie**. Paris: La Découverte/ Poche.

ARCHER, Luís, “**Transplantações do animal para o Homem**”, em *Brotéria*, Vol. 146, maio/Junho 1998, pág. 601-604;

BEAUCHAMP, Tom L., “**History and Theory in ‘Applied Ethics’**”, *Kennedy Institute of Ethics Journal*, vol.17, March 2007, pp. 55-64.

BEAUCHAMP, T. L e Childress, J. F. **Princípios de ética biomédica**. São Paulo: Loyola, 2002. p.141

BEAUCHAMP, Tom L., CHILDRESS, James F., **Principles of Biomedical Ethics**, 6th ed., New York, Serrão, Daniel, “**Relação médico-doente na medicina hospitalar**”. Disponível em: <<http://www.danielserrao.com./noticias>>. Acesso em 4 Janeiro, 2012.

BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. pp. 284-288. 78.

BALES, K. **Disposable People: New Slavery in the Global Economy**. Berkeley, EUA: University of California Press Limited, 1999.

BAUMAN, Zygmunt 2001. “**Modernidade Líquida**” (publicada em 2000 é lançada oficialmente em 2001).

- BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. PESSINI, Leo. **Problemas atuais de Bioética**. 7ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Edições São Camilo, 2005.
- BERLINGUER, Giovanni. “**Bioética cotidiana**”. Trad. Lavínia Bozzo Aguilar Porciúncula. Rev. Técnica. Volnei Garrafa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.
- BARROSO, L. R. **Aqui, lá, e em todo lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional**. Revista dos Tribunais; 2012, 919, pp. 127-196.
- BARBOSA, Cínthia Yara Silva, **Tráfico internacional de pessoas**, Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.
- BARBOZA, H.H. **Princípios de bioética e do biodireito**. Bioética, v. 8, n. 2, p. 209- 216, 2000.
- CHAVES, Antonio. **Direito à vida e ao próprio corpo: Intersexualidade, Transexualidade, Transplantes**. 2ª edição, 1994, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- CASABONA, Carlos Maria Romeo. **El médico y el derecho penal: la actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)**. Barcelona: Bosch, 1981.
- Rocha, C. L. A. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social**. Revista Interesse Público; 1999, 4(2), pp. 23-48.
- CANOTILHO, J.J. G.; MOREIRA, V. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Vol. I. ed., rev. Coimbra, Coimbra, 2007
- DRANE, James; PESSINI, Leo. **Medicina e Tecnologia: desafios éticos na fronteira do conhecimento humano**. São Paulo: Edições Loyola, 2005.
- DECLARAÇÃO DE ISTAMBUL SOBRE TRÁFICO DE ÓRGÃOS E TURISMO DE TRANSPLANTE. Cremers. 2008. Disponível em: <<http://www.cremers.org.br/download/declaracaodeistanbul.pdf>>. Acesso em: 04 mar. 2017.
- FERNANDES, N. (2011): **Evolução Urbana e Planeamento Urbano da Cidade de Assomada (Cabo Verde)**. Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Geografia (Ordenamento do Território e Desenvolvimento). Faculdade de Letras. Universidade de Coimbra.
- FEFERBAUM, Marina. **A proteção internacional de direitos humanos: Análise do Sistema Africano**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.
- FRANCIS, L. P., & Francis, J.G. (2010). Stateless Crimes, Legitimacy, and International Criminal Law: **The Case of Organ Trafficking**. *Criminal Law & Philosophy*, 4(3), 283-295.
- FEITOSA, S. F. e Nascimento, W. F. do. **A bioética de intervenção no contexto do pensamento latino-americano contemporâneo**. *Revista Bioética*; 2015, 23(2), pp. 277-284.

- FARIA, Paula Ribeiro de Aspectos **Jurídico-Penais dos Transplantes**, Estudos e Monografias, Universidade Católica Portuguesa – Editora, Porto, 1995;
- FERRER, Jorge José, Álvarez, Juan Carlos, *Para fundamentar la bioética: teorías y paradigmas teóricos en la bioética contemporânea*”, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 2003.
- GADAMER, Hans-Georg, **O Mistério da Saúde, O cuidado da Saúde e a Arte da Medicina**, Edições 70, 1997.
- GALVÃO, H. Noronha, “**Origem teológica do conceito de pessoa**. Algumas notas”, *Communio. Revista Internacional Católica*, XIX (2002/3), pp. 205-208.
- GARRAFA, V. **Da bioética de princípios a uma bioética interventiva**. *Revista Bioética*; 2005, 13(1), pp. 125-134.
- GUIMARÃES, Deocleciano T. (Org.). **Dicionário de Termos de Saúde**. 5. ed. São Paulo: Rideel, 2014. E-book. Disponível em: <<http://univates.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788533933460%20>>. Acesso em: 02 abr. 2017.
- HÜRZELER - Caramore, S., Hofstetter, M., Bengoa, M. & Chibatte, M. (2004). **L’adoption dans touses états: enjeux et pratiques**. Lausanne: Terre des hommes.
- HEYNS, Cristof and Killander Magnus (2007), “**Africa in international human rights**”, textbooks: *African Journal of International and Comparative Law*, 15(1), 130-137.
- HOBBSBAWN, Eric. **Nação e Nacionalismo desde 1780**. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 1991.
- IRES, Maria José Morais. CARTA AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. **Documentação e Direito Comparado**, v. 80, n. 79, p.335350, jul. 1999.
- KATZENMEIER, Christian, **Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag**, Berlin, Springer 2006.
- KANT, Immanuel, **Fundamentação da metafísica dos costumes**, Edições 70, Lisboa, 1988.
- LARENZ, Karl. **Derecho civil**. Parte general. Trad. y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picaved. Madrid: Reunidas, 1978.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adoção: adoção internacional**. 2. ed. Brasil: Malheiros, 2003.
- LOPES, Maria Cecília (Coord.). **Minidicionário Rideel inglês-português-inglês**. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2011. E-book. Disponível em: <<http://univates.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788533930780/pages/-11>>. Acessoem: 05 abr. 2017.

LE BRETON, David, *in* «Grefe», *in Le dictionnaire du corps*, sous la direction de Michela Marzano, PUF, 2007.

LUCAS, R. Lucas, “**Morte cerebral e morte do homem: a recuperação da morte humana**”, *Brotéria*, 150 (2000), pp. 203-222.

LUHMANN, Niklas. 2000. **La légitimation par la procédure**. Québec, Presses de l’Université Laval.

LYNEHAM, S. (2014). **Recovery, Return and Reintegration of Indonesian Victims of Human Trafficking**. Trends & Issues in Crime and Criminal Justice, nº483. Australian Government

MAFEJE, Archie. **Anthropology in post-independence africa: end of an era and the problem of selfredefinition**. Heinrich Böll Foundation, Regional Office East and Horn of Africa, Nairobi, Kenya, 2001.

MARIA Geralda Almeida, “**Fronteiras sociais e identidade no território do complexo da usina hidroelétrica da Serra da Mesa-Brasil**”, Salvador, Edições L'Harmattan, 2012, p. 149.

M’BAYE, Keba. **Direitos Humanos na África**. In dimensões internacionais dos direitos do homem Direitos Humanos em África. In: Dimensões internacionais dos direitos do homem. Manual UNESCO. Lisboa: Ed. Livros Técnicos e Científicos, LDA, 1985.

MATOS, Laura Germano. **Direitos humanos e empresas: uma análise dos parâmetros brasileiros de responsabilidade por danos à mão de obra terceirizada no setor de confecção de vestuário**. 118 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, Ceará, 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 2ª ed. São Paulo: Métodos, 2014.

MARCHI, Maria M., SZTAJN, Rachel. **Autonomia e heteronomia entre profissional de saúde e usuário dos serviços de saúde**. In: Revista Bioética. Brasília: Conselho Federal de Medicina, v. 6, n. 1, 1998.

MALHEIRO, Perdigão, **A Escravidão no Brasil. Ensaio jurídico, histórico, social**, 3. ed. Brasília: Vozes, 1976.

MOREIRA, V., Gomes, C.M., Coordenadores, 2013. **Compreender os Direitos Humanos – Manual de Educação para os Direitos Humanos**. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Ius Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos. Documento disponível online em <http://www.fd.uc.pt/igc/manual/index.html>, acedido em junho de 2013. Versão original

elaborada por uma equipa de peritos austríacos e internacionais sob a direção de Wolfgang Benedek e de Minna Nikolova, com primeira edição em Graz, Áustria. Maio de 2003.

M'BAYE, Keba. **Les droits de l'homme en Afrique**. 2 ed. Paris: A Pedone, 2002.

MURRAY, Rachel. **The African Commission and the Court on Human and Peoples' Rights**, in SMITH, Rhona K. M. VAN DER ANKER, Christien (eds.). *The essentials of human rights*. Londres: Routledge, 2005.

MORRIS, Peter – **Les Transplantations: Regard éthique**. Strasbourg: Editions du Conseil D'Europe, 2003. ISBN 92-871-4778-7

MELO, Helena Pereira de, **Manual de Biodireito**, Almedina, Maio de 2008, Coimbra;

MERLO, Alejandro Serani, “**La muerte encefálica y la determinación práctica de la muerte: otra opinión disidente**”, en *Cuadernos de Bioética*, Vol. X, Nº 37, 1ª, 1999, Santiago de Compostela, pág. 149-159;

MUÑOZ DR, Fortes PAC. **O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido**. In: Costa SIF, Oselka G, Garrafa V, Organizadores. *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina; 1998. p. 53-7.

MARIA Ioannis (2008), **Trafico de Mulheres em Portugal para fins de Exploração Sexual**, Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género (CIG), Lisboa.

MARIAMO, E. et al. **Estudo Sobre o Tráfico de órgãos e partes do corpo humano na região sul de Moçambique**. Maputo: Interact Moçambique, 2016.

NUCCI. Guilherme de Sousa, **Código Penal Comentado**, 14ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NOGUEIRA, P., & Rodrigues, D. (2010). **Movimentos de vertente em Timor-Leste: uma abordagem baseada em deteção remota e na análise por SIG**. GEOTIC – Sociedade Geológica de Portugal VIII Congresso Nacional de Geologia. Revista Electrónica de Ciências da Terra Geosciences On-line Journal. Volume 22 – nº 5.

NASCIMENTO, W. F. e Garrafa, V. **Por uma vida não colonizada: diálogo entre bioética de intervenção e colonialidade**. *Saúde e Sociedade*; 2011, 20(2), pp. 287-299.

NALDI, Gino and Magliveras, Konstantinos (1998), “**The African Court of Justice**”. Accessed on 2014, 02, 24 http://www.hjpp.de/66_2006/66_2006_1_b_187_214.pdf.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Carolina do Amaral; OLIVEIRA, Renata Silva, et. al., **Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual**. Recife: Asseplan, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PALLIS, C., e HARLEY, D.H., **ABC of brainstem death**, BMJ Publishing Group, London, 1996.

PATRÃO NEVES, M., “**Autonomia e responsabilidade da pessoa**”, in *Poderes e limites da genética*, Presidência do Conselho de Ministros, Lisboa, 1998, pp. 13-26.

PERNICK MS. The patient’s role in medical decision-making: **A social history of informed consent in medical therapy**. In: President’s Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research. *Making health decisions: The ethical and legal implication of informed consent in the patient practitioner relationship*. 3. ed. Washington: USGPO; 1987. p. 1-35.

PINTO, José Rui da Costa, “**A lei dos transplantes: Questões (im)pertinentes**”, em *Brotéria*, Vol. 158, nº 5/6, Maio/Junho 2004, pág. 451-459.

RAMOSE, Magobe. The ethics of ubuntu. In: COETZEE, Peter H.; ROUX, Abraham P.J. (eds). **The African Philosophy Reader**. New York: Routledge, 2002.

RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis: teoria e prática do direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 452 p.

ROCHA, Manuel Lopes, “**Responsabilidade Civil do Médico–Recolha de órgãos e transplantações**”, em *Tribuna de Justiça*, nº 3, Abril-Maio 1990, pág. 37-53;

RIC, Hobsbawm, TERENCE, Ranger, (1997). “**A Invenção das Tradições**”. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra. *Apud* Pinto, Paula 2009, *Tradição e Modernidade na Guiné-Bissau*.

Serrão, Daniel, “**As Comissões de Ética e a Investigação Clínica**”. Disponível em: <<http://www.daniel.serrão.com./conferências>>. Acesso em 4 Janeiro, 2012. Oxford University Press, 2009

ROSS, William David. **The right and the good**. Oxford: Oxford University Press, 1930.

SÉGUIN, Elida. **Biodireito**. 4ª edição, Revista e Atualizada, 2005, Rio de Janeiro: Lumen Juris.

SARLET, I. W. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**. Revista Brasileira de Direito Constitucional; 2007, 9(1), pp. 361-388.

SANTOS, Boaventura de Sousa, GOMES, Conceição, DUARTE, Madalena e BAGANHA, Teresi, Maria Verônica e Healy, Claire (2012). **Guia de Referência para a Rede de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas no Brasil**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Justiça.

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

SOARES, Inês Virgínia Prado, **Plataforma nacional de enfrentamento ao tráfico de pessoas no Brasil In** MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (coord), *Tráfico de Pessoas*, São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SOUSA, Rabindranath Capelo de, **Teoria geral do Direito Civil**, Vol. I, Coimbra Editora, 2003;

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos Santos. **Transplantes de órgãos e Eutanásia: Liberdade e Responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

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

STEINER Philippe, **La transplantation d'organes- un commerce nouveau entre les êtres humains**, Bibliothèque des sciences humaines, NRF, éditions Gallimard, 2010, 342 pp.

SOUSA, Ana. Agência Edital. **O tráfico infantil para fins sexuais é associado a altas densidades populacionais**. Jun, 2009. Disponível em:<<http://diganaoerotizacaoainfantil.wordpress.com/2009/06/17/trafico-infantil-para-fins-sex> Rabindranath Capelo de Sousa - Teoria Geral do Direito Civil, Vol. I, Coimbra Editora, 2003;uais-e-associado-a-altas-densidades-populacionais/>.Acesso em: 19 jun. 2009.

SGRECCIA E. **Manual de bioética – fundamentos e ética biomédica**. Cascais, Portugal: Editora Principia; 2009.

SEN,Amartya (Fevereiro, 2003). **O Desenvolvimento como liberdade**, ed. Gradiva, Lisboa. Bissau (1910-1994). *Revista Tradicional de Estudos Africanos*.

SANTOS, Victor Marques e Ferreira, Maria João Militão, **Teoria das Relações Internacionais**, ISCSP, Lisboa, 2012

SMELTZER, S. C. BARE, B. G. BRUNNER & SUDDARTH: **Tratado de Enfermagem Médico Cirúrgica**. V. 2. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

VILJOEN, Frans (2007), **International Human Rights Law in Africa**. Oxford: OUP.

VIEIRA, Gustavo José Correia. **O domínio da vítima como forma de violência: o tráfico de seres humanos e sua disciplina no direito brasileiro e internacional**, Porto Alegre: Núria Fabris, 2011.

VARELLA, D. **Transplante o Dom da Vida**. Redação do Fantástico, 2009. Disponível em: <<http://especiais.fantastico.globo.com/transplante/tag/orgaos/>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

VARELA, João Antunes, **Direito das Obrigações em Geral**, Vol. I, 10ª Edição, Almedina, Coimbra, 2000;

VASCO Rodrigues, **Análise Económica do Direito – Uma Introdução**, Coimbra, Almedina, 2007, p. 114-115.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, parte geral**. 8º ed. São Paulo: Atlas, 2008.

WALDMAN, M. (2003). **Geografia do Timor Leste**. Membro da diretoria da Associação dos Geógrafos Brasileiros, Seção Local São Paulo, Brasil.

WACHIRA, George Mukundi. **African Court of Human and Peoples' Rights: Ten years on and still no justice**. Minority Rights Group International, 2008.