

Lucas Costa de Oliveira

Mercado regulado de órgãos e tecidos humanos

Entre o Direito,
a Economia e
a Ética



O livro analisa a possibilidade de um comércio regulado de órgãos e tecidos humanos e, para esse fim, busca o amparo em uma fundamentação racional, tanto em termos jurídicos, quanto nos aspectos éticos e econômicos. Mas, o que eu gostaria de ressaltar, é que a pesquisa não tem como proposta dizer se o modelo trazido é o melhor, mas viabilizar o debate na esfera pública, "passando de algo que se impõe como discursivamente impossível, para algo que seja, ao menos, discursivamente possível".

Maria de Fátima Freire de Sá



Mercado regulado de 6rg6os e tecidos humanos

Entre o Direito, a Economia e a 6tica

Direção Editorial

Lucas Fontella Margoni

Comitê Científico

Prof.^a Dr.^a Maria de Fátima Freire de Sá

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas)

Prof.^a Dr.^a Taisa Maria Macena de Lima

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas)

Prof. Dr. Brunello Souza Stancioli

Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Prof.^a Dr.^a Iara Antunes de Souza

Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP)

Mercado regulado de órgãos e tecidos humanos

Entre o Direito, a Economia e a Ética

Lucas Costa de Oliveira



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Lucas Margoni

Fotografia de capa: Jesse Orrico - jesseorrico.com

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

OLIVEIRA, Lucas Costa de

Mercado regulado de órgãos e tecidos humanos: entre o Direito, a Economia e a Ética [recurso eletrônico] / Lucas Costa de Oliveira -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

181 p.

ISBN - 978-65-87340-37-1

DOI - 10.22350/9786587340371

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito; 2. Economia; 3. Ética; 4. Mercado; 5. Medicina; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Aos meus pais.

“Não há nenhum erro mais perigoso do que *confundir a consequência com a causa*: eu o denomino a própria perversão da razão. Apesar disso, este erro pertence aos hábitos mais antigos e mais recentes da humanidade”.¹

“A única coisa que não se pode comprar é a vida.
A vida se gasta.”²

¹ NIETZSCHE, Friedrich. *Crepúsculo dos ídolos (ou como filosofar com o martelo)*. Tradução de Marco Antonio Casa Nova. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000, p. 41, destaque no original.

² MUJICA, José. *Human*: entrevista com José Mujica. Documentário por Yann Arthus-Bertrand, 2015.

Sumário

Apresentação	13
Lucas Costa de Oliveira	
Prefácio.....	15
Maria de Fátima Freire de Sá	
1	17
Introdução	
2.....	25
A inegabilidade dos pontos de partida	
2.1 Panorama legislativo.....	27
2.1.1 Constituição da República	28
2.1.2 Código Civil.....	31
2.1.3 Lei de Doação de Órgãos.....	35
2.1.4 Análise abrangente da legislação	37
2.2 Uma perspectiva a partir da autonomia privada	39
2.2.1 Breves apontamentos históricos.....	40
2.2.2 Autonomia da vontade e autonomia privada.....	48
2.2.3 Autonomia privada como princípio jurídico.....	51
2.2.4 Dimensões da autonomia privada	58
2.2.5 Autonomia sem heteronomia?	62
2.2.6 Caminhando em direções opostas	64
2.2.7 Autonomia e corporeidade.....	66
2.2.8 Autonomia e paternalismo	71
2.3 O mercado de direitos fundamentais	76
2.4 Notas conclusivas	79

3.....	81
A visão econômica da vida	
3.1 Mercado e existência.....	83
3.1.1 Os três mal-estares da modernidade	84
3.1.2 A vida para consumo.....	90
3.1.3 Os limites morais do mercado	93
3.2 Mercado e eficiência	98
3.2.1 Aumento da oferta.....	99
3.2.2 Enfraquecimento do tráfico.....	104
3.2.3 Breve análise dos custos.....	108
4.....	112
Uma questão ética	
4.1 Argumentos contrários.....	115
4.1.1 Exploração	116
4.1.2 Dano.....	119
4.1.3 Coerção	121
4.1.4 Injustiça.....	127
4.1.5 Objetificação.....	129
4.1.6 Sacralidade do corpo.....	139
4.1.7 Altruísmo.....	141
4.2 Parâmetros mínimos.....	144
4.3 O caso do Irã	150
4.3.1 Apontamentos históricos	150
4.3.2 Procedimentos e características	152
4.3.3 Resultados, acertos e erros na experiência iraniana	155
5.....	166
Conclusão	
Referências.....	171

Apresentação

*Lucas Costa de Oliveira*¹

Este livro é fruto da minha pesquisa de mestrado, defendida no âmbito do programa de pós-graduação em Direito da PUC Minas, em fevereiro de 2017. Além da minha orientadora, Profa. Dra. Maria de Fátima Freire de Sá, compuseram a banca examinadora a Profa. Dra. Taisa Maria Macena de Lima, o Prof. Dr. Brunello Souza Stancioli e a Profa. Dra. Iara Antunes de Souza. Ao final da defesa, a dissertação obteve nota máxima, com recomendação para a publicação e distinção acadêmica *cum laude*.

Revisitar um texto após anos da sua escrita é sempre uma tarefa incômoda, especialmente quando se trata de temas tão sensíveis. Os valores se alteram, o autor se desenvolve como pessoa e pesquisador, mas as palavras seguem inexoráveis, sem alterações substanciais. Assim, esta é uma obra de seu tempo e, como toda investigação acadêmica, não representa um ponto final, mas um caminho que continua sendo traçado.

“Nenhum homem é uma ilha”, diz a vetusta passagem de John Donne. Se tal proposição se aplica à vida corriqueira, com maior afinco se relaciona à vida do pesquisador. Assim, é imprescindível agradecer às pessoas e às instituições que possibilitaram a criação de uma rede de interlocução e afeto que culminaram na redação deste livro.

Sem o acolhimento da professora Maria de Fátima esta pesquisa seria inviável – e, até mesmo, a minha decisão assertiva pelo magistério. Minha eterna gratidão e admiração por demonstrar que a academia também pode

¹ Doutorando em Direito pela UFMG, com estágio de pesquisa na University of Birmingham. Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Bacharel em Direito pela UFOP. Professor de Direito Civil e Biodireito na graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos e na pós-graduação em Bioética e Direito da Saúde da PUC Minas. Pesquisador do Centro de Estudos em Biodireito. Pesquisador do Centro de Estudos em Biodireito (CEBID) e do Grupo Persona (UFMG).

ser um local de compartilhamento, acolhimento e solidariedade. Aos professores do mestrado e membros da banca examinadora, agradeço por me fazerem enxergar mais longe e por meio de novas perspectivas. Ao Centro de Estudos em Biodireito e à PUC Minas, agradeço por representarem locais privilegiados para a construção de conhecimento dialógico e para a formação de pesquisadores autônomos.

Devo, ainda, o reconhecimento à minha família, representada por meus pais, Antônio e Cláudia, e por meus irmãos, Filipe e Júlia, por me proporcionarem um ambiente eudemonista, por me formarem em direção à liberdade e à alteridade, por me apresentarem a valores para além da mera eficiência. Para Anna, todo o amor que há nessa vida. Obrigado pelo carinho, cuidado, amizade e apoio incondicionais, pela compreensão nos momentos de ausência no decorrer dessa jornada. Aos bons e velhos amigos de Mariana, agradeço a amizade verdadeira e duradoura. Aos novos amigos do mestrado, minha gratidão por tornarem a travessia mais leve.

Este livro, embora aborde especificamente o mercado regulado de órgãos e tecidos humanos, pode ser pensado como um estudo de caso para testar os limites morais do mercado e as concepções metafísicas que recaem sobre os conceitos de pessoalidade, corporeidade, autonomia e dignidade humana. Escrever sobre temas relacionados ao Biodireito é extremamente complexo, uma vez que não se relaciona somente à esfera da racionalidade instrumental, mas também à esfera axiológica. É necessário, portanto, responsabilidade e seriedade. Por outro lado, também se exige coragem e uma postura de honestidade intelectual em não aceitar qualquer argumento por razões autoritárias e acríticas. É o que se tentou fazer neste livro.

Prefácio

*Maria de Fátima Freire de Sá*¹

Prefaciara o livro *Mercado regulado de órgãos e tecidos humanos: entre o direito, a economia e a ética*, de Lucas Costa de Oliveira, é, para mim, motivo de muito orgulho. O Lucas foi meu aluno no mestrado do Programa de Pós-graduação em Direito, na PUC Minas, e, para minha alegria, meu orientando.

Esse jovem e brilhante pesquisador me conquistou no primeiro momento em que adentrou a sala de aula para participar dos encontros sobre Tópicos em Biodireito. Educado e respeitoso, em pouco tempo percebi sua inteligência, seu senso crítico, curiosidade e tenacidade, qualidades que, juntas, só poderiam resultar em um trabalho espetacular que ora é oferecido a toda comunidade acadêmica.

O livro, dividido em três capítulos, analisa a possibilidade de um comércio regulado de órgãos e tecidos humanos e, para esse fim, busca o amparo em uma fundamentação racional, tanto em termos jurídicos, quanto nos aspectos éticos e econômicos. Mas, o que eu gostaria de ressaltar, é que a pesquisa não tem como proposta dizer se o modelo trazido é o melhor, mas viabilizar o debate na esfera pública, “passando de algo que se impõe como discursivamente impossível, para algo que seja, ao menos, discursivamente possível”.

O bem elaborado texto, corajosamente, compromete-se a resolver questões de cunho jurídico-filosófico, como: o que significa *ser* ou *ter* um corpo? Qual(is) limite(s) entre autonomia e paternalismo? Aliás, sobre

¹ Professora da graduação e do programa de pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito da PUC Minas. Coordenadora do Curso de Especialização em Bioética e Direito da Saúde do IEC/PUC Minas. Pesquisadora do Centro de Estudos em Biodireito – CEBID. Doutora (UFMG) e Mestre (PUC Minas) em Direito.

este ponto, o autor defende que “o paternalismo será injustificável quando representar uma restrição ou limitação da autonomia enquanto manifestação de liberdade, alteridade e dignidade. Dessa forma, o mercado regulado de órgãos e tecidos humanos pode representar, ou não, uma forma de paternalismo”.

Mercado e existência não é um assunto fácil e demanda a análise de diversas teorias contemporâneas. Com responsabilidade e sem deixar de se manifestar ao final da abordagem – atitude demonstrada em cada capítulo trabalhado – o autor traz à luz a doutrina de Michael Sandel, Charles Taylor e Zygmunt Bauman: uma tarefa exigente, mas conduzida com brilhantismo.

Falar sobre ética e objetificação nos remete a Kant: as pessoas não podem ser tratadas como meros objetos. Assim sendo, atribuir valor pecuniário aos órgãos ou tecidos humanos seria uma maneira de objetificação da pessoa, o que violaria a sua intrínseca dignidade? Por óbvio que não vou dizer as conclusões do nosso jovem professor, mas instigar o leitor à leitura do texto com outra pergunta: a ideia de objetificação não seria fundada em concepções metafísicas de dignidade e corpo e, sendo assim, não seria premente questionar a concepção moral clássica acerca da objetificação? As perguntas aqui formuladas são respondidas com muita propriedade pelo autor. A obra não se trata de uma proposta de legislação, mas de uma rica pesquisa relacionada ao enfoque zetético.

Atesto a seriedade e o comprometimento de Lucas Costa de Oliveira com os problemas que envolvem o Biodireito e a publicação desta obra, estou certa, terá grande acolhida entre os leitores, diante do fascínio e do interesse que o tema provoca.

Do Rio Grande do Sul para as Minas Gerais, abril de 2020.

Introdução

A evolução da Medicina, em especial o desenvolvimento de novas técnicas cirúrgicas e drogas imunossupressoras, possibilitou um novo paradigma na área dos transplantes. Não obstante, tem-se registrado um expressivo número de pessoas falecendo nas filas de espera a cada ano. Trata-se de um paradoxo causado, sobretudo, pela escassez de órgãos e tecidos humanos – problema em escala global que urge por soluções.

No Brasil, somente em relação ao transplante renal, estima-se que havia 21.059 pacientes ativos em lista de espera em dezembro de 2017, sendo registradas 1.176 mortes ao longo do ano.¹ O problema se torna ainda mais sério quando se percebe que o número de pacientes em lista de espera deveria ser aproximadamente o dobro. Essa informação pode ser extraída do número de pacientes em tratamento dialítico no Brasil, aproximadamente 110.000, dos quais cerca de 35% possui indicação para transplante.²

As consequências desse cenário são alarmantes. A morte de pacientes em lista de espera é o resultado mais evidente. Conforme relata a Associação Brasileira de Transplante de Órgãos (ABTO), 30.764 pacientes ingressaram na lista de espera para transplante de órgãos e tecidos humanos durante o ano de 2017, dos quais 1.895 faleceram durante a espera.³

¹ ABTO. *Registro Brasileiro de Transplantes*: Ano XXIII, n. 4. Brasil: Associação Brasileira de Transplante de Órgãos, Jan./Dez, 2017, p. 22-23.

² ABTO. *Registro Brasileiro de Transplantes*: Ano XXI, n. 4. Brasil: Associação Brasileira de Transplante de Órgãos, Jan./Dez, 2015, p. 1

³ ABTO. *Registro Brasileiro de Transplantes*: Ano XXIII, n. 4. Brasil: Associação Brasileira de Transplante de Órgãos, Jan./Dez, 2017, p. 23.

Outra consequência nefasta é a criação e o fortalecimento de um mercado negro de órgãos e tecidos humanos, apesar do esforço para a criminalização do tráfico. Alega-se, por exemplo, que o mercado ilegal de órgãos movimentava cerca de um bilhão de dólares por ano, somente na China.⁴ Na mesma direção, a *Organs Watch* indica, em uma avaliação conservadora, que cerca de dez mil rins são vendidos a cada ano.⁵

Tendo em vista a escassez de órgãos e tecidos humanos, diversas propostas surgiram com a finalidade de solucionar o problema. A alternativa mais difundida é o fortalecimento das doações por intermédio de programas e campanhas educacionais. A Espanha é o grande exemplo desse modelo, sendo a líder mundial em transplantes por mais de duas décadas.⁶ A taxa de doação por milhão de população (pmp) nesse país foi de 35,9 em 2014 – mais que o dobro do Brasil, que também vem adotando esse modelo, saindo de uma taxa de 6,2 em 2007, para 16,6 em 2017.⁷ O maior problema dessa proposta é que, mesmo em países como a Espanha, não foi possível eliminar as mortes ocasionadas pelas longas listas de espera. Em 2015, por exemplo, havia 2.288 pacientes em listas de espera para o transplante hepático na Espanha, sendo registradas 99 mortes durante a espera pelo órgão.⁸

Ainda em relação à doação, outra estratégia possível é a utilização do consentimento presumido para doações *post mortem*. Nessa proposta, a pessoa seria considerada automaticamente doadora em caso de morte, a menos que houvesse se manifestado expressamente em sentido contrário. O Brasil adotou esse modelo *opt-out* com a promulgação da Lei n. 9.434/1997, estabelecendo que aqueles que fossem contrários a essa forma

⁴ CARNEY, John. *A Human Harvest*: China's organ trafficking exposed in shocking documentary that alleges the illegal trade is now worth a staggering US\$1 billion a year. Daily Mail: 6 abr. 2015.

⁵ SCHEPER-HUGHES, Nancy. Human traffic: exposing the brutal organ trade. *New Internationalist*, v. 4, 2014.

⁶ MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD. *Nota de Prensa*: España es líder mundial en trasplantes por 24º año consecutivo, según los datos del Registro Mundial de Trasplantes gestionado por la ONT. España: 2016, p. 1.

⁷ ABTO. *Registro Brasileiro de Transplantes*: Ano XXIII, n. 4. Brasil: Associação Brasileira de Transplante de Órgãos, Jan./Dez, 2017, p. 18.

⁸ ONT. *Memoria de Actividad*: trasplante hepático. España: Organización Nacional de Trasplantes, 2015.

de doação deveriam se manifestar expressamente por meio da expressão “não doador de órgãos e tecidos” gravada tanto na carteira de identidade civil, quanto na carteira nacional de habilitação. A rejeição popular foi enorme, principalmente em razão de três fatores: o desconhecimento da Lei e seus procedimentos; a retirada da família do processo decisório; e o enfraquecimento da autonomia dos possíveis doadores. O dispositivo foi revogado em 1998, atribuindo à família o poder de decisão sobre a doação de órgãos e tecidos humanos.⁹

Outra alternativa que se encontra em pauta é a realização dos xenotransplantes, técnica que consiste na utilização de órgãos, tecidos e células de certos tipos de animais para a realização de transplantes em seres humanos. Em teoria, a pesquisa indica resultados promissores, não obstante, a prática ainda esbarra nos riscos imunológicos e funcionais, bem como na probabilidade de transmissão de doenças entre espécies.¹⁰

Também se deve mencionar as promissoras pesquisas envolvendo células-tronco e clonagem terapêutica. As pesquisas com células-tronco indicam novas perspectivas para a medicina regenerativa. A alta capacidade de diferenciação dessas células possibilita o desenvolvimento em variados tecidos do corpo humano, como sangue, nervos, músculos, ossos e, porventura, órgãos. Recente exemplo da aplicação de células-tronco na medicina regenerativa é o estudo publicado na revista *Nature*, conduzido por pesquisadores da Universidade Sun Yat-Sen (China) e da Universidade da Califórnia (Estados Unidos), que relata uma incisão pioneira com células-tronco capaz de regenerar olhos de crianças com catarata.¹¹

No contexto de pesquisas com células-tronco surge a concepção da clonagem terapêutica, técnica que tem como objetivo a geração de uma linhagem celular que seja idêntica ao material genético de outra pessoa

⁹ SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito e Direito ao próprio corpo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

¹⁰ ROMEO-CASABONA, Carlos María. Aspectos actuales de los transplantes. *Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal*, v. 5, n. 1, p. 77-87, 2000.

¹¹ GALLAGHER, James. *Incisão pioneira com células-tronco regenera olhos de crianças com catarata*. BBC Brasil, 10 mar. 2016.

para que seja utilizada em algum tratamento. Explica-se: a clonagem terapêutica destina-se à criação de embriões com a mesma carga genética da pessoa que disponibilizou o material com a finalidade de se obter células-tronco absolutamente compatíveis. Dessa maneira, estabelece-se o desenvolvimento de tecidos para fins terapêuticos sem o infortúnio da rejeição.¹² De toda forma, mesmo desconsiderando todo o dilema ético a respeito dessa alternativa, a utilização de células-tronco embrionárias geradas por meio da clonagem terapêutica não é garantia para a criação de órgãos – e no atual estado da arte ainda não se vislumbra esse cenário.

Não obstante todas as alternativas apresentadas – e outras que porventura possam ser levantadas –, ainda não foi possível solucionar de maneira satisfatória o problema da escassez de órgãos e tecidos humanos. Seja pela insuficiência do modelo baseado no altruísmo, seja pela impossibilidade técnica do xenotransplante e das pesquisas com células-tronco, o problema persiste e se agrava. Dessa maneira, tem-se discutido sobre a viabilidade da criação de um mercado regulado e ético de órgãos e tecidos humanos como modelo para superar a crise da escassez na área dos transplantes. Trata-se de uma controversa proposta contemporânea que vem sendo estudada, sobretudo, nos Estados Unidos e no Reino Unido.

A configuração desse mercado regulado e ético de órgãos e tecidos humanos será delineada no decorrer deste estudo, todavia, entende-se ser importante a apresentação, ainda que em linhas gerais, do que se entende por essa proposta. Para ser considerado um *mercado*, deve ser eficiente, deve ter mecanismos de troca que possibilitem a superação da demanda de órgãos e tecidos humanos nos transplantes. Para ser *regulado*, deve se posicionar entre a proibição total de um comércio e a sua total permissão, representada pelo livre mercado. Ainda, deve ser chancelado e limitado pelo Direito positivo vigente. Por fim, para ser *ético*, deve estar em compasso com as exigências argumentativas de correção do agir prático.

¹² MINAHIN, María Auxiliadora. Clonación: reflexiones necesarias sobre lo imaginario. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, v. 30, p. 63-92, 2009.

Questões como o problema da exploração, coerção, objetificação, commodificação, distribuição, altruísmo, paternalismo, autonomia e tantas outras, deverão ser estudadas e debatidas com seriedade.

A título de exemplificação, poder-se-ia propor que um sistema viável de regulação deve se pautar em alguns princípios básicos: (1) pagamento ao doador feito pelo governo ou por seguradoras; (2) alocação dos órgãos realizada por algum algoritmo predefinido; (3) avaliação integral do doador; (4) consentimento informado; (5) fiscalização efetiva; (6) acompanhamento de longa duração; (7) tratamento digno e respeitável para com o doador; (8) restrição desse sistema a uma determinada área geográfica.¹³

Apresentado o problema que inaugura a presente pesquisa, faz-se necessário indicar com clareza o seu objetivo principal, qual seja, analisar a possibilidade de fundamentação racional, em termos jurídicos, econômicos e éticos, de um mercado regulado de órgãos e tecidos humanos. Desse modo, o recorte metodológico deve ficar claro: não se pretende investigar se o referido modelo é o *melhor*, realizando um estudo comparativo com as outras propostas; nem mesmo apresentar *todas* as minúcias técnicas e operacionais a respeito de como poderia funcionar esse mercado – apesar de indicar diretrizes mínimas para tanto. Assim, a principal contribuição que se pretende oferecer é no sentido de trazer a argumentação sobre o mercado regulado de órgãos e tecidos humanos para a esfera pública, passando de algo que se impõe como discursivamente impossível, para algo que seja, ao menos, discursivamente possível.

É importante ainda determinar com precisão o objeto de estudo. Sobre qual tipo de mercado se trata? Quais órgãos e tecidos estariam abarcados nessa proposta? Em relação ao primeiro questionamento, evidencia-se que a pesquisa tratará tanto do comércio realizado entre pessoas vivas (mercado *inter vivos*), quanto daquele realizado para ter efeitos após a morte (mercado *post mortem*). Em relação ao segundo questionamento,

¹³ MATAS, Arthur J. Why we should develop a regulated system of kidney sales: a call for action. *Clinical Journal of the American Society of Nephrology*, n. 1, 2006, p. 1129.

com o objetivo de delimitar a problemática proposta, a análise será realizada sobre os órgãos e tecidos que já são permitidos pela Lei n. 9.434/1997. No caso da doação *inter vivos*, a referida Lei dispõe, em seu art. 9º, § 3º, que apenas será permitida a doação

[...] quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora.¹⁴

A variedade de órgãos e tecidos que podem ser doados em vida é pequena: um rim, partes do fígado e do pulmão, bem como a medula óssea.¹⁵ Dentre os órgãos e tecidos que podem ser doados em vida, limitar-se-á o estudo à hipótese da comercialização de rins. A escolha decorre, fundamentalmente, dos baixos riscos para a saúde do potencial vendedor durante a realização da cirurgia, bem como em razão da pequena alteração na qualidade de vida após o procedimento.¹⁶ Também reforça essa preferência, a existência de uma extensa literatura a respeito da mercantilização de rins em vida.

Em relação aos órgãos e tecidos passíveis de doação *post mortem*, as limitações são menores. Todos os órgãos e tecidos que possuam alguma utilidade no sistema de transplante poderão ser retirados, desde que se observe a previsão contida no art. 8º da Lei n. 9.434/1997, no sentido do cadáver ser “[...] condignamente recomposto para ser entregue, em seguida, aos parentes do morto ou seus responsáveis legais para

¹⁴ BRASIL. *Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997*. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. São Paulo: Saraiva, 2016.

¹⁵ Poder-se-ia ainda falar da doação de sangue que, embora seja um tecido, possui um tratamento diferenciado. Também já se fala na possibilidade de doação, em casos raros, de partes do intestino e pâncreas, bem como da doação de nervos e pele. Cf. AMERICAN TRANSPLANT FOUNDATION. *Living donation*. Denver, 2016.

¹⁶ Diversos estudos indicam os baixos impactos na saúde e qualidade de vida dos doadores renais. Por todos: cf. ERIN, Charles; HARRIS, John. An ethical market in human organs. *British Medical Journal*, n. 29, p. 137-138, 2003.

sepultamento”.¹⁷ Exemplos de órgãos e tecidos que podem ser doados após a morte são: coração, pulmões, rins, fígado, pâncreas, córneas, ossos, pele, cartilagem e válvulas.¹⁸

Parte-se da hipótese, sempre passível de refutação, de que um mercado regulado de órgãos e tecidos humanos *pode ser* uma alternativa viável para o problema da escassez de órgãos e do mercado negro em uma perspectiva jurídica, econômica e ética. A confirmação (ou não) dessa premissa deverá ser respondida a partir de uma análise específica e aprofundada dos argumentos favoráveis e contrários a essa alternativa, afinal, como ensina Michael Sandel:

[...] algumas coisas da vida são corrompidas ou degradadas quando transformadas em mercadoria. Desse modo, para decidir em que circunstância o mercado faz sentido e quais aquelas em que deveria ser mantido a distância, temos de decidir que valor atribuir aos bens em questão – saúde, educação, vida familiar, natureza, arte, deveres cívicos e assim por diante. São questões de ordem moral e política, e não apenas econômicas. Para resolvê-las, precisamos debater caso a caso, o significado moral desses bens e sua correta valorização.¹⁹

O caminho a ser percorrido ao longo do livro passará por três eixos essenciais: o Direito, a Economia e a Ética. No primeiro capítulo será estudado o panorama legislativo referente à comercialização de órgãos e tecidos no Direito brasileiro vigente. Em seguida, verificar-se-á a possibilidade de desconstrução e reconstrução dessas normas no sentido de uma interpretação que seja favorável a esse mercado.

O segundo capítulo tem a finalidade de apresentar as interseções econômicas na vida humana. Apresentar-se-á uma perspectiva sociológica e filosófica a respeito da entrada do mercado em esferas da vida que antes eram alheias à noção mercadológica e os reflexos dessa nova concepção na

¹⁷ BRASIL. *Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997*. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. São Paulo: Saraiva, 2016

¹⁸ ABTO. *Entenda a doação de órgãos*. Brasil: Associação Brasileira de Transplante de Órgãos, 2016.

¹⁹ SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 16.

construção da personalidade. Também será abordada a conexão entre mercado e eficiência, principalmente no sentido de averiguar se um mercado de órgãos e tecidos, necessariamente, aumenta a oferta.

Por fim, o terceiro capítulo abordará as questões éticas a respeito do mercado regulado de órgãos e tecidos humanos, analisando os principais argumentos contrários ao referido modelo. Serão apresentados parâmetros mínimos para um mercado que pretenda ser ético, bem como será estudado o caso do Irã, em razão de ser o único país a ter regulamentado um mercado de rins *inter vivos* com preocupações morais.

Ao final, espera-se reunir e correlacionar as conclusões jurídicas, econômicas e éticas para apresentar um veredito sobre a possibilidade da fundamentação racional de um mercado regulado de órgãos e tecidos humanos.

A inegabilidade dos pontos de partida

O estudo do Direito pode ser realizado por meio de diferentes perspectivas. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a partir dos ensinamentos de Theodor Viehweg, apresenta um dos enfoques possíveis, representado na dicotomia entre zetética e dogmática.

A zetética tem sua origem no vocábulo *zetein*, tendo como significado perquirir, investigar, ao passo que a dogmática tem sua origem no vocábulo *dokein*, tendo como significado ensinar, doutrinar. O estudo da etimologia dessas palavras tem o condão de apresentar a principal diferença entre os dois enfoques: enquanto a zetética está voltada à pergunta, com seus conceitos básicos, premissas e princípios abertos à dúvida, caracterizando-se por seu caráter hipotético e problemático, a dogmática está voltada à resposta, com seus conceitos básicos, premissas e princípios estabelecidos com rigidez, caracterizando-se por seu caráter voltado à decidibilidade. A zetética desintegra opiniões, colocando-as em dúvida, enquanto a dogmática releva o ato de opinar. O enfoque zetético tem função especulativa explícita e levanta questões infinitas, ao passo que o enfoque dogmático tem função diretiva e levanta questões finitas. Zetética é *ser*, dogmática *dever-ser*.¹ Exemplifica-se a partir de uma situação hipotética:

Sócrates estava sentado à porta de sua casa. Nesse momento, passa um homem correndo e atrás dele vem um grupo de soldados. Um dos soldados então grita: agarre esse sujeito, ele é um ladrão! Ao que responde Sócrates: que você

¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

entende por “ladrão”? Nota-se aqui dois enfoques: o do soldado que parte da premissa de que o significado de ladrão é uma questão já definida, uma solução já dada, sendo seu problema agarrá-lo; e o de Sócrates, para quem a premissa é duvidosa e merece um questionamento prévio.²

Certamente, caminha-se rumo a um paradigma não positivista de Direito. Isso significa, sobretudo, constatar a falência do método lógico-dedutivo de interpretação das normas, do modelo centrado unicamente em regras, da lei como início e fim da atividade jurídica. As normas positivadas representam um inegável ponto de partida para o processo de criação, interpretação e aplicação do Direito – que não se esgota nessa dimensão. O Direito é uma prática que se constrói na vivência, na argumentação e na casuística. Dessa maneira, também possui uma inegável abertura a outros sistemas e aos princípios, possibilitando uma reconstrução permanente das suas teorias, conceitos e normas.

Por essas razões, a dicotomia radical e absoluta entre zetética e dogmática não representa uma distinção sensível ao novo paradigma que se afirma. Entende-se que seria mais razoável pensar em uma relação de complementariedade entre esses conceitos, na medida em que cada situação concreta pode exprimir a prevalência de determinado enfoque. O Direito se perfaz em uma relação dialógica entre razões dogmáticas e zetéticas com a finalidade de encontrar a solução correta para cada caso. Assim, trata-se de uma distinção muito mais direcionada a questões pragmáticas e didáticas – o que não diminui sua utilidade e importância.

Ao longo da pesquisa, ficará evidente o seu enfoque zetético, uma vez que possui como objetivo central o questionamento das premissas que proíbem o uso comercial do corpo, suas partes e substâncias, com destaque ao mercado regulado de órgãos e tecidos humanos. Porém, antes de questionar a validade dessas premissas, faz-se necessário apresentá-las.

² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.40.

2.1 Panorama legislativo

Neste tópico serão apresentadas as principais normas vigentes no ordenamento jurídico brasileiro sobre a temática do mercado de órgãos e tecidos humanos, além daquelas referentes à comercialização do corpo, suas partes e substâncias. O objetivo é simples: demonstrar que o ordenamento jurídico brasileiro adota uma posição contrária a qualquer tipo de utilização econômica do corpo humano. Trata-se de um posicionamento cristalino e expresso nos mais variados níveis normativos, desde a Constituição da República até legislações específicas, como a Lei de Doação de Órgãos ou a Lei de Biossegurança.

Poder-se-ia analisar documentos internacionais sobre a temática, como a Declaração de Istambul (2008); o Acordo do Conselho da Europa sobre a luta contra o tráfico de órgãos humanos (2014); ou as diversas resoluções da Organização Mundial de Saúde (OMS). Isso não será feito por algumas razões: a primeira é a desnecessidade dessa análise para a verificação do objetivo proposto, uma vez que as normas incorporadas e vigentes no ordenamento jurídico brasileiro são suficientes para se alcançar um veredito. Uma segunda razão é o fato de tratarem sobre o tráfico e o turismo de órgãos e tecidos humanos, não se enquadrando no recorte metodológico delimitado nesta pesquisa. Por fim, os referidos documentos estabelecem preceitos muito similares: proibição de qualquer tipo de comercialização de órgãos, tecidos e partes do corpo humano; necessidade dos países tomarem medidas para combater e evitar o tráfico e o turismo nos transplantes; necessidade de proteção dos pobres e vulneráveis contra essa prática; fortalecimento e incentivo à solidariedade e altruísmo nas doações.

Para exemplificar, apresenta-se um dos princípios orientadores dos transplantes de órgãos e tecidos humanos, extraído de importante documento desenvolvido pela OMS e que serviu de base para muitas legislações internacionais sobre o assunto:

Princípio orientador 5: Células, tecidos e órgãos apenas devem ser doados livremente, sem qualquer pagamento monetário ou outra recompensa de valor monetário. A compra ou o oferecimento de células, tecidos ou órgãos para transplante, assim como sua venda por pessoas vivas ou por parentes próximos das pessoas falecidas, devem ser banidos. A proibição de venda ou compra de células, tecidos e órgãos não impede o reembolso das despesas razoáveis e verificáveis incorridas pelo doador, incluindo a perda de renda, o pagamento dos custos de recuperação, o processamento, a preservação e o fornecimento de células, tecidos ou órgãos para transplantes.³

Ainda é importante destacar que a Lei de Doação de Órgãos (Lei n. 9.434/1997) não será apresentada em toda sua extensão, com seus procedimentos, peculiaridades, acertos e erros – o que demandaria um trabalho por si só.⁴ A exposição desse tópico será realizada da maneira mais simples e direta possível, sendo analisados os principais dispositivos que tratam sobre a mercantilização do corpo, suas partes e substâncias, além dos aspectos teóricos que sejam indispensáveis para a compreensão jurídica do tema, visto que a proposta consiste em estabelecer os inegáveis pontos de partida para um posterior debate com uma argumentação mais abrangente.

2.1.1 Constituição da República

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88) é muito clara e específica ao tratar da comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas:

³ WHO. *Guiding principles on human cell, tissue and organ transplantation*. Acesso em 28 out. 2016, tradução nossa: “Guiding principle 5: Cells, tissues and organs should only be donated freely, without any monetary payment or other reward of monetary value. Purchasing, or offering to purchase, cells, tissues or organs for transplantation, or their sale by living persons or by the next of kin for deceased persons, should be banned. The prohibition on sale or purchase of cells, tissues and organs does not preclude reimbursing reasonable and verifiable expenses incurred by the donor, including loss of income, or paying the costs of recovering, processing, preserving and supplying human cells, tissues or organs for transplantation”.

⁴ Sobre a Lei de Doação de Órgãos brasileira cf. SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito e Direito ao próprio corpo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003; SÁ, Maria de Fátima Freire de; SOUZA, Lara Antunes de. Panorama atual da legislação brasileira sobre doação e transplante de órgãos. In: Carlos María Romeo-Casabona; Maria de Fátima Freire de Sá (Org.). *Direito Biomédico*: Espanha-Brasil, volume 1, p. 319-333. Belo Horizonte: Editora Puc Minas, 2011.

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, *sendo vedado todo tipo de comercialização*.⁵

Percebe-se que há uma proibição específica e expressa em nível constitucional sobre a comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas. Trata-se de uma norma que concede pouca ou nenhuma abertura ao intérprete, aproximando-se do modelo normativo das regras. Assim, em uma primeira abordagem, esse preceito constitucional deveria ser aplicado de maneira *tudo ou nada*, conforme ensina Ronald Dworkin.⁶

Contudo, no julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.512-6 houve uma pequena relativização desse mandamento constitucional, especialmente em relação ao que se entende por comercialização. Trata-se de uma ação proposta pelo governador do estado do Espírito Santo contra a Lei Estadual n. 7.735/2004 que permitiu o pagamento de meia entrada aos doadores regulares de sangue em todos locais públicos de cultura, esporte e lazer mantidos pelas entidades e órgãos das administrações direta e indireta do estado do Espírito Santo. O principal argumento utilizado para questionar a validade dessa Lei foi o art. 199, § 4º da CR/88, alegando que a Constituição da República, “ao vedar todo o tipo de comercialização de sangue, proíbe qualquer forma de instituição de benefício financeiro como recompensa pela doação de sangue, mesmo que indiretamente”.⁷

O Procurador Geral da República se manifestou no sentido de que a Lei apenas incentiva a prática da doação de sangue, sem que isso indique uma permissão para a sua comercialização. No mesmo sentido foi o posicionamento do Ministro Eros Grau, relator do processo:

⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2016, grifo nosso.

⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.512-6 Espírito Santo. Ministro Relator: Eros Grau. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília: 15 fev. 2006, p. 94.

Ora, o § 4º do artigo 199 da Constituição do Brasil estabelece que a lei disporá sobre condições e requisitos que facilitem a coleta de sangue. Veda todo tipo de comercialização, mas admite o estímulo à coleta de sangue. A lei referida pelo preceito será tanto a federal quanto a estadual. Assim, o que Estado do Espírito Santo faz através da lei atacada é estimular doações de sangue, atuando sobre o chamado domínio econômico por indução.⁸

O domínio econômico por indução seria caracterizado por estímulos ou incentivos de “[...] toda ordem, oferecidos pela lei, a quem participe de determinada atividade de interesse geral e patrocinada, ou não, pelo Estado”.⁹ Trata-se de um convite, em contraposição a um comando normativo. O destinatário da norma tem a opção de aderir à prescrição legislativa, porém, uma vez optado pela adesão, terá direito aos benefícios previstos. Ao final, conclui o relator que não há nenhuma violação ao art. 199, § 4º da CR/88.

Trata-se de um importante julgado, uma vez que estabelece que “estímulos de toda ordem”, inclusive incentivos com reflexos econômicos, não caracterizam uma maneira de comercialização dos bens tutelados pela norma constitucional em debate. Desse modo, abre-se um importante precedente para, em demandas futuras, permitir benefícios indiretos como meios legítimos para incentivar a doação de órgãos e tecidos humanos. Exemplos dos benefícios indiretos seriam: o pagamento dos custos do funeral na doação *post mortem*; a redução das tarifas elétricas, postais e telefônicas; o acesso privilegiado aos serviços públicos; e outros.¹⁰

A decisão foi acompanhada por todos os demais membros da corte, com exceção do Ministro Marco Aurélio que, sem aprofundar seu raciocínio, entendeu que o desconto de meia entrada para doadores regulares de

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.512-6 Espírito Santo. Ministro Relator: Eros Grau. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília: 15 fev. 2006, p. 100.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.512-6 Espírito Santo. Ministro Relator: Eros Grau. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília: 15 fev. 2006, p. 101.

¹⁰ BERLINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei. *O mercado humano: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo*. 2. ed. Brasília: Editora UnB, 2001, p. 131 e 181.

sangue seria uma forma de remuneração, violando a norma constitucional em análise.

2.1.2 Código Civil

Para analisar as normas jurídicas do Código Civil de 2002 (CC/02) relacionadas com a temática do mercado regulado de órgãos e tecidos humanos, faz-se necessário estabelecer breves considerações acerca dos direitos da personalidade, uma vez que representam o principal aporte teórico para a permissão ou proibição do uso comercial do próprio corpo.¹¹

A primeira questão que surge é referente ao que se entende por direitos da personalidade. Orlando Gomes ensina que “[..] são direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade”.¹² Na definição de Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves, os direitos da personalidade “[...] são aqueles que têm por objeto os diversos aspectos da pessoa humana, caracterizando-a em sua individualidade e servindo de base para uma vida digna”.¹³ Dessa maneira, entende-se que os direitos da personalidade são aqueles que possibilitam e protegem o livre desenvolvimento da pessoa enquanto ser criativo, autônomo e digno. Por meio da proteção e do exercício desses direitos, estabelece-se uma esfera intangível para que cada pessoa se torne o que escolha ser, partindo de concepções autênticas de vida boa em busca da afirmação de identidades pessoais.¹⁴

¹¹ Parte do que será exposto nesse tópico também pode ser encontrado em: OLIVEIRA, Lucas Costa de. Seriam os direitos da personalidade mercadorias? Reflexões sobre a existência de um mercado de direitos existenciais. In: *Direito Civil Contemporâneo II*. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

¹² GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 153.

¹³ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 49.

¹⁴ STANCIOLI, Brunello. *Renúncia ao exercício de direitos da personalidade* (ou como alguém se torna o que quiser). Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

Pietro Perlingieri aponta duas concepções relevantes no debate sobre os direitos da personalidade. Uma reconhece um direito geral da personalidade, ao passo que a outra reconhece uma pluralidade de direitos da personalidade. A pluralidade pode consistir em uma série aberta de direitos (atipicidade), ou ainda consistir em uma série fechada de direitos (tipicidade). Conclui o civilista italiano no seguinte sentido:

Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre exercício da vida de relações. Nenhuma previsão especial pode ser exaustiva e deixaria de fora algumas manifestações e exigências da pessoa que, mesmo com o progredir da sociedade, exigem uma consideração positiva.¹⁵

Outro ponto de grande relevância diz respeito ao conceito de direitos da personalidade, direitos fundamentais e direitos humanos. Quais são as diferenças e semelhanças entre esses termos? Ao estudar a diferença entre direitos da personalidade e direitos fundamentais, Brunello Stancioli analisa o critério formal e o critério da pertinência da norma.¹⁶ Pelo primeiro critério, direitos fundamentais seriam aqueles estabelecidos sobre a nomenclatura “direitos fundamentais”, ao passo que direitos da personalidade seriam aqueles estabelecidos sobre a nomenclatura “direitos da personalidade”. Trata-se de um critério formalista que tenta estabelecer a distinção pela localização normativa dos direitos. Esse critério é apontado como inconsistente, na medida em que existem diversas disposições desses direitos espalhadas ao longo do ordenamento jurídico. Pelo segundo critério, os direitos fundamentais seriam entendidos como comandos direcionados ao legislador, enquanto os direitos da personalidade seriam comandos direcionados à pessoa. Não obstante, sabe-se que os direitos fundamentais também se aplicam aos particulares na

¹⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

¹⁶ STANCIOLI, Brunello. *Renúncia ao exercício de direitos da personalidade* (ou como alguém se torna o que quiser). Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 5-17.

chamada eficácia horizontal ou “*drittwirkung*”, conforme tese defendida, dentre outros, por Robert Alexy: “[...] as normas de direitos fundamentais também têm influência na relação cidadão/cidadão. Essa influência é especialmente clara no caso dos direitos em face da Justiça Civil”.¹⁷ Assim, o critério da pertinência da norma seria anacrônico e simplório. Por essa razão, a posição adotada por Anderson Schreiber parece ser satisfatória:

A ampla variedade de termos não deve gerar confusões. Todas essas diferentes designações destinam-se a contemplar atributos da personalidade humana merecedores de proteção jurídica. O que muda é tão somente o plano em que a personalidade humana se manifesta. Assim, a expressão direitos humanos é mais utilizada no plano internacional, independentemente, portanto, do modo como cada Estado nacional regula a matéria. Direitos fundamentais, por sua vez, é o termo normalmente empregado para designar “direitos positivados numa constituição de um determinado Estado”. É, por isso mesmo, a terminologia que tem sido preferida para tratar da proteção da pessoa humana no campo do direito público, em face da atuação do poder estatal. Já a expressão direitos da personalidade é empregada na alusão aos atributos humanos que exigem especial proteção no campo das relações privadas, ou seja, na interação entre particulares, sem embargo de encontrarem também fundamento constitucional e proteção nos planos nacional e internacional. Trata-se, como se vê, do mesmíssimo fenômeno encarado por facetas variadas. O valor tutelado é idêntico e unitário: a dignidade humana.¹⁸

Desse modo, nos limites dessa pesquisa será adotado o entendimento de que tais termos não possuem diferenças suficientes para justificar um tratamento apartado, uma vez que o elemento caracterizador desses direitos é o seu conteúdo – e não sua forma. Trata-se, portanto, de um critério teleológico, na medida em que todos têm uma finalidade comum: a proteção da pessoa e da dignidade humana.

¹⁷ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 524.

¹⁸SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 13.

Um último ponto merece atenção: as características atribuídas aos direitos da personalidade. Tais direitos são apontados como absolutos, necessários, vitalícios, intransmissíveis, irrenunciáveis, extrapatrimoniais, imprescritíveis e impenhoráveis. Dentre essas características, duas se destacam para o estudo do tema proposto: a intransmissibilidade e a extrapatrimonialidade. Caio Mário da Silva Pereira entende que são intransmissíveis “[...] porque o indivíduo goza de seus atributos, sendo inválida toda tentativa de sua cessão a outrem, por ato gratuito como oneroso”.¹⁹ A extrapatrimonialidade, por sua vez, indica que “[...] apesar de os direitos da personalidade poderem produzir consequências econômicas, eles não são passíveis de aferição ou avaliação quantitativa nesta esfera”.²⁰ É o que se extrai dos seguintes artigos do Código Civil de 2002:

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são *intransmissíveis e irrenunciáveis*, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 13. Salvo por exigência médica, é *defeso o ato de disposição do próprio corpo*, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. *Parágrafo único.* O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a *disposição gratuita do próprio corpo*, no todo ou em parte, para depois da morte. *Parágrafo único.* O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.²¹

A partir da interpretação desses dispositivos, percebe-se que existe uma exigência de intransmissibilidade, indisponibilidade e extrapatrimonialidade em relação aos direitos da personalidade, com exceção dos casos previstos em lei. O caso mais evidente é apresentado no próprio diploma civilista: o transplante de órgãos e tecidos humanos. Ora, a doação de um rim representa um ato de disposição do próprio corpo, embora seja permitido na forma estabelecida pela Lei – ou seja, sem nenhum tipo de

¹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Volume I. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 242.

²⁰ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 64.

²¹ BRASIL. *Código Civil de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2016, grifo nosso.

mercantilização no procedimento. Outro exemplo é a possibilidade de cessão, gratuita ou onerosa, durante determinado lapso temporal, do direito à imagem. Logo, pode-se afirmar que são características que podem ser relativizadas pelo próprio Direito, seja por meio do processo legislativo, ou em razão de decisões judiciais em casos específicos. Interessante notar que, mesmo após a morte, exige-se que a disposição do corpo ocorra de maneira altruística, rompendo com qualquer possibilidade de caracterização do mercado *post mortem* de órgãos e tecidos humanos.

De todo modo, existem inúmeras críticas direcionadas aos preceitos consolidados por esses dispositivos, principalmente com fundamento na autonomia corporal – que será estudada em momento oportuno. Assim sendo, fica determinado o ponto de partida do Código Civil de 2002: a vedação da disposição econômica do próprio corpo e suas partes em vida e após a morte.

2.1.3 Lei de Doação de Órgãos

Como já mencionado, o objetivo ao estudar a Lei n. 9.434/1997 – Lei de Doação de Órgãos – não é fazer um estudo aprofundado sobre o funcionamento do sistema de transplante vigente no Brasil, mas apenas apresentar os dispositivos normativos relacionados à comercialização de órgãos, tecidos e partes do corpo humano.

Seguindo a mesma orientação da CR/88 e do CC/02, a Lei de Doação de Órgãos estabelece em seu primeiro artigo que somente a disposição *gratuita* é permitida e tutelada pela legislação. A grande diferença é a criminalização da prática: a partir da Lei n. 9.434/1997 houve a tipificação da conduta de comprar ou vender órgãos, tecidos e partes do corpo humano, atribuindo ao seu descumprimento uma pena de reclusão de três a oito anos e multa de 200 a 360 dias-multa:

Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: Pena – reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa. *Parágrafo*

único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou auferir qualquer vantagem com a transação.²²

Observa-se que não há espaço para o processo de interpretação ou debate do tipo penal em questão. Poder-se-ia, eventualmente, levantar a possibilidade de aplicação da excludente de ilicitude calcada no consentimento do ofendido. O consentimento do ofendido é “[...] uma causa supralegal e limitada de exclusão da antijuridicidade, permitindo que o titular de um bem ou interesse protegido, considerado disponível, concorde, livremente, com a sua perda”.²³ Trata-se de uma causa não prevista expressamente no Código Penal, sendo uma construção doutrinária e jurisprudencial. Destaca-se que há controvérsias sobre a sua existência e aplicação, todavia, o entendimento majoritário é em sentido favorável.

São requisitos essenciais para que se possa reconhecer a ausência de ilicitude pelo consentimento do ofendido: concordância do ofendido; consentimento dado de maneira explícita ou implícita; capacidade para consentir; disponibilidade do bem ou interesse; consentimento dado antes ou durante a prática da conduta do agente; consentimento revogável a qualquer tempo; e o conhecimento do agente acerca do consentimento do ofendido.²⁴

O ponto crucial se trata do requisito da disponibilidade do bem ou interesse. Entende-se que a caracterização da indisponibilidade só poderá se aferida caso a caso, levando em consideração os interesses e concepções morais da própria pessoa. Interessante o posicionamento de Guilherme Nucci ao tratar da vida como bem (in)disponível nos casos de eutanásia e suicídio assistido: “Nota-se, pois, que somente o caso concreto poderia determinar a melhor solução para o caso, sem que se fixe, de antemão, ser a

²² BRASIL. *Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997*. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. São Paulo: Saraiva, 2016.

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 257.

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, passim.

vida, sempre, bem indisponível”.²⁵ O mesmo raciocínio poderia ser estendido à noção de integridade física, buscando a relativização da indisponibilidade – mas se trata de uma linha argumentativa pouco provável no contexto de aplicação de normas penais.

Não obstante essas considerações, o fato é que a Lei de Doação de Órgãos avança em relação às demais normas sobre compra e venda de órgãos, tecidos e partes do corpo, na medida em que atribui ao Direito Penal a tutela desses bens jurídicos.

2.1.4 Análise abrangente da legislação

Ainda que não tratem especificamente sobre o mercado de órgãos e tecidos humanos, outras leis e resoluções perpassam sobre temáticas relevantes, tais como a (im)possibilidade de comercialização de sangue, embriões e gametas, ou de remuneração nos casos de gestação de substituição.

A Lei n. 10.205/2001 – Lei de Doação de Sangue – dispõe sobre a captação, proteção ao doador e ao receptor, coleta, processamento, estocagem, distribuição e transfusão do sangue, de seus componentes e derivados. Logo em seu primeiro artigo, determina que é “[...] vedada a compra, venda ou qualquer outro tipo de comercialização do sangue, componentes e hemoderivados, em todo o território nacional, seja por pessoas físicas ou jurídicas, em caráter eventual ou permanente”.²⁶

Ao longo da legislação, é possível encontrar diversos dispositivos que estipulam a necessidade de a prática ser totalmente voluntária, altruística e não remunerada. O maior exemplo se extrai dos princípios e diretrizes previstos para a Política Nacional de Sangue:

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 258.

²⁶ BRASIL. *Lei n. 10.205, de 21 de março de 2001*. Regulamenta o § 4º do art. 199 da Constituição Federal, relativo à coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e derivados, estabelece o ordenamento institucional indispensável à execução adequada dessas atividades, e dá outras providências. São Paulo: Saraiva, 2016.

Art. 14. A Política Nacional de Sangue, Componentes e Hemoderivados rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes:

- I- universalização do atendimento à população;
- II- utilização exclusiva da *doação voluntária, não remunerada*, do sangue, cabendo ao poder público estimulá-la como ato relevante de solidariedade humana e compromisso social;
- III- *proibição de remuneração* ao doador pela doação de sangue;
- IV- *proibição da comercialização* da coleta, processamento, estocagem, distribuição e transfusão do sangue, componentes e hemoderivados.²⁷

A única exceção prevista na Lei de Doação de Sangue é a possibilidade de cobrança de valores referentes a insumos, materiais, exames laboratoriais, bem como honorários por serviços médicos prestados na assistência aos pacientes e doadores (art. 2º, parágrafo único).

No mesmo sentido, a Lei n. 11.105/2005 – Lei de Biossegurança – proíbe a comercialização de células-tronco e embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*. Atribui-se ao seu descumprimento a mesma punição prevista para o crime de compra e venda de órgãos: pena de reclusão de três a oito anos e multa (art. 5º, parágrafo 3º).²⁸

Por fim, tem-se a Resolução n. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina sobre doação de gametas, embriões e gestação de substituição. Na seção IV, ponto 1, fica estabelecido que a doação de gametas ou embriões “[...] não poderá ter caráter lucrativo ou comercial”. Já a seção VII, ponto 2, dispõe que a “[...] doação temporária de útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial”.²⁹

²⁷ BRASIL. *Lei n. 10.205, de 21 de março de 2001*. Regulamenta o § 4º do art. 199 da Constituição Federal, relativo à coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e derivados, estabelece o ordenamento institucional indispensável à execução adequada dessas atividades, e dá outras providências. São Paulo: Saraiva, 2016. Grifo nosso.

²⁸ BRASIL. *Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005*. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB. São Paulo: Saraiva, 2016.

²⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM n. 2.168, de 21 de setembro de 2017*. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Acesso em 3 abr. 2018.

Entretanto, a Resolução do Conselho Federal de Medicina não pode ser entendida como Lei em sentido estrito, mas apenas como norma deontológica direcionada aos médicos. Por essa razão, após analisar as demais normas do ordenamento jurídico brasileiro, Brunello Stancioli afirma que não há crime previsto para a compra e venda de óvulos.³⁰

Dessa maneira, o estudo das normas vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, desde a Constituição, passando pelo Código Civil, Lei de Doação de Órgãos, Lei de Doação de Sangue, Lei de Biossegurança e Resolução do CFM, é suficiente para apreender o espírito normativo sobre a matéria em questão. Eis o inegável ponto de partida: o Direito positivo brasileiro proíbe qualquer tipo de mercantilização de órgãos, tecidos e partes do corpo humano.

2.2 Uma perspectiva a partir da autonomia privada

Até o presente momento, procurou-se estabelecer os inegáveis pontos de partida para o debate sobre o mercado regulado de órgãos e tecidos humanos, demonstrando-se a proibição normativa expressa em diversos níveis do ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, vivencia-se um caminhar rumo a um novo paradigma de Direito. Esse paradigma possibilita a reconstrução das normas positivadas a partir da argumentação, do caso concreto, da abertura para outros sistemas. Assim, deve-se questionar: é impossível que um mercado de direitos existenciais, em determinadas circunstâncias, represente uma afirmação de autonomia, dignidade e pessoalidade?

A resposta para tal questionamento é complexa e constitui o objetivo central da presente pesquisa, perpassando por razões jurídicas, econômicas e éticas. Partindo das razões jurídicas, entende-se que a única possibilidade de relativização e reconstrução das premissas dogmáticas estabelecidas ocorre pela aplicação do princípio da autonomia privada. Como se sabe, o

³⁰ STANCIOLI, Brunello. Geração X: lei não prevê crime para compra de óvulos. *Consultor Jurídico*, 2013.

esforço argumentativo recai sobre aquele que questiona a validade das normas postas, motivo pelo qual haverá uma atenção maior no desenvolvimento desse ponto. De mais a mais, além de representar o eixo central da argumentação jurídica, a autonomia também representa o principal argumento ético favorável ao mercado regulado de órgãos e tecidos humanos – o que justifica a relevância do estudo aqui realizado.

Pensar sobre o princípio da autonomia privada é uma tarefa em constante tensão: autonomia e heteronomia, privado e público, liberdade e alteridade, “Eu” e “Tu”. Ter autonomia é ter a possibilidade de desenvolver uma personalidade, de viver sob a própria percepção de vida boa, é emergir como ser pensante, dialógico, biográfico, humano. Assim, a concepção de autonomia se entrelaça à concepção de pessoa – criativa, livre, em eterna construção. É a partir dessa compreensão que se pretende apresentar as reflexões sobre o princípio da autonomia privada, sempre em harmonia com o paradigma do Estado Democrático de Direito e reconhecendo suas tensões imanentes.³¹

2.2.1 Breves apontamentos históricos

O conceito de autonomia não permaneceu linear durante a história. Assim, não existe a autonomia, mas apenas uma interpretação sobre a autonomia. Faz-se necessário distinguir as variadas abordagens no estudo da autonomia, dentre as quais destacam-se a filosófica, a sociológica e a jurídica. Mesmo compreendendo a conexão entre as diversas abordagens, e sabendo que não há verdadeiro conhecimento que seja compartimentado, neste ponto, adotar-se-á um enfoque predominantemente filosófico e sociológico. São dois os objetivos: o primeiro é situar o leitor na narrativa histórica do conceito; o segundo é construir um pano de fundo para o desenvolvimento de uma perspectiva adequada ao Estado Democrático de

³¹ Parte do que será exposto nesse ponto também pode ser encontrado em: OLIVEIRA, Lucas Costa de. Reflexões sobre o princípio da autonomia privada. In: Leonardo Macedo Poli; Fernanda São José (Org.). *Direito Civil na contemporaneidade*, p. 249-273. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

Direito. Sobre a historicidade dos conceitos normativos e valorativos, Alasdair MacIntyre esclarece que

[...] os conceitos normativos e valorativos, as máximas, as argumentações e os juízos sobre os quais o moral filósofo pesquisa –, não serão encontrados em lugar nenhum, a não ser dentro da vida histórica de determinados grupos sociais e, assim, possuem as características peculiares da existência histórica: tanto a identidade quanto a mudança no decorrer do tempo, a expressão nas práticas institucionalizadas, bem como no discurso, interação e inter-relação com uma série de formas de atividades.³²

O recorte será realizado em três períodos históricos: a antiguidade, a modernidade e a contemporaneidade. Em cada um desses períodos foi escolhido o pensamento de um filósofo que tenha contribuído de maneira fundamental para o conceito de autonomia. Desse modo, Aristóteles, Kant e Habermas serão as referências de cada época estudada. Vale ressaltar que a intenção não é esgotar o tema, mas apenas estabelecer um pano de fundo para as próximas argumentações.

2.2.1.1 Antiguidade

O conceito “autonomia” surge na antiguidade grega a partir da união dos termos *autos* (a si) e *nomos* (regra ou lei). Interessante notar que o conceito foi aplicado inicialmente às cidades-estados, na medida em que estas somente teriam autonomia quando os cidadãos tivessem a capacidade de se atribuírem regras próprias, em oposição a um ambiente controlado pelo estrangeiro.³³ Nesse sentido, Soraya Nour:

Autonomia, enquanto o direito de se determinar independentemente de outro poder, é categoria política central da Grécia antiga desde o século V a.C. Heródoto (*Histórias*, 460 a.C), ao tratar da luta dos Medos com os Assírios, define

³² MACINTYRE, Alasdair. *Depois da virtude*: um estudo em teoria moral. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: EDUSC, 2001, p. 446.

³³ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Das necessidades humanas aos direitos*: ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

autonomia, em sentido amplo, como liberdade interna (ao contrário de tirania) e externa (ao contrário da dependência de um dominador estrangeiro).³⁴

A antiguidade possui uma característica peculiar: a plena inserção do homem no meio em que vive. É nesse sentido que Aristóteles pensa o *politikon zôon*, o homem enquanto animal político, que tem sua vivência e desenvolve suas virtudes na *polis*. Entende-se, porém, que a antiguidade não foi um período homogêneo, existindo ao menos três fases em que é possível identificar um ganho de autonomia dos cidadãos.

Na fase Homérica ou da sociedade heroica, a proximidade entre o ser e a coletividade (casa, clã, tribo, cidade, nação, reino) era total e inevitável. Assim, “[...] o ser *era* uma circunstância, e não um *agir* segundo circunstâncias. Cada ser constituía-se em relação a um *telos*, a uma função inata; estava inserido e constringido por um destino que era coletivo e não individual”.³⁵ Percebe-se, portanto, que a noção de autonomia como agência não era uma referência conceitual nesse primeiro momento.

A partir de Aristóteles há uma maior abertura para o ser considerado individualmente, ainda que haja uma coletividade que determina a ordem moral objetiva e social, bem como o *telos* inerente a cada pessoa. O pensamento aristotélico entende que toda atividade, investigação ou prática tem como finalidade algum bem, entendido como *eudaimonia* – estado de estar bem e fazer o bem ao estar bem. O bem apenas é atingido a partir do desenvolvimento de certas virtudes,³⁶ e a falta delas frustra o caminhar a este fim.³⁷ Nesse ponto observa-se um ganho de autonomia da pessoa, pois a virtude é um exercício. Não se nasce virtuoso, torna-se virtuoso.

³⁴ NOUR, Soraya. Autonomia. In: Vicente de Paulo Barreto (org.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006, p. 76.

³⁵ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Das necessidades humanas aos direitos*: ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 41, grifos da autora.

³⁶ Segundo Aristóteles, virtudes são qualidades cujo exercício leva à conquista do *telos* humano. A virtude principal seria a *phronêsis*, significando, de maneira mais genérica, alguém que sabe como julgar em casos específicos. MACINTYRE, Alasdair. *Depois da virtude*: um estudo em teoria moral. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: EDUSC, 2001.

³⁷ MACINTYRE, Alasdair. *Depois da virtude*: um estudo em teoria moral. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: EDUSC, 2001, p. 446.

Contudo, ainda que o exercício das virtudes possibilitasse algum exercício de autonomia, o ser ainda se encontrava irremediavelmente ligado às estruturas coletivas. Dessa forma, Aristóteles “[...] afirma que a cidade-estado é a única forma política na qual as virtudes da vida humana podem ser genuína e totalmente expostas”.³⁸

Responsável por afastar as orientações do mundo homérico e aristotélico, Epicuro³⁹ “[...] inovará ao propor a ideia de *declinatio* (*clinamen*), rompendo com a formulação anterior do *devir irremediável* e da imutabilidade da matéria”.⁴⁰ Dessa maneira, possibilita a insurgência contra a fatalidade, a casualidade, o inevitável, o absoluto, o *fatum*. A partir do momento em que se torna possível o desvio do caminho que antes era inevitável, torna-se possível um exercício maior de autonomia, aqui entendida como liberdade de agir.

Conclui-se que o homem na antiguidade é, antes de mais nada, um ser social. É um ser que nasce em um ambiente em que cada um tem sua função específica e inata, onde todos são responsáveis por um destino que é coletivo. Nota-se um ganho crescente de autonomia ao estudar a fase homérica, aristotélica e epicurista, mas ainda fortemente vinculado à coletividade.

2.2.1.2 Modernidade

Na modernidade, a partir do pensamento de Immanuel Kant, há uma completa emersão do indivíduo perante a sociedade, a política, a história, a experiência. É nesse sentido que se fala em uma *metafísica dos costumes*. O único meio adequado para o indivíduo atingir sua grandeza moral seria

³⁸ MACINTYRE, Alasdair. *Depois da virtude: um estudo em teoria moral*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: EDUSC, 2001, p. 252.

³⁹ “O cerne da ética epicurista é a de que o bem moral consiste no prazer”. GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 43.

⁴⁰ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 43, grifos da autora.

através de sua razão, a partir de premissas *a priori*. Nesse sentido, Joaquim Carlos Salgado:

A rejeição da ética empírica funda-se na necessidade de uma ética cujos princípios sejam universais. E para serem universais, deve Kant demonstrar que são priori, que estão no próprio sujeito e, ao mesmo tempo, não pertencem à ordem das sensações. A exigência da universalidade de um princípio moral só pode partir da razão e, ao mesmo tempo, nela tem seu suporte.⁴¹

É com base nesse pensamento que Kant formula o seu imperativo categórico: “Age só, segundo uma máxima tal, que possas querer ao mesmo tempo que se torne lei universal”.⁴² Em complementação, existem os imperativos hipotéticos, que estabelecem condições para se atingir determinado fim. Para esses casos, a conduta somente será exigida em observância à finalidade proposta. Todavia, para todos que se propuserem a esta finalidade, o imperativo será válido.

A vontade tem um lugar central nessa lógica: “[...] o destino verdadeiro da razão deve ser o de produzir uma *vontade* boa, não em tal ou qual respeito, como *meio*, mas *boa* em si *mesma*, coisa para qual a razão era absolutamente necessária”.⁴³ A partir da vontade, Immanuel Kant apresenta o conceito de autonomia, entendida como a sujeição do indivíduo somente à sua vontade, à sua própria legislação – que é ao mesmo tempo individual e universal. Somente através da boa vontade, atingida por meio da racionalidade, que o indivíduo se torna digno. Nesse sentido, fala-se em uma autonomia da vontade:

A autonomia da vontade é a constituição da vontade, pela qual ela é para si mesma uma lei – independentemente de como forem constituídos os objetos do querer. O princípio da autonomia é, pois, não escolher de outro modo, mas

⁴¹ SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade*. Belo Horizonte: UFMG, 1986, p. 159.

⁴² KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Lourival de Queiroz Henkel. Rio de Janeiro: Ediouro, 1993, p. 70.

⁴³ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Lourival de Queiroz Henkel. Rio de Janeiro: Ediouro, 1993, p. 40, grifos do autor.

sim deste: que as máximas da escolha, no próprio querer, sejam ao mesmo tempo incluídas como lei universal.⁴⁴

Em outro extremo se encontra a heteronomia, “[...] quando a vontade procura a lei, que deve determiná-la, em *algum outro ponto* que não na aptidão de suas máximas para sua própria legislação universal”.⁴⁵ Destarte, heteronomia seria a vontade que não encontra seu fundamento única e exclusivamente no próprio indivíduo, através da sua razão, mas em vontades ou comandos alheios. Por essa razão, o agir heterônomo não seria dotado de valoração moral.

Interessante é a separação precisa entre Moral e Direito estabelecida por Kant. A Moral determina que algo seja realizado por ser bom em si mesmo, exigindo um cumprimento incondicional. O Direito, por outro lado, determina que algo seja realizado para se atingir um fim, exigindo um cumprimento hipotético. Dessa maneira, “[...] uma ação é *conforme o direito* quando permite, ou cuja máxima permite, a liberdade do arbítrio de cada um coexistir com a liberdade de todos segundo uma lei universal”.⁴⁶ Adiciona-se o fato do Direito estar sempre ligado à faculdade de coação.

Importante ainda apresentar a distinção entre agir por dever e agir conforme o dever. Bruno Torquato de Oliveira Naves explica a lógica desta dicotomia: “Agir por dever é guiar-se pela vontade, é uma escolha da razão. Agir conforme o dever, por uma inclinação natural, é deixar-se levar pela sensibilidade”.⁴⁷

Em consonância a essas breves anotações, o indivíduo kantiano se apresenta de maneira autossuficiente, sendo caracterizado como um ser

⁴⁴ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Lourival de Queiroz Henkel. Rio de Janeiro: Ediouro, 1993, p. 92.

⁴⁵ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Lourival de Queiroz Henkel. Rio de Janeiro: Ediouro, 1993, p. 92, grifos do autor.

⁴⁶ KANT, Immanuel. *La Metafísica de las Costumbres*. Tradução de Adela Cortina Orts. Madrid: Tecnos, 1999, p. 39, grifos do autor. Tradução nossa: “Una acción es *conforme a derecho* (recht) cuando permite, o cuya máxima permite a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal”.

⁴⁷ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *O direito pela perspectiva da autonomia privada: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014, p. 55.

detentor de uma inseparável autonomia da vontade, adquirida através da razão soberana, que possibilita uma legislação ao mesmo tempo individual e universal. O indivíduo kantiano tem dignidade enquanto tem autonomia, tem liberdade enquanto tem responsabilidade.

2.2.1.3 Contemporaneidade

Considerado um dos maiores filósofos da contemporaneidade, Jürgen Habermas possui uma obra abrangente. A escolha desse referencial se deu em virtude da importância do seu pensamento para a construção do Estado Democrático de Direito, bem como em razão do seu pensamento se contrapor às concepções formuladas por Kant.⁴⁸ Essa contraposição possibilita a percepção da transição de uma filosofia da consciência para uma filosofia da linguagem, tão necessária à contemporaneidade. O ponto que se pretende abordar é a tese da co-originalidade entre autonomia privada e autonomia pública.

Para compreender a tese da co-originalidade entre autonomia pública e privada, faz-se necessária a apresentação de algumas concepções centrais da teoria do discurso habermasiana. A razão comunicativa é o pano de fundo para a construção da teoria discursiva:

[...] a razão comunicativa, liberta dessa base moral, é capaz de se abrir ao mesmo tempo para discursos morais, éticos e pragmáticos. [...] Ela possui, por isso, um conteúdo normativo fraco na medida em que ‘prescreve’ que indivíduos que se comunicam, pelo meio da linguagem cotidiana, visando alcançar o entendimento mútuo, devem empreender determinadas idealizações. Apenas obriga os indivíduos comunicativamente atuantes a se comprometerem

⁴⁸ A contraposição entre o pensamento de Kant e Habermas não é absoluta. Segundo Alexandre Travessoni, a teoria do discurso “[...] trouxe o princípio de universalização de Kant para a roda do discurso, o que representa sua melhor adequação à realidade que vivemos; o teste de universalização, em sociedade plurais e complexas, em que interesses oriundos de diferentes projetos de vida colidem (e colidem mesmo quando legítimos), não pode ser monológico”. In TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. O rigorismo da ética de Kant e a situação ideal do discurso de Habermas – um ensaio comparativo. In: Alexandre Trivisonno; Jean-Christophe Merle (org.). *A moral e o direito em Kant: ensaios analíticos*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 56.

com pressupostos pragmáticos contrafactuais, cujo *telos* é o entendimento mútuo.⁴⁹

A partir dessa razão comunicativa, o sujeito passa a adotar um agir comunicativo, um agir voltado para um entendimento amplo. É nesse diapasão que se fala que a teoria habermasiana é uma teoria dialógica e intersubjetiva, tendo a linguagem como elemento mediador. Importante destacar que o agir comunicativo se desenvolve sempre nos limites do seu mundo de vida, entendido como um horizonte comum, um pano de fundo para o desenvolvimento do discurso. Assim, não se fala em ação comunicativa sem a concepção do mundo da vida, uma vez que “[...] na ação comunicativa, diz *Habermas*, os integrantes realizam seus planos de forma cooperativa através de uma definição comum da situação”.⁵⁰

Seguindo essa perspectiva, Habermas apresenta o princípio do discurso, segundo o qual “[...] são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”.⁵¹ A partir do princípio do discurso, extrai-se a relação de co-originalidade e complementariedade entre Moral e Direito. Tanto a Moral, quanto o Direito possuem como base o princípio do discurso, apesar de serem esferas normativas distintas. A Moral é regulada pelo *princípio moral*,⁵² ao passo que o Direito é regulado pelo *princípio da democracia*.⁵³

⁴⁹ REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Habermas e a desobediência civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 48-49.

⁵⁰ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Das necessidades humanas aos direitos*: ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 178.

⁵¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. Volume 1. Tradução de Flávio Beno Siebeneicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 142.

⁵² *Princípio Moral*: “Só é imparcial o ponto de vista a partir do qual são passíveis de universalização exatamente aquelas normas que, por encarnarem manifestadamente um interesse comum a todos os concernidos, merecem assentimento intersubjetivo”. HABERMAS, Jürgen *apud* REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Habermas e a desobediência civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 99.

⁵³ *Princípio da Democracia*: “[...] somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade. Volume 1. Tradução Flávio Beno Siebeneicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 145.

Tendo em vista essas considerações, pode-se fundamentar a tese da co-originalidade da autonomia privada e autonomia pública. Maria Fernanda Repolês elucida tal proposição:

[...] sem os direitos liberais clássicos, garantidores da autonomia privada, não haveria condições de instituição de um código (sistema de direitos) que institucionalizasse as condições de abertura de espaços de discussão e de formação da vontade política. Os indivíduos não teriam, pois, condições de exercer a sua autonomia enquanto cidadãos. Ao mesmo tempo, esses direitos subjetivos privados têm que ser divididos simetricamente, garantindo a igualdade de participação nos processos de formação de opinião e de vontade. E isso só é possível pela abertura de espaços em que essa simetria seja garantida. Como vimos, essa condição só é satisfeita através de um processo democrático que aposta na formação racional da vontade e da decisão políticas. Desse modo, a autonomia privada e pública se pressupõem mutuamente, e são co-originárias, uma não podendo sobrepor a outra.⁵⁴

A autonomia privada, na teoria de Habermas, apresenta-se de maneira indissociável da autonomia pública. O sujeito possui uma dimensão social, mas não se encontra totalmente imerso na sociedade, como se afirmou na antiguidade. Também apresenta uma dimensão individual, contudo não é um indivíduo autossuficiente, como se pensou na modernidade. Trata-se, portanto, de uma teoria que se afigura como um meio-termo entre as posições liberais e republicanas.

2.2.2 Autonomia da vontade e autonomia privada

Analisar a autonomia sob a perspectiva histórico-jurídica perpassa pela transição da noção de autonomia da vontade para autonomia privada. Mais que uma simples alteração terminológica, essa transição conceitual representa uma mudança paradigmática. A autonomia privada deve ser apresentada no contexto de superação da chamada crise do Direito Civil, nos aspectos de crise das instituições, crise da sistematização e crise da

⁵⁴ REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Habermas e a desobediência civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 111.

interpretação. César Fiúza esclarece que “[...] a palavra *crise* deve ser entendida num sentido positivo, como superação de paradigmas, *turning point*, virada”.⁵⁵

Para se falar em crise do Direito Civil é necessário indicar qual foi sua causa. O motor dessa transformação foi a mudança de paradigma gerada pela transição rumo ao Estado Democrático de Direito. Bernardo Gonçalves Fernandes elucida o significado de *paradigma*:

Os paradigmas são nesse sentido, a grade seletiva que esse pano de fundo submete o nosso olhar. São, portanto, o resultado de nossa condição humana (intramundana), sendo o modo que eu teria de recortar uma parte desse pano de fundo, retirar algo de lá e colocar no universo da discussão. Em síntese, o paradigma é uma condição de comunicação exatamente na medida em que redutor de complexidades básicas.⁵⁶

Com o advento do Estado Liberal a autonomia ganha contornos jurídicos mais precisos. É a partir desse momento que se desenvolve um pensamento jurídico mais refinado e sistematizado a respeito do que seria esta categoria. Desse modo, *autonomia da vontade* seria a possibilidade dos indivíduos se autorregularem na esfera particular. Essa concepção foi desenvolvida sob uma ótica eminentemente patrimonialista, sedimentada no brocardo “*pacta sunt servanda*”. A ideia era colocar o indivíduo em primazia face à sociedade, em uma esfera intocável, privada. Tal lógica se formou em virtude da incipiente economia burguesa e da consequente emancipação econômico-social desta classe. Ao Estado caberia a facilitação da circulação de riquezas produzidas na Europa de outrora, em uma concepção meramente formalista e abstencionista.

A vontade posta autonomamente, com pouca ou nenhuma limitação, gerou uma série de práticas abusivas, motivando uma grande exploração

⁵⁵ FIUZA, César. Crise e interpretação no Direito Civil da escola da exegese às teorias da argumentação. In: Bruno Torquato de Oliveira Naves; César Fiúza; Maria de Fátima Freire de Sá (org.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 23, grifos do autor.

⁵⁶ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 44.

do homem pelo homem – ou então, do homem pela vontade. É nesse contexto de injustiça que surge o Estado Social, guiado por uma visão predominantemente paternalista e intervencionista. Tendo em vista o paternalismo estatal, a massificação dos contratos e a industrialização da sociedade, a autonomia da vontade tem sua principiologia revisitada através do princípio da função social, da boa-fé objetiva e da dignidade da pessoa humana. Entretanto, o Estado se expande de tal maneira, que torna incerta a existência de uma autonomia para orientar os caminhos da vida privada.

A globalização, o surgimento de uma sociedade complexa, plural e de risco, bem como a crise da democracia representativa, são alguns dos fatores que levaram à crise dos paradigmas anteriores.⁵⁷ No Estado Democrático de Direito “[...] a concepção de direito não se limita a um mero formalismo como no primeiro paradigma, nem descamba para uma materialização totalizante como no segundo”.⁵⁸ Assim, seguindo a orientação habermasiana, o fundamento desse paradigma é o consenso, a razão comunicativa, a complementariedade entre autonomia pública e privada. A partir do paradigma do Estado Democrático de Direito é que se fala em crise do Direito Civil, preferindo-se a utilização do termo *autonomia privada*.

A crise da sistematização aponta a insuficiência do código em prever e solucionar todas as situações presentes no mundo da vida. Essa quebra da completude e autossuficiência presente na ideia de codificação surge com o aparecimento de microssistemas (e.g. Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente), bem como através da centralidade e da previsão de matérias de ordem privada na Constituição da República. Dessa forma, a autonomia privada deve buscar seus contornos não apenas na codificação civilista, mas também nos microssistemas, nas legislações esparsas e, principalmente, na CR/88.

⁵⁷ PEREIRA, Rodolfo Vianna. Estado Democrático de Direito. In: Alexandre Trivisonno (org.). *Dicionário de teoria e filosofia do direito*. São Paulo: LTr, 2011, p. 172.

⁵⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 213.

A *crise da interpretação* constata a falência na hermenêutica da Escola da Exegese e do Positivismo, que buscavam interpretar o Direito com um sistema fechado. O caminhar em direção a um não-positivismo impõe uma visão de sistema jurídico aberto, que deve ser interpretado com fundamento nos princípios constitucionais. Nesse sentido, a argumentação torna-se o ponto nevrálgico da hermenêutica jurídica, na medida em que não há uma resposta pronta, acabada, *a priori*. Dessa sorte, o conteúdo da autonomia privada não é dado de antemão, mas é construído no discurso, na argumentação.

A *crise da instituição* diz respeito ao fundamento do Direito Civil: a pessoa. Os institutos clássicos devem ser revisitados e interpretados com a finalidade única de promoção da pessoa enquanto ser livre, criativo, autônomo, digno e único. César Fiúza esclarece o sentido desta afirmação: “Diz-se que os pilares de sustentação do Direito Civil, família, propriedade e autonomia da vontade, deixaram de sê-lo. O único pilar que sustenta toda a estrutura é o ser humano, a dignidade da pessoa, sua promoção espiritual, social e econômica”.⁵⁹

Desse modo, a mudança terminológica se faz necessária para representar a mudança de um paradigma, para evidenciar a releitura do princípio da autonomia privada no contexto do Estado Democrático de Direito. Ademais, a autonomia não é *da vontade*, mas *da pessoa*.

2.2.3 Autonomia privada como princípio jurídico

Do ponto de vista ético, a autonomia se apresenta como um dos mais importantes princípios orientadores do agir prático. Do ponto de vista jurídico, a tese aqui defendida consiste na caracterização da autonomia privada como direito fundamental construído na forma de princípio jurídico. Para tanto, adotar-se-á a teoria dos princípios e a teoria dos direitos

⁵⁹ FIUZA, César. Crise e interpretação no Direito Civil da escola da exegese às teorias da argumentação. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 29.

fundamentais do jusfilósofo alemão Robert Alexy. A escolha se deu em razão da importância do seu pensamento no campo jurídico e filosófico hodierno, bem como em razão da sua teoria apresentar pontos de interseção com outras teorias contemporâneas do Direito, tais como a de Ronald Dworkin e de Jürgen Habermas.⁶⁰

O primeiro passo é a caracterização da autonomia privada como princípio jurídico. Assim, é mister realizar um esboço da teoria dos princípios do jusfilósofo alemão. Robert Alexy inicia o desenvolvimento de sua teoria dos princípios com a publicação do artigo “Sobre o conceito de princípio jurídico”, em 1979. Trata-se de uma preparação para a primeira grande aparição e sistematização da teoria dos princípios, em 1985, através da publicação da sua tese de habilitação “Teoria dos Direitos Fundamentais”. Ao longo de sua trajetória acadêmica foram escritos diversos artigos sobre o tema, nos quais foram desenvolvidos e reformulados aspectos de sua teoria. Dentre esses artigos destacam-se “A formula do peso”, de 2009, em que há um desenvolvimento dos critérios de ponderação, bem como “Princípios Formais”, de 2014, em que altera sua fórmula do peso adicionando o fator da certeza das premissas normativas.

Alexy parte da teoria dos princípios desenvolvida por Ronald Dworkin, principalmente no texto “O modelo de regras”. Dworkin constrói sua teoria dos princípios nas décadas de 1960 e 1970, pautada em uma crítica ao positivismo jurídico de Herbert L. A. Hart e, em um aspecto mais geral, à teoria dominante do direito, bem como ao utilitarismo.⁶¹ Duas teses são fundamentais no pensamento do jusfilósofo norte-americano: (1) O Direito, tal como proposto pelo positivismo jurídico, seria um modelo puro de regras, não abarcando a categoria dos princípios; (2) Esse modelo puro de regras levaria a um poder discricionário por parte do poder judiciário. Contra tal modelo, Dworkin apresenta um padrão normativo binário, no

⁶⁰ A escolha é também devida aos estudos da teoria de Robert Alexy nas aulas de Filosofia do Direito ministrada pelo professor Doutor Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno durante o primeiro semestre de 2015 do curso de pós-graduação *stricto sensu* em Direito da PUC-Minas. Destarte, grande parte do conteúdo aqui apresentado decorre de anotações das exposições do professor.

⁶¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

qual as regras possuem um caráter “tudo ou nada” e os princípios um caráter *prima facie*, apontando uma direção a ser seguida.

Importante evidenciar que a teoria dos princípios de Robert Alexy se desenvolve como forma de argumentação do discurso prático racional. Assim, toda a teoria tem como pano de fundo a teoria do discurso desenvolvida por Jürgen Habermas, não obstante às críticas realizadas em sua obra “Direito e Democracia: entre facticidade e validade” – a maioria delas respondidas por Alexy ao longo de sua carreira.

A partir das contribuições de Habermas e Dworkin, Robert Alexy aponta três critérios para a distinção entre regras e princípios, que poderiam ser considerados espécies do gênero norma jurídica: o critério quantitativo, o critério qualitativo e o critério do comportamento em caso de choque ou conflito. De acordo com o *primeiro critério*, princípios seriam normas mais gerais em comparação com as regras, principalmente em virtude da abstração dos seus conceitos e dos valores ali positivados – mas tal distinção não seria a fundamental. Pelo *critério qualitativo*, princípios seriam normas que podem ser cumpridas em graus, respeitando as condições fáticas e jurídicas. Seriam mandamentos ou comandos de otimização, também denominados de “dever ser ideal”. Regras, por sua vez, seriam mandamentos ou comandos definitivos, também entendidos como “dever ser real”. São normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Por fim, segundo o *critério do comportamento em caso de colisão*, os princípios teriam a solução no âmbito da ponderação em sentido amplo, ao passo que as regras teriam a solução no âmbito da validade.⁶²

Quando se fala em colisão entre princípios, surge a ideia de ponderação em sentido amplo. O procedimento da ponderação se realiza através da máxima da proporcionalidade e suas três máximas parciais, quais sejam, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Adequação e necessidade representam as condições fáticas da ponderação. A primeira refere-se à relação meio-fim, ao passo que a segunda se refere

⁶² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ao custo menos gravoso ou “ótimo de pareto”. A proporcionalidade em sentido estrito é referente às condições jurídicas da ponderação. A ponderação em sentido estrito somente ocorre nesta fase. Importante destacar que Robert Alexy desenvolve uma fórmula de peso com a finalidade de formalização e racionalização da ponderação, pela qual são analisados a intensidade da lesão de um princípio, o seu peso abstrato e a segurança das premissas empíricas e normativas.⁶³

Tendo em mente tais considerações, poderia a autonomia privada ser caracterizada como um princípio jurídico? Não há dúvida que a autonomia privada tem em seu conceito um alto grau de generalidade e abstração. A questão que se destaca é referente ao cumprimento em graus da autonomia privada, respeitando as condições fáticas e jurídicas. Ora, a autonomia na liberdade de contratar, na escolha de regime de bens, nas disposições testamentárias, na limitação de direitos da personalidade, na doação ou venda de órgãos, na possibilidade de eutanásia ou ortotanásia, não é exercida no mesmo grau. Pegue-se um exemplo: O artigo 1.639 do CC/02 dispõe que “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”.⁶⁴ O artigo 421 do CC/02, por sua vez, prevê que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.⁶⁵ Por fim, o artigo 13 do CC/02 determina que “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”.⁶⁶ Partindo de uma escala triádica, poder-se-ia propor que no primeiro caso há um cumprimento *alto* da autonomia privada, ao passo que no segundo caso haveria um cumprimento *médio*, no terceiro apenas um cumprimento *baixo*. Destarte,

⁶³ A partir do artigo “Princípios Formais”, de 2014, altera sua fórmula do peso adicionando o fator da certeza das premissas normativas. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

⁶⁴ BRASIL. *Código Civil de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁶⁵ BRASIL. *Código Civil de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁶⁶ BRASIL. *Código Civil de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2016.

partindo da teoria alexyana, pode-se caracterizar a autonomia privada como princípio.

A identificação do princípio da autonomia privada como direito fundamental perpassa, em um primeiro momento, pela caracterização da posição dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Robert Alexy entende que “[...] os direitos fundamentais regulam, em primeiro lugar, com o grau mais elevado, em segundo lugar, com a maior força executória, em terceiro lugar, os objetos de maior importância e, em quarto lugar, com a maior medida de abertura”.⁶⁷

O grau mais elevado representa a posição dos direitos fundamentais na estrutura escalonada do Direito, ou seja, o fato de esses direitos estarem regulamentados na Constituição. O princípio da autonomia privada não encontra previsão expressa na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Não obstante, é imperioso apontar que os direitos fundamentais não são somente aqueles literalmente expressos na Constituição. Nesse sentido, tem-se o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição da República: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.⁶⁸ Ademais, disposições como o artigo 5º, inciso II, dispendo que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”,⁶⁹ bem como o inciso IV dispendo que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”,⁷⁰ são verdadeiros desdobramentos do princípio da autonomia privada.⁷¹

A maior força executória indica a força completa dos direitos fundamentais, vinculando, como direito imediatamente válido, a legislação, o poder executivo e a jurisdição. Desta maneira, segundo Alexy, “[...] antes

⁶⁷ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Organização, tradução e estudo introdutório por Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 127.

⁶⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁶⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁷⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁷¹ Poder-se-ia citar ainda o art. 5º, incisos VI, VII, XIII, XVI, XVII, XVIII, XIX, LXVIII e outros da CR/88.

valia: direitos fundamentais somente no âmbito da lei; hoje se diz: lei somente no âmbito dos direitos fundamentais”.⁷² A partir dessa característica torna-se possível a discussão da validade de normas, especialmente do âmbito do Direito Privado, que violem a autonomia privada. É o caso, por exemplo, da proibição da união de pessoas do mesmo sexo, da prática da eutanásia, dentre outros.

Os direitos fundamentais regulamentam questão de grande importância, e é nesse sentido que se afirma que os direitos fundamentais representam a posituação dos direitos humanos. Não há dúvida de que a autonomia privada seja um objeto de maior importância para a sociedade e para o ordenamento jurídico, afinal é através da autonomia que se faz possível a emergência da pessoa concebida como ser livre, digno, dialógico e biográfico.

A maior medida de abertura aponta para o “[...] caráter extremamente sucinto, até mesmo conciso e vazio de conteúdo dos textos referentes a direitos fundamentais”.⁷³ A determinação da autonomia privada como um espaço vazio é fundamental para a sua caracterização perante o Estado Democrático de Direito. O conteúdo do princípio da autonomia privada deve ser deixado aberto, sendo construído a partir do caso concreto, argumentativa e discursivamente, respeitando as dimensões da liberdade, dignidade e alteridade.

Duas são as reflexões derradeiras sobre os direitos fundamentais. A primeira diz respeito ao caráter, ao mesmo tempo, democrático e antidemocrático desses direitos. Alinhado a uma *visão realista*, Robert Alexy explica esta ideia:

Os direitos fundamentais são extremamente democráticos porque com a garantia de direitos de liberdade e igualdade eles asseguram a existência e o desenvolvimento das pessoas, que são capazes de manter vivo o processo democrático, e porque com a garantia das liberdades de opinião, de imprensa, de

⁷² ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Organização, tradução e estudo introdutório por Alexandre Travesoni Gomes Trivisonno. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 128.

⁷³ ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Organização, tradução e estudo introdutório por Alexandre Travesoni Gomes Trivisonno. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 129.

transmissão por radiodifusão, de reunião e de associação, assim com o direito de voto e com as outras liberdades políticas eles asseguram as condições de funcionamento do processo democrático. Ao contrário, os direitos fundamentais são extremamente antidemocráticos porque eles suspeitam do processo democrático. Através da vinculação também do legislador eles retiram competências decisórias da maioria parlamentarmente legitimada.⁷⁴

A segunda diz respeito à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, também denominada de eficácia horizontal. Na concepção clássica dos direitos fundamentais, estes representavam limites à atuação do Estado, ficando restrito à relação Estado/indivíduo. Na concepção moderna, além dessa eficácia vertical, há a eficácia horizontal, referente à aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares. Sobre o assunto manifesta-se Robert Alexy:

Como já foi demonstrado anteriormente, fazem parte dos direitos dos indivíduos em face do legislador, dentre outros, os direitos a proteção contra outros cidadãos e a determinados conteúdos da ordem jurídico-civil. Isso demonstra que as normas de direitos fundamentais também têm influência na relação cidadão/cidadão. Essa influência é especialmente clara no caso dos direitos em face da Justiça Civil. Dentre esses direitos estão os direitos a que o conteúdo de uma decisão judicial não viole direitos fundamentais. Isso implica algum tipo de efeito das normas de direitos fundamentais nas normas do direito civil e, com isso, na relação cidadão/cidadão.⁷⁵

Dessa forma, torna-se possível a qualificação da autonomia privada como um princípio de direito fundamental, apresentando importantes reflexos teóricos e pragmáticos.

⁷⁴ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Organização, tradução e estudo introdutório por Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 132.

⁷⁵ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 524.

2.2.4 Dimensões da autonomia privada

Brunello Stancioli afirma que a definição de pessoa possui dimensões incontornáveis: autonomia, alteridade e dignidade.⁷⁶ Pensando a partir dessa construção, propõe-se dimensões para a autonomia. Defende-se que a autonomia privada somente existe enquanto manifestação e afirmação de liberdade, dignidade e alteridade. Autonomia pressupõe liberdade. Liberdade pressupõe alteridade. Alteridade pressupõe dignidade. Dignidade pressupõe autonomia. Assim, para se falar em autonomia privada, faz-se necessário o estudo das suas dimensões imanentes.

2.2.4.1 Liberdade

Embora sejam conceitos próximos, autonomia e liberdade não são sinônimos. Liberdade, em termos amplos, pode ser entendida como o espaço reconhecido pelo Direito/Estado para a vivência autônoma da pessoa. Ressalta-se que este espaço não é reconhecido como uma espécie de dívida, mas conquistado através de uma luta por direitos (e.g. Revolução Francesa, Movimento Feminista, Movimento LGBT). Autonomia, por outro lado, seria a maneira que cada pessoa utiliza do seu espaço de liberdade. Assim, no *espaço de liberdade* da construção familiar, por exemplo, a pessoa pode afirmar sua *autonomia* ao escolher viver só ou acompanhado.

Importante também a distinção entre liberdade positiva e negativa. A primeira trata da possibilidade de agir sem obstáculos ou impedimentos, fundamentado na presença de capacidades, condições ou direitos de agir daquela maneira. Trata-se da capacidade de escolher, sem constrangimento, entre fazer uma coisa ou outra. A segunda pressupõe a mínima intervenção possível do Estado nas decisões e ações do indivíduo.⁷⁷

⁷⁶ STANCIOLI, Brunello. *Renúncia ao exercício de direitos da personalidade* (ou como alguém se torna o que quiser). Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

⁷⁷ CURY, Paula Maria Nasser. Liberdade. In: Alexandre Trivisonno (org.). *Dicionário de teoria e filosofia do direito*. São Paulo: LTr, 2011.

O espaço de liberdade deve ser um espaço de informação, no sentido de colocar à disposição do sujeito o conhecimento necessário para a formação, desenvolvimento e conclusão da sua autonomia. Em um ambiente de informação, a pessoa poderá utilizar do seu discernimento – entendido de maneira geral como a capacidade de percepção, compreensão, juízo e avaliação da realidade – para manifestar sua vontade.

Não se pode falar em liberdade sem responsabilidade. Nesse sentido, João Baptista Villela declara: “O homem só é feliz à condição de ser livre. Só é livre, quando responsável. E só é responsável se os motivos de sua conduta estão dentro e não fora dele”.⁷⁸ Assim, o agir livre pressupõe um agir responsável. Essa responsabilidade é tanto intrínseca, partindo do próprio indivíduo como ser pensante, racional e moral, quanto extrínseca, partindo da sociedade, do Direito, do Estado, como forma de imposição ao indivíduo.

A liberdade é dimensão fundamental ao princípio da autonomia privada. Qualquer tentativa de conceituação da autonomia que viole tal dimensão é indigna perante a grandeza do homem enquanto ser livre, criativo, biográfico. É nessa perspectiva que se diz que a autonomia pressupõe a liberdade.

2.2.4.2 Alteridade

“Nenhum homem é uma ilha, completa em si mesma; todo homem é um pedaço do continente, uma parte do todo”, escreveu o poeta inglês John Donne em 1624.⁷⁹ A liberdade apenas existe em face do outro. Se alguém é livre, somente o é perante os demais. A pessoa, como ser social, dialógico, intersubjetivo, tem como característica central a alteridade. Esta surge da relação entre sujeitos, da tensão “Eu” e “Tu”. Alteridade é se enxergar no

⁷⁸ VILLELA, João Baptista. *Direito, Coerção & Responsabilidade*: por uma ordem social não-violenta. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1982, p. 32.

⁷⁹ DONNE, John. *Devotions Upon Emergent Occasions* (1624). Acesso em 6 jul. 2015, p. 31. Tradução nossa: “No man is an *Ilad*, intire of it selfe; every man is a peece of the *Continent*, a part of the *maine*”.

outro, é saber que a humanidade reside em cada pessoa como um todo. Assim, a autonomia apenas se constrói em um ambiente de alteridade.

Nessa orientação, surge a necessidade de fundamentação. Em um ambiente pluralista e dialógico, a autonomia deve ser fundamentada racionalmente. Destarte, a noção de alteridade se torna uma dimensão e um limite ao exercício da autonomia privada. Somente se fala em autonomia privada quando esta puder ser justificada e fundamentada racionalmente em um discurso ou argumentação.

Miracy Gustin sintetiza a concepção de autonomia no contexto da alteridade:

O chamado autogoverno deve se realizar através da capacidade de avaliar criticamente as normas, os padrões e os objetivos de seu ambiente. Isso significa uma complexa dialética de inserção-destaque; ou seja, de estar relacionado e integrado às regras e princípios de seu contexto e, ao mesmo tempo, dele estar liberto para ser capaz de julgá-lo. Essa constatação torna inadmissível o sentido de autossuficiência e de ser isolado atribuídos à autonomia pelo pensamento liberal.⁸⁰

Percebe-se que o sujeito não é autossuficiente como no modelo liberal, contudo também não é reduzido a um todo como no modelo republicano. A pessoa possui uma individualidade inata, e através do exercício desta individualidade, por meio da autonomia, em um ambiente de alteridade, torna-se apta a construir sua dignidade. Desse modo, entende-se que a liberdade pressupõe a alteridade, uma vez que a liberdade somente existe em um ambiente social e dialógico. A alteridade, por sua vez, pressupõe a dignidade, na medida em que a relação se perfaz entre sujeitos dotados do mesmo valor ou status moral – e, por essa razão, torna-se possível um reconhecimento mútuo.

⁸⁰ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 31.

2.2.4.3 Dignidade

A dignidade da pessoa humana foi erigida à categoria de fundamento da República Federativa do Brasil pela Constituição da República de 1988. Sobre essa expressão ensina João Baptista Villela:

Dignidade da pessoa humana: poucas expressões terão, ao mesmo tempo, tanta força no que dizem e tanta fatuidade no que escondem. É por ela que se designa a alma do projeto humano. Com *dignidade da pessoa humana* queremos traduzir a intangibilidade de cada um dos indivíduos que participam do ser *homem*. Para além de todas as circunstâncias de tempo e de lugar. Da cultura. Dos atributos étnicos. Do sexo. Da idade. Da saúde, do vício e da virtude. É a ela que nos reportamos para condenar a tortura, as penas infamantes, o abandono, o ódio, o desprezo, o horror e a guerra. É ela que nos move a assistir os enfermos e os desabrigados. Acolher os oprimidos e alimentar os que têm fome.⁸¹

Entende-se, todavia, que justamente em virtude da grande amplitude e importância dessa expressão, houve uma banalização em sua utilização. Sobre esse aspecto, José de Oliveira Ascensão afirma: “Há alguma coisa que não está certa na invocação da dignidade da pessoa. Porque *se há que serve para tudo, então não serve para nada*. Acaba por se transformar em uma fórmula vazia”.⁸² Ainda, João Baptista Villela: “*Dignidade da pessoa humana* acabou por ganhar, assim, a propriedade de servir a tudo. [...] Empobreceu-se. Esvaziou-se. Tornou-se um tropo oratório que tende à flacidez absoluta”.⁸³

Tendo em vista tais considerações, qual seria uma proposta mais adequada da dignidade da pessoa humana no paradigma do Estado Democrático de Direito? Entende-se que em uma sociedade cada vez mais

⁸¹ VILLELA, João Baptista. Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana. In: *Superior Tribunal de Justiça*. Doutrina. Edição Comemorativa 20 anos. Superior Tribunal de Justiça, 2009, p. 561, grifos do autor.

⁸² ASCENSÃO, José de Oliveira. O “fundamento do direito”: entre o direito natural e a dignidade da pessoa. In: Maria de Fátima Freire de Sá; Diogo Luna Moureira; Renata Barbosa Almeida (org.). *Direito privado: revisitações*. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 10, grifo do autor.

⁸³ VILLELA, João Baptista. Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana. In: *Superior Tribunal de Justiça*. Doutrina. Edição Comemorativa 20 anos. Superior Tribunal de Justiça, 2009, p. 562, grifos do autor.

plural e complexa, a caracterização desse conceito só pode caminhar rumo à autonomia privada. Não cabe ao Estado impor um substrato axiológico a esse conceito, que deve necessariamente permanecer em aberto. É a partir dessa abertura que cada pessoa terá a possibilidade de construir discursivamente sua dignidade, afirmando sua autonomia segundo a própria percepção de vida boa.

Dessa sorte, a autonomia privada se consagra como o único meio possível de efetivar a dignidade da pessoa humana. É nesse sentido que se diz que dignidade pressupõe autonomia.

2.2.5 Autonomia sem heteronomia?

O conceito de heteronomia surge na Grécia antiga a partir das palavras *heteros* (diferente; outro) e *nomos* (regra; lei). Trata-se da sujeição a uma lei externa ou à vontade de um terceiro. Immanuel Kant aponta a heteronomia como diametralmente oposta à autonomia. Esta seria a sujeição da vontade apenas à legislação estabelecida pela própria consciência moral, de maneira racional e livre, ao passo que aquela seria a sujeição da vontade a impulsos passionais, inclinações afetivas ou outras determinações que não fossem estabelecidas pela razão livre e autônoma.

Seria ainda razoável estabelecer uma oposição radical e absoluta entre “[...] *autonomia* como *legalidade própria* e *heteronomia* como *legalidade estranha*”?⁸⁴ A presente pesquisa alinha-se à posição da professora Miracy Gustin:

[...] a autonomia deveria ser compreendida não como referente de um ser isolado mas como aquela autonomia que não está só no mundo e que surge *do* e *no* diálogo com os demais participantes do mundo da vida. A autonomia seria construída *na* heteronomia, e não no sentido liberal excludente.⁸⁵

⁸⁴ BRUGGER, Walter. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 75, grifos do autor

⁸⁵ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 217, grifos da autora.

Nesse sentido, fundamental é a função do Direito como fonte heterônoma a fim de garantir a autonomia privada, pois como assevera Stefano Rodotà, “[...] no exterior da esfera da coerção jurídica, a liberdade não era maior. Ao contrário. A religião imperava sobre a alma, a ética se apossava dos comportamentos, os costumes sociais obrigavam, a natureza marcava fronteiras insuperáveis”.⁸⁶ Na ausência do Direito, a autonomia também era construída na heteronomia (da religião, da ética, da moral, dos costumes), sendo que esta legalidade estranha não estava ao alcance dos indivíduos, não era possível modificá-la. Dessa maneira, o Direito representou uma forma de liberação frente a tais regras restritivas advindas de entidades abstratas, como a moral, a divindade, a sociedade, a natureza. Ao contrário, o Direito era produto da consciência humana, um ato de vontade, estava à disposição dos seus criadores, podendo ser modificado. Assim, a lei “[...] era um instrumento e não um vínculo. Era a vontade da nação e seria acompanhada de uma explícita afirmação de liberdade”.⁸⁷

O que se pretende argumentar com estas considerações, é que o *espaço de não-direito* é também um *espaço de direito*, ou em outras palavras, o *espaço de autonomia* é também um *espaço de heteronomia*. É o que Stefano Rodotà conclui: “Na verdade, mesmo nos casos em que se considere que uma determinada matéria deve ser livre de direito, é também necessária uma convenção que consolida sua distância da regulamentação legal”.⁸⁸ É nesse sentido que se diz que a autonomia, entendida como um espaço vazio, deve ser acompanhada de regras para assegurar tal condição. Dessa maneira, autonomia e heteronomia não podem ser caracterizadas como uma dicotomia binária, mas como uma permanente tensão.

⁸⁶ RODOTÀ, Stefano. *La vida y las reglas*: entre el derecho y el no derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 30. Tradução nossa: “en el exterior de la esfera de la coerción jurídica, la libertad no era mayor. Al revés. La religión imperaba sobre el alma, lá ética se adueñaba de los comportamientos, las costumbres sociales obligaban, la naturaleza marcaba fronteras insuperables”.

⁸⁷ RODOTÀ, Stefano. *La vida y las reglas*: entre el derecho y el no derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 30. Tradução nossa: “Era un instrumento y no un vínculo. Era la voluntad de la nación e iba acompañada de una explícita afirmación de libertad”.

⁸⁸ RODOTÀ, Stefano. *La vida y las reglas*: entre el derecho y el no derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 38. Tradução nossa: “En efecto, incluso en los casos en que se considera que una materia determinada debe quedar libre de derecho es igualmente necesaria una convención que sancione su distancia respecto de la regulación jurídica”.

A heteronomia também é necessária para garantir as condições para o exercício da autonomia. Efetivar as dimensões da liberdade, dignidade e alteridade, bem como a informação, o discernimento, a independência e a fundamentação no exercício da autonomia somente é possível frente a uma heteronomia que as protejam. Ainda, é possível se falar em heteronomia como meio para responsabilizar um abuso de direito na prática da autonomia privada – afinal nenhum direito é absoluto em relação ao seu exercício.

Por outro lado, essa regra posta por outro nem sempre será um meio para a efetivação da autonomia privada. A heteronomia pode apresentar facetas negativas, servindo como meio de imposição de valores e condutas alheios. Dentre os vários exemplos possíveis desta intromissão axiológica, tem-se o artigo 1.641, inciso II do Código Civil, ao estabelecer obrigatoriamente o regime de separação de bens para o maior de setenta anos. Nesse sentido conclui Stefano Rodotà: “Assim, não é apenas na materialidade das relações e nas limitações fáticas das liberdades e igualdade, mas no próprio ordenamento jurídico onde podem abrigar fatores que se oponham ao desenvolvimento da personalidade, à plenitude da vida”.⁸⁹

Desse modo, autonomia e heteronomia devem buscar um equilíbrio, um termo médio. A tensão entre esses dois extremos é imanente, cabendo ao discurso a construção dessa relação.

2.2.6 Caminhando em direções opostas

Situações jurídicas patrimoniais e situações jurídicas existenciais tiveram diferentes experiências a partir da noção de autonomia. O instituto da *autonomia da vontade* surge em uma perspectiva liberalista e patrimonialista. Dessa forma, o propósito era a mínima intervenção estatal – *laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même* – a fim de garantir

⁸⁹ RODOTÀ, Stefano. *La vida y las reglas: entre el derecho y el no derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 40. Tradução nossa: “Así pues, no es sólo en la materialidad de las relaciones y en las limitaciones fáticas de las libertades y las igualdad, sino en el propio ordenamiento jurídico donde pueden anidarse factores que se oponem al desarrollo de la personalidad, a la plenitud de la vida”.

uma esfera patrimonial privada intocável aos indivíduos. Institutos como o contrato, a propriedade, a obrigação, representavam o conteúdo desta autonomia da vontade com poucas limitações, sedimentada no *pacta sunt servanda*, ou na possibilidade de usar, gozar, fruir e dispor da propriedade sem restrições substanciais. Por outro lado, essa autonomia observada no aspecto patrimonial não era observada no aspecto existencial. Nesse sentido, é possível citar a impossibilidade da realização do divórcio até 1977 no ordenamento jurídico brasileiro, a ideia de família como uma instituição acima dos seus integrantes, a inexistência dos direitos da personalidade enquanto instituto consolidado no Direito Civil. Desse modo, a *autonomia da vontade* surge com extrema abertura nas situações jurídicas patrimoniais e com extrema rigidez nas situações jurídicas existenciais.

A transição rumo a uma *autonomia privada* realizou uma mudança nessas duas esferas jurídicas. Em relação às situações patrimoniais houve uma “perda” de autonomia, a partir da revisão principiológica do Direito Privado, principalmente a partir da boa-fé objetiva, da função social, da noção de deveres anexos, da obrigação como processo, cristalizados em artigos como o 187 e o 421 do Código Civil.⁹⁰ Em relação às situações existenciais houve um “ganho” de autonomia, a partir da ampliação do espaço de liberdade reconhecido pelo Direito/Estado. Exemplos dessa ampliação é a possibilidade de constituir família de diversas maneiras, a possibilidade de se divorciar, mesmo sem separação prévia, a construção epistemológica dos direitos da personalidade, a estruturação das diretivas antecipadas de vontade, a união de casais do mesmo sexo, e diversas outras situações que possibilitam um pleno desenvolvimento da personalidade. Destarte, não obstante caminharem em direções contrárias, as situações jurídicas existenciais e patrimoniais caminham rumo a uma concepção de *autonomia privada* que esteja em consonância às suas dimensões.

⁹⁰ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. BRASIL. *Código Civil de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2016.

2.2.7 Autonomia e corporeidade

Até o presente momento, procurou-se estabelecer considerações de caráter mais amplo sobre a autonomia privada. Apresentou-se sua historicidade, normatividade, contornos teóricos, além de reflexões imprescindíveis. Todo esse caminho foi percorrido para construir as bases teóricas necessárias para questionar a validade das premissas estabelecidas em relação ao mercado regulado de órgãos e tecidos humanos. A partir de agora, inicia-se o estudo dos dois assuntos que mais se destacam no debate proposto: a relação entre autonomia e corpo, bem como a relação entre autonomia e paternalismo.

Primeiramente, é preciso estabelecer o significado de corpo humano: o que significa *ser* ou *ter* um corpo? Sem sombra de dúvidas, trata-se de um conceito histórico. Contudo, extrapola o recorte metodológico da pesquisa apresentar toda a sua historicidade. Apenas a título de exemplificação, poder-se-ia citar, sob o enfoque filosófico, a ideia de Platão do corpo como morada da alma. No dualismo platônico, o essencial e eterno era a alma, pertencente ao mundo inteligível, enquanto ao corpo era designado um papel secundário, vez que se relacionava ao mundo sensível e efêmero. Sob o enfoque jurídico, poder-se-ia citar a noção do corpo como meio de responsabilização do devedor por seus débitos, conforme previsão da Lei das XVII Tábuas – o que somente é alterado no ano de 326 a.C com *Lex Poetelia Papiria*.

A história do corpo se confunde com a própria história da humanidade, em especial com a história das culturas desenvolvidas em cada comunidade ao longo do tempo. Desse modo, entende-se que a corporeidade possui infinitas possibilidades de manifestação em cada cultura, tempo e localidade. Qual seria, portanto, um conceito adequado ao contexto de um Estado Democrático de Direito e de uma sociedade cada vez mais pluralista e complexa? Maria de Fátima Freire de Sá apresenta uma concepção atenta às vicissitudes que se fazem presentes:

O corpo humano não deve ser visto como prisão da alma ou espectro de uma perfeição intangível, nem tampouco reduzir em si todo processo que é ser pessoa humana. Ao contrário, o corpo deve ser tratado como elemento imprescindível para o reconhecimento da base sensível de uma pessoa que se manifesta através dele. Ser pessoa não é ser um corpo, mas ter um corpo.⁹¹

Compreende-se que ser pessoa não se resume a ser um corpo, não obstante representar uma dimensão essencial da personalidade, do processo de ser fazer pessoa.⁹² Desse modo, o corpo pode ser entendido como uma “base empírico-sensitiva” que permite a cada pessoa “[...] o primeiro e mais fundamental espaço de realização e vivência da democracia”.⁹³

Se o corpo deve ser entendido como *locus* privilegiado para a afirmação da pessoa como ser biográfico, não faz sentido estabelecer um conteúdo apriorístico sobre quais usos do corpo são possíveis, válidos ou corretos. Afinal, se cada pessoa é um ser único e autêntico, a limitação dos possíveis usos do corpo pode representar a limitação da própria pessoa. É nesse ponto que se faz presente a relação entre autonomia e corpo: dever existir uma autonomia para que cada pessoa utilize da sua corporeidade da maneira que melhor represente e afirme sua existência em um contexto de liberdade, alteridade e dignidade. Trata-se da autonomia corporal, também denominada de livre uso do corpo.⁹⁴

Não obstante, o Código Civil de 2002 parte de uma visão conservadora e reducionista sobre o corpo humano. Como estudado previamente,

⁹¹ SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Cuerpo Humano*. In: Carlos María Romeo Casabona. (Org.). *Enciclopédia de Biomedicina y Bioética*. Granada: Comares, 2011, p. 500. Tradução da autora: “Hoy en día, el cuerpo humano no debe ser visto como la prisión del alma o espectro de una perfección intangible, ni tampoco reducir en si todo proceso que es ser una persona humana. Por lo contrario, el cuerpo debe ser tratado como elemento imprescindible para el reconocimiento de la base sensible de una persona que se manifiesta a través de él. Ser persona no es ser un cuerpo, sino tener un cuerpo”.

⁹² Sobre a distinção entre personalidade e personalidade cf. MOUREIRA, Diogo Luna. *Pessoas: a co-relação entre as coordenadas da personalidade e as coordenadas da personalidade jurídica*. 2009. 194f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação, Belo Horizonte.

⁹³ STANCIOLI, Brunello; CARVALHO, Nara Pereira. Da integridade física ao livre uso do corpo: releitura de um direito da personalidade. In: Ana Carolina Brochado Teixeira; Gustavo Pereira Leite Ribeiro (Org.). *Manual de Teoria Geral do Direito Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 269.

⁹⁴ STANCIOLI, Brunello; CARVALHO, Nara Pereira. Da integridade física ao livre uso do corpo: releitura de um direito da personalidade. In: Ana Carolina Brochado Teixeira; Gustavo Pereira Leite Ribeiro (Org.). *Manual de Teoria Geral do Direito Civil*, p. 267 – 285. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

o artigo 11 proíbe qualquer limitação voluntária dos direitos da personalidade, afirmando serem intransmissíveis e irrenunciáveis, ao passo que o artigo 13 impede o ato de disposição do próprio corpo quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. É o que a literatura jurídica costuma denominar de direito à integridade física, correspondendo à intangibilidade do corpo humano. Como se percebe, há uma nítida limitação e exclusão de diversas formas de manifestação da personalidade: “Nessa lógica, tatuagens, *piercings*, implante de silicone, cirurgias plásticas, cirurgia para mudança de sexo e outras modificações corporais seriam ilícitas, demonstrando a concepção do direito à integridade física como um escudo até mesmo contra a autonomia do titular”.⁹⁵ Interessante notar que o próprio Direito já começa a demonstrar indícios da insuficiência das regras positivadas no Código Civil de 2002. O Enunciado 4 das Jornadas de Direito Civil, promovidas pelo Conselho da Justiça Federal, afirma que “o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”.⁹⁶ Mas ainda é muito pouco.

Justamente em razão desse caráter limitador e reducionista é que se propõe uma nova interpretação do direito à integridade física. Trata-se de uma reconstrução fundamentada na autonomia corporal ou livre uso do corpo. Os direitos da personalidade devem ser direitos que promovam a pessoa em todas as suas dimensões, como seres livres, dialógicos, criativos e biográficos. Tanto deve ser assim, que em outros ordenamentos jurídicos se fala no *direito ao livre desenvolvimento da personalidade*. A partir do momento em que esses direitos passam a restringir manifestações legítimas de personalidade, faz-se necessária a entrada de outras argumentações no discurso. Por essas razões, Mariana Lara defende a tese de que o direito à integridade física deve ser substituído pelo direito à liberdade de uso e manipulação do corpo:

⁹⁵ LARA, Mariana. *O direito à liberdade de uso e (auto) manipulação do corpo*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2014, p. 67.

⁹⁶ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciados da 1ª Jornada de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

Mais precisamente um direito à liberdade de uso e (auto)manipulação do corpo – enfatizando a pessoa como sujeito ativo na reconstrução da sua corporeidade. Trata-se de um direito que permite usar, modificar e transformar o corpo, amputar partes, acrescentar outras, alterar seu sexo, criar aptidões, buscar a imortalidade, fundi-lo à máquina. Esse direito não privilegia qualquer forma de vivência da corporeidade, nem impõe nenhuma concepção moral. Ao contrário, enfatiza a autonomia, permitindo que cada pessoa dê o contorno que desejar a sua vida e ao seu elemento corpóreo.⁹⁷

A partir da substituição do direito à integridade física pelo livre uso e manipulação do corpo, diversas manifestações da corporeidade passam a ser possíveis no discurso: os usos estéticos do corpo, como as cirurgias plásticas e as modificações corporais; os usos médicos, como os melhoramentos humanos; os usos sexuais, como a homossexualidade e a transexualidade, e assim por diante.⁹⁸ Essa transição fica evidente na tabela a seguir:

Tabela 1 – Da integridade física ao livre uso do corpo

	CONCEPÇÃO PRÉ-MODERNA	CONCEPÇÃO MODERNA
1	Natureza dada, estática, digna de contemplação.	Realidade como processo, fluxo contínuo de mudanças.
2	Corpo é lugar da alma e, portanto, inviolável.	Corpo visto como parte da realidade e, portanto, sujeito a mudanças constantes.
3	Usos do corpo repleto de tabus.	Pessoas têm papel ativo na (re)construção da realidade, sendo autoras da manipulação do próprio corpo.

Fonte: Adaptado de STANCIOLI, Brunello; CARVALHO, Nara Pereira, 2011.

A grande questão que se coloca é seguinte: o direito fundamental ao livre uso e manipulação do corpo, fundamentado no princípio da autonomia privada, em especial na autonomia corporal, engloba o uso comercial do corpo? Em outras palavras: há um direito fundamental a vender o próprio corpo, suas partes e substâncias?

⁹⁷ LARA, Mariana. *O direito à liberdade de uso e (auto) manipulação do corpo*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2014, p. 122.

⁹⁸ STANCIOLI, Brunello; CARVALHO, Nara Pereira. Da integridade física ao livre uso do corpo: releitura de um direito da personalidade. In: Ana Carolina Brochado Teixeira; Gustavo Pereira Leite Ribeiro (Org.). *Manual de Teoria Geral do Direito Civil*, p. 267 – 285. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

Para responder essa pergunta, deve-se buscar os contornos ou limites ao livre uso do corpo, afinal, nenhum direito é absoluto. Mariana Lara defende que toda e qualquer restrição ao livre uso do corpo dever ser justificada, circunstancial e excepcional:

Assim, a princípio, qualquer modificação corporal deve ser permitida até que surja uma razão forte o suficiente para limitar essa liberdade. A pessoa que quer manipular seu corpo livremente não tem que provar que isso é bom ou possível. Em verdade, aquele que quer limitar a liberdade individual de alguém é que tem que demonstrar que esse exercício traz um dano sério à sociedade e aos demais e que esse dano é real e presente, e não futuro e especulativo. Não basta apenas provar que é determinado uso do corpo não é popular ou desejável por boa parte da comunidade.⁹⁹

Ainda sobre os contornos e limitações da autonomia corporal, importante é a lição da professora Maria de Fátima Freire de Sá:

Não sendo o corpo humano espectro de uma perfeição intangível, ele é assumido pela própria pessoa na medida em que esta é livre para construir a sua própria personalidade. Porém, como estas personalidades não são construídas num contexto isolado, mas sim dentro de uma rede de interlocução *democrática*, o corpo humano é tutelado por instrumentos normativos que impõem limites à assunção da corporeidade. [...] Essa relação pessoa e corpo está sendo discutida cada vez mais com os avanços das biotecnologias. O corpo humano, compreendido cientificamente como fonte primária para inúmeras investigações biotecnológicas, possibilitou uma série de possibilidades que, em princípio, viabilizaria um ato de livre disposição individual, como o caso da comercialização do corpo e seus elementos pela pessoa que o constitui. Poder-se-ia pensar no corpo humano como um produto a ser comercializado?¹⁰⁰

⁹⁹ LARA, Mariana. *O direito à liberdade de uso e (auto) manipulação do corpo*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2014, p. 118.

¹⁰⁰ SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Cuerpo Humano*. In: Carlos María Romeo Casabona. (Org.). *Enciclopèdia de Bio-derecho y Bioética*. Granada: Comares, 2011, p. 503. Tradução nossa: "No siendo el cuerpo humano espectro de una perfección intangible, éste es asumido por la propia persona en la medida que es libre para construir su propia biografía. Sin embargo, como estas biografías no están construidas en un contexto aislado sino dentro de una red de interlocución *democrática*, el cuerpo humano está tutelado por instrumentos normativos que imponen límites a la asunción de corporeidad. [...] Esta relación persona y cuerpo está siendo discutida cada vez más con los avances de las biotecnologías. El cuerpo humano, comprendido, científicamente, como fuente primaria para innumerables investigaciones biotecnológicas, ha potenciado una serie de posibilidades que, en un principio, viabilizaría un acto de libre disposición individual, como es el caso de la comercialización del cuerpo y sus elementos

Partindo da construção de autonomia privada apresentada nessa pesquisa, entende-se que o seu próprio conteúdo representa também sua limitação. A autonomia deve ser sempre preservada quando representar uma afirmação de liberdade, alteridade e dignidade. Portanto, a resposta somente se faz possível a partir da argumentação no caso concreto. É possível que um mercado regulado de órgãos e tecidos humanos represente um exercício legítimo de autonomia? Ou, por outro lado, deve-se estabelecer uma proibição *a priori*, vez que representaria um uso ilícito e condenável eticamente? São questões que somente serão respondidas por completo no decorrer da pesquisa, em conjunto com os argumentos econômicos e éticos. Sob o enfoque exclusivo do Direito, entende-se que existe uma abertura para questionar as premissas estabelecidas para o caso da comercialização de órgãos e tecidos. De todo modo, destaca-se que outras perspectivas sobre o corpo humano serão debatidas ao longo da pesquisa, principalmente nos tópicos sobre a objetificação e a sacralização.

2.2.8 Autonomia e paternalismo

Diversos estudos criticam a proibição do mercado regulado de órgãos e tecidos humanos com base na ideia do paternalismo, entendido como a pretensão de proteger as pessoas das suas próprias decisões. Os críticos argumentam que uma proposição nesse sentido corresponderia a uma violação da autonomia das pessoas. Julian Savulescu afirma que “[...] impedir as pessoas de tomarem essas decisões, é julgar que elas são incapazes de tomar decisões sobre o que é melhor para as próprias vidas. É paternalismo em sua pior forma.”¹⁰¹ Gerald Dworkin manifesta o mesmo

por la persona que lo constituye. ¿Se podría pensar en el cuerpo humano como un producto pasible de ser comercializado?”.

¹⁰¹ SAVULESCU, Julian. Is the sale of body parts wrong? *Journal of Medical Ethics*, n. 29, 2003, p. 139. Tradução nossa: “To prevent them making these decisions is to judge that they are unable to make a decision about what is best for their own lives. It is paternalism in its worst form”.

pensamento: “[...] parece-me paternalismo ao extremo, dada essa injustiça, negar às pessoas pobres escolhas que elas entendem aumentar o seu bem-estar.”¹⁰² Por conseguinte, faz-se necessário indagar se a restrição sobre a comercialização do corpo, suas partes e substâncias não seria de um paternalismo ultrajante em um momento de consolidação do Estado Democrático de Direito e da concepção da pessoa como ser autônomo e livre para buscar a vida boa a partir de suas próprias convicções e concepções de felicidade.

Já se afirmou que nenhum direito é absoluto, não sendo diferente no caso da autonomia privada. Dessa maneira, nem todo paternalismo será condenável. Portanto, é preciso estabelecer quando o paternalismo é justificável e quando representa uma violação à autonomia.

Erik Malmqvist apresenta como é construído o argumento contrário ao paternalismo: “Nas sociedades liberais é geralmente assumido que as pessoas devem ser livres para viverem suas vidas como desejarem, a menos que haja boas razões para restringir essa liberdade”.¹⁰³ O exemplo mais consolidado de razões que podem justificar uma limitação de liberdade ocorre quando o exercício da autonomia pode causar danos a terceiros. Assim, em sociedades que valorizam a liberdade, há uma presunção contrária ao paternalismo, conceituado como uma “[...] interferência na liberdade da pessoa, justificada por razões referentes ao bem ou bem-estar dessa pessoa”.¹⁰⁴

A tese de Malmqvist é que nem todo paternalismo é injustificável. Para fundamentar sua tese, apresenta duas formas de paternalismo: o paternalismo-suave (*soft-paternalism*) e o paternalismo-rígido (*hard-paternalism*).

¹⁰² DWORKIN, Gerald. Market and Morals: The case for organ sale. In: *Morality, Harm and the Law*. Westview, 1994, p. 157. Tradução nossa: “it seems to me paternalistic in the extreme, given that injustice, to deny poor people choices which they perceive as increasing their well-being”.

¹⁰³ MALMQVIST, Erik. Are bans on kidney sales unjustifiably paternalistic? *Bioethics*, v. 28, n. 3, 2014, p. 111. Tradução nossa: “In liberal societies it is generally assumed that people should be free to live their lives as the wish unless there are good reasons for restricting their freedom”.

¹⁰⁴ MALMQVIST, Erik. Are bans on kidney sales unjustifiably paternalistic? *Bioethics*, v. 28, n. 3, 2014, p. 111. Tradução nossa: “is the interference with a person’s freedom justified by reasons referring to that person’s good or welfare”.

No primeiro caso, o paternalismo interfere em uma decisão que não é autônoma, ou seja, tem como objetivo a proteção de pessoas que não possuem discernimento suficiente para tomada de decisões (e.g. proibição de crianças comprarem bebidas alcoólicas ou cigarro). O paternalismo-suave também pode interferir em decisões não-voluntárias ou não-autônomas de pessoas que são capazes (e.g. impedir que uma pessoa capaz atravessasse uma ponte perigosa). Por outro lado, o paternalismo-rígido representa uma interferência em condutas autônomas de pessoas capazes. Restringe-se a liberdade dessas pessoas para a proteção delas mesmas (e.g. imposição de transfusão de sangue para testemunhas de Jeová maiores de idade).

Tabela 2 – Formas de Paternalismo

PATERNALISMO-SUAVE	PATERNALISMO-RÍGIDO
Interfere em condutas não-autônomas.	Interfere em condutas autônomas.
Finalidade: Proteger indivíduos não-autônomos de condutas que causem danos a si mesmos que, em outras circunstâncias, não escolheriam.	Finalidade: Proteger indivíduos autônomos de condutas que causem danos a si mesmos para o seu próprio bem-estar.
Hipótese 1: Pessoas incapazes de tomar decisões autônomas. <i>Exemplo:</i> crianças proibidas de comprar bebidas alcoólicas.	Hipótese 1: Pessoas capazes e com decisões autônomas. <i>Exemplo:</i> imposição de transfusão de sangue para testemunhas de jeová maiores de idade.
Hipótese 2: Pessoas capazes e com decisões não-autônomas ou involuntárias. <i>Exemplo:</i> impedir alguém de atravessar uma ponte perigosa.	

Fonte: Elaboração pelo Autor.¹⁰⁵

Erik Malmqvist conclui no sentido de que uma ação, ou mesmo uma legislação, deve ser considerada paternalista a depender da sua possibilidade de justificação. É a capacidade de justificar racionalmente a restrição na autonomia que vai determinar se houve, ou não, um paternalismo inaceitável. Por essas razões, entende que o paternalismo-rígido é injustificável, ao passo que o paternalismo-suave é justificável. Em relação ao caso do mercado regulado de órgãos e tecidos humanos, conclui que seria uma forma de paternalismo-suave, portanto, uma maneira justificável de limitação da autonomia:

¹⁰⁵ Com base nas informações apresentadas em: MALMQVIST, Erik. Are bans on kidney sales unjustifiably paternalistic? *Bioethics*, v. 28, n. 3, p.110-118, 2014.

Contudo, de acordo com um argumento diferente que desenvolvi com maior extensão [sobre as proibições das vendas de rins], elas são, de fato, paternalistas, mas apenas no sentido suave de que nem mesmo os anti-paternalistas com princípios precisam achar censuráveis. Elas restringem a liberdade dos prováveis vendedores autônomos, mas apenas como uma consequência inevitável para a proteção dos outros vendedores de danos que eles não tenham escolhido de forma autônoma. Este argumento é, em princípio, aceitável tanto para os anti-paternalistas como para os outros. Entretanto, se ele suporta a proibição de vendas de rim em qualquer momento e local, dependerá de certas condições. Primeiro, as vendas de rins devem ser potencialmente prejudiciais aos vendedores. Segundo, deve-se esperar que uma proporção suficientemente grande de vendedores potenciais não venda de forma autônoma. Terceiro, a distinção entre potenciais fornecedores autônomos e não autônomos, e a interferência apenas nos últimos, não deve ser praticável.¹⁰⁶

Em suma, entende-se que a proibição de compra e venda de órgãos e tecidos é uma forma de paternalismo-suave e justificável porque pressupõe três fatos: (1) que essa prática causa prejuízos aos vendedores; (2) que esses vendedores, em sua maioria, não tomariam decisões autônomas; (3) que não seria possível distinguir entre aqueles que tomariam decisões autônomas e aqueles que tomariam decisões não-autônomas.

Em sentido semelhante, Ángel Puyol critica a preponderância absoluta e apriorística do princípio da autonomia em face dos outros princípios bioéticos (beneficência, não-maleficência e justiça). Afirma que, em determinadas situações, a preponderância absoluta da autonomia pode ocasionar a sua completa anulação. O caso mais nítido seria o das pessoas vulneráveis, uma vez que, por razões econômicas, sociais ou emocionais, poderiam manifestar

¹⁰⁶ MALMQVIST, Erik. Are bans on kidney sales unjustifiably paternalistic? *Bioethics*, v. 28, n. 3, 2014, p. 118. Tradução nossa: "However, according to a different argument that I have developed at more length, they are indeed paternalistic, but only in the soft sense that not even principled anti-paternalists need find objectionable. They do restrict freedom of autonomous would-be vendors, but only as an unavoidable consequence of protecting other vendors from harms that they have not autonomously chosen. This argument is in principle acceptable to anti-paternalists as well as to others. However, whether it supports prohibiting kidney sales at any particular time and place depends on certain condition. First, kidney sales must be potentially harmful to vendors. Second, a sufficiently large proportion of would-be vendors must be expected not to sell autonomously. Third, distinguishing between autonomous and non-autonomous potential vendors and interfering only with the latter must be not practicable".

vontades não-autônomas. Por isso, defende a tese que o paternalismo pode ser um elemento necessário para afirmação plena da autonomia:

Por essa razão, a defesa da autonomia deve ir acompanhada de um paternalismo razoável que tenha como finalidade a promoção da autonomia real das pessoas mais vulneráveis. Esse tipo de paternalismo não apenas não contradiz o princípio da autonomia, mas resulta em ser uma de suas condições. O difícil, não obstante, é saber discernir quando o paternalismo serve à autonomia e quando serve unicamente aos interesses de quem o exerce. Mas esse é um problema bioético que não se resolve nem ignorando, nem reduzindo a uma defesa incondicional das preferências declaradas dos enfermos socialmente mais vulneráveis.¹⁰⁷

Assim, partindo de uma perspectiva bioética, Puyol apresenta limitações ao princípio da autonomia. A *primeira* seria a conformação com os outros princípios bioéticos, tão importantes quanto a autonomia. A *segunda* seria a conformação com a vulnerabilidade das pessoas que manifestam a vontade. A *terceira* seria a conformação moral da autonomia. Por conseguinte, entende-se também que um mercado de órgãos e tecidos humanos não representaria uma maneira ilegítima de paternalismo.¹⁰⁸

Tendo em vista a construção previamente realizada sobre o princípio da autonomia privada, o entendimento adotado na presente pesquisa difere, em alguma medida, da compreensão apresentada por esses autores. Defende-se que o paternalismo será injustificável quando representar uma restrição ou limitação da autonomia enquanto manifestação de liberdade, alteridade e dignidade. Dessa forma, o mercado regulado de órgãos e tecidos humanos pode representar, *ou não*, uma forma de paternalismo.

¹⁰⁷ PUYOL, Ángel. Hay bioética más allá de la autonomía. *Revista de Bioética y Derecho*, n. 25, 2012, p. 56. Tradução nossa: "Por esa razón, la defensa de la autonomía debe ir acompañada de un paternalismo razonable que tenga como fin la promoción de la autonomía real de las personas más vulnerables. Ese tipo de paternalismo no solo no contradice el principio de autonomía, sino que resulta ser una de sus condiciones. Lo difícil, no obstante, es saber discernir cuándo el paternalismo sirve a la autonomía y cuándo únicamente a los intereses de quien lo ejerce. Pero este es un problema bioético que no se resuelve ni ignorándolo ni reduciéndolo a una defensa incondicional de las preferencias declaradas de los enfermos socialmente más vulnerables".

¹⁰⁸ PUYOL, Ángel. Hay bioética más allá de la autonomía. *Revista de Bioética y Derecho*, n. 25, 2012, p. 56-57.

2.3 O mercado de direitos fundamentais

Antes de avançar no debate, faz-se necessário desenvolver uma reflexão acerca de um fenômeno que tem se difundido no âmbito jurídico.¹⁰⁹ Stefano Rodotà evidencia o surgimento de um mercado de direitos fundamentais, também se enquadrando os direitos da personalidade. Esse mercado seria aquele “[...] em que os tradicionais direitos econômicos, inscritos na liberdade de comércio, se mesclam com direitos fundamentais que, alheios à lógica de troca, buscam também uma infinita possibilidade de expansão”.¹¹⁰

Exemplo da lógica mercantil instaurada no Direito é o turismo de direitos, caracterizado pelo fato das pessoas poderem escolher quais as normas que incidirão sobre suas condutas – uma espécie de “*direito à la carte*”. É o caso do turismo abortivo, em que pessoas viajam para países onde a prática é permitida, bem como do turismo da morte, em que pessoas viajam para países com legislações permissivas para a prática da eutanásia e do suicídio assistido. Pegue-se o caso da Suíça como exemplo: a legislação do país permite a interpretação favorável à prática do suicídio assistido, na medida em que apenas tipifica como crime o auxílio ao suicídio cometido “por motivos egoístas”. Se quem auxilia não puder ser acusado de uma motivação egoística, não será punido. Nessa perspectiva, edificaram-se diversas clínicas para o auxílio ao suicídio no país, como a *Dignitas*, *Exit* e *Ex International*. A *Swissinfo* aponta que cerca de 1.800 pessoas cometeram suicídio em 2007 na Suíça, sendo que 400 foram assistidas nessa decisão por tais organizações. A pesquisa ainda afirma que a maioria absoluta (85%) das pessoas que a *Dignitas* assistiu no ano de 2007 vieram do exterior. Para estrangeiros, o custo total de um suicídio

¹⁰⁹ Parte do que será exposto nesse tópico também pode ser encontrado em: OLIVEIRA, Lucas Costa de. Seriam os direitos da personalidade mercadorias? Reflexões sobre a existência de um mercado de direitos existenciais. In: *Direito Civil Contemporâneo II*. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

¹¹⁰ RODOTÀ, Stefano. *La vida y las reglas*: entre el derecho y el no derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 74. Tradução nossa: “en el que los tradicionales derechos económicos, inscritos en la libertad de comercio, se mezclan con derechos fundamentales que, ajenos a la lógica del intercambio, buscan también una infinita posibilidad de expansión”.

assistido, incluindo serviço médico e cremação, seria de cerca de sete mil euros.¹¹¹

Situação semelhante que vem ganhando espaço é o turismo reprodutivo. Cada vez mais, nota-se uma crescente mobilidade mundial por parte das pessoas que, alcançadas pelas restrições legais dos seus países de origem, ultrapassam fronteiras na busca da liberdade procriativa. Em dezembro de 2010, o *Wall Street Journal* publicou reportagem dando publicidade ao *planethospital.com*, uma empresa situada na Califórnia que oferece serviços de intermediação de práticas médicas nos mais diversos países do globo. Dentre tais práticas encontram-se as possibilidades da reprodução humana assistida. O mesmo jornal relatou o caso de um casal italiano que, mediante a utilização do espermatozoide do marido, conjugado com o óvulo de uma doadora europeia anônima, estava na espera do nascimento de um filho na ilha grega de Creta.¹¹²

O civilista italiano tece inúmeras críticas a essa mercantilização do Direito, caracterizada pela total submissão às regras de mercado. Frente a esse cenário, a pergunta que se coloca é seguinte: seria possível a mercantilização dos direitos fundamentais embasados no exercício da autonomia privada?

Seria radicalmente contraditório com a centralidade da liberdade e da dignidade, que superam qualquer perspectiva patrimonial da pessoa. São inegociáveis, estão fora do mercado. A resposta há de ser, portanto, negativa. A dignidade, a liberdade, os direitos fundamentais são inderrogáveis, formam parte do “indecidível”, daquilo que não se pode decidir. [...] Os direitos são indisponíveis inclusive para seus titulares.¹¹³

¹¹¹ SWISSINFO. *Governo suíço quer restringir "turismo da morte"*. Acesso em 28 out. 2016.

¹¹² SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. Os novos rumos da reprodução humana: turismo reprodutivo e aspectos polêmicos das técnicas de reprodução. In: Michael César Silva (Org.). *Transformações do Direito na Contemporaneidade: reflexões sobre direito, mercado e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Centro Universitário Newton Paiva, 2015.

¹¹³ MAÑAS, José Luis Piñar. Prólogo. In: *La vida y las reglas: entre el derecho y el no derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 15-16. Tradução nossa: “Sería radicalmente contradictorio con la centralidad de la libertad y la dignidad, que superan cualquier perspectiva patrimonial de la persona. Son innegociables, están fuera del mercado. La respuesta há de ser por tanto claramente negativa. La dignidad, la libertad, los derechos fundamentales son inderogables, forman parte de lo “indecidible”, de aquello sobre lo que no puede decidirse. [...] Los derechos son indisponibles incluso para sus titulares”.

Nesse sentido, afirma-se que a criação de um mercado de direitos fundamentais seria um caminhar em sentido contrário à dignidade e à liberdade da pessoa, devendo permanecer na esfera do inegociável. Aqui caberia uma intervenção: um mercado de direitos fundamentais não poderia, em hipótese nenhuma, ser uma afirmação e um exercício de dignidade e liberdade? Uma mulher que comercializa sua capacidade reprodutiva para obter renda para cuidar de seus filhos, ou um homem que aceita uma remuneração para servir de cobaia em testes farmacêuticos para conseguir pagar sua moradia, estariam agindo de maneira condenável e ilícita? Trata-se de questões relevantes que serão abordadas nos tópicos seguintes.

De todo modo, o próprio Stefano Rodotà estabelece algumas ponderações sobre essa indisponibilidade absoluta dos direitos fundamentais:

Contudo, estamos frente à máxima garantia ou frente à máxima expropriação? Ao tornarem-se “insaciáveis”, os direitos fundamentais retiram das pessoas a possibilidade de modificar o ambiente jurídico em que vivem, impedem toda intervenção da política e, com isso, acabam imperando definitivamente sobre a vida.¹¹⁴

Dessa maneira, entende-se que a interpretação restritiva desses direitos também pode ser violenta, vez que a legislação nem sempre representa uma maior plenitude de vida, podendo também significar a sua completa anulação. Por outro lado, a ausência do Direito não representa, por si só, uma maior esfera de liberdade. Pelo contrário, o espaço de não-direito pode ser condicionado por um unilateralismo religioso, ideológico ou econômico. Sabe-se que um espaço dominado pelo mercado e suas regras não é democrático, podendo levar a situações de injustiça e

¹¹⁴ RODOTÀ, Stefano. *La vida y las reglas: entre el derecho y el no derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 49-50. Tradução nossa: “Pero ¿estamos ante la máxima garantía o ante la máxima expropiación? Al volverse “insaciables”, los derechos fundamentales le quitan a las personas la posibilidad de modificar el ambiente jurídico en el que viven, impiden toda intervención de la política y, con ello, acaban imperando definitivamente sobre la vida”.

inequidade – afinal, aqueles que têm o poder de desfrutar do mercado são aqueles, e somente aqueles, que têm o poder de compra.

Isso não significa que não possa haver mudanças profundas na estrutura dos direitos fundamentais. Não obstante, essa mudança representaria a mudança paradigmática de um modelo de sociedade para outro. Isso ocorre em razão do jurista italiano considerar que os direitos fundamentais não representam apenas direitos individuais, mas também o fundamento político-institucional de determinada sociedade. Nessa medida, estão fora de negociação tanto pelos indivíduos, quanto pelo Estado.

Em suma, Stefano Rodotà entende que direitos fundamentais devem permanecer fora da esfera de mercado, pois a comercialização de tais direitos seria uma afronta à liberdade e à dignidade da pessoa – e nada poderia justificar uma existência sem liberdade e dignidade

2.4 Notas conclusivas

Muito foi tratado ao longo do capítulo inaugural: premissas, conceitos, desconstruções e propostas. A finalidade deste tópico é sintetizar o que foi estudado e indicar as principais conclusões alcançadas.

O capítulo foi estruturado em três partes essenciais. Na primeira parte, buscou-se apresentar os inegáveis pontos de partida a respeito do debate sobre o mercado regulado de órgãos e tecidos humanos. A conclusão foi no sentido de que o ordenamento jurídico brasileiro proíbe a comercialização do corpo, suas partes e substâncias em diversos níveis normativos. Na segunda parte, partindo de um paradigma não-positivista de Direito, questionou-se a possibilidade de desconstruir as premissas dogmáticas com fundamento no princípio da autonomia privada. Para tanto, foi necessário construir uma sólida base teórico-conceitual, culminando na estruturação da autonomia em três dimensões essenciais: a liberdade, a alteridade e a dignidade. Por fim, apresentou-se a noção do mercado de direitos fundamentais a partir das reflexões de Stefano Rodotà. A conclusão foi no sentido de que, embora esses direitos sejam considerados

extrapatrimoniais e intransmissíveis, cada vez mais encontram-se abarcados pela esfera do mercado.

A grande questão do capítulo ainda permanece em aberto: é possível fundamentar o mercado regulado de órgãos e tecidos humanos a partir do Direito positivo vigente? Após toda essa travessia discursiva, entende-se que é possível questionar a validade das premissas que proíbem o referido mercado. Contudo, percebe-se que a abertura hermenêutica é muito tênue, de tal forma que o ônus argumentativo recairá de maneira intensa sobre aquele que questione tais premissas. Isso ocorre porque existem proibições expressas em todo o ordenamento, inclusive na Constituição da República de 1988. Poder-se-ia, porventura, defender que existe um choque de princípios entre a vedação do uso comercial do corpo humano e a autonomia privada. Todavia, entende-se ser uma argumentação de difícil êxito – ao menos no contexto normativo apresentado. Assim, acredita-se que não há, em princípio, um direito fundamental a vender os próprios órgãos e tecidos a partir do direito positivo vigente. O que existe é uma possibilidade de desconstrução dessa proibição, a partir do princípio da autonomia privada. Tendo em vista essas considerações, a pesquisa se relaciona muito mais ao enfoque zetético e a uma proposta de *lege ferenda*.

A visão econômica da vida

Durante muito tempo a Economia foi pensada como uma ciência meramente instrumental. Nessa perspectiva tradicional, conceitos como escassez, eficiência, custo e benefício, oferta e demanda, desempenham um papel essencial. Dentre esses conceitos, a escassez se destaca. Ora, a sociedade possui recursos limitados, razão pela qual deve ser estabelecida uma maneira eficiente de distribuição. Tanto é assim, que o conceito de Economia gira em torno da escassez: Economia é “[..] a Ciência Social que estuda como as pessoas e a sociedade decidem empregar recursos escassos, que poderiam ter utilização alternativa, na produção de bens e serviços de modo a distribuí-los entre as várias pessoas e grupos da sociedade, a fim de satisfazer as necessidades humanas”.¹ Ou simplesmente: “Economia é o estudo de como a sociedade administra seus recursos escassos”.² Dessa maneira, muitos economistas “[...] consideram que a sua função é simplesmente explicar os comportamentos, e não julgá-los. Insistem em que não lhes cabe dizer quais normas deveriam pautar esta ou aquela atividade ou de que maneira este ou aquele bem deve ser valorado”.³ Trata-se de uma visão que exclui os juízos morais do pensamento econômico. Em outras palavras, não seria relevante para o economista as

¹ PASSOS, Carlos Roberto Martins; NOGAMI, Otto. *Princípios de Economia*. 5. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2005, p. 5.

² MANKIOW, Gregory. *Introdução à Economia*. Tradução de Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Cengage Learning, 2005, p. 4.

³ SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 49.

preferências, a correção ou adequação de determinada prática, mas apenas identificar, explicar e propor maneiras para a tornar mais eficiente.

A visão econômica, entretanto, vem expandindo suas fronteiras para esferas que antes eram alheias à lógica de mercado. Trata-se de uma mudança paradigmática da sociedade e da própria Economia. Michael Sandel apresenta com maestria essa transição:

No passado, os economistas lidavam com questões reconhecidamente econômicas – inflação e desemprego, poupança e investimento, taxas de juros e comércio exterior. Explicavam de que maneira os países enriquecem e como o sistema de preços joga com a oferta e a demanda futura da carne de porco e outros bens de mercado. Ultimamente, contudo, muitos economistas abraçaram um projeto mais ambicioso, porque a economia oferece, sustentam eles, não apenas um conjunto de percepções sobre a produção e o consumo de bens materiais, mas também uma ciência do comportamento humano. No cerne dessa ciência está uma ideia simples mas de grande alcance: em todas as esferas da vida, o comportamento humano pode ser explicado partindo-se do princípio de que as pessoas decidem o que fazer sopesando os custos e benefícios das opções à sua frente e escolhendo aquela que acreditam ser capaz de lhes proporcionar maior bem-estar ou que tenham maior utilidade.⁴

Essa transformação revolucionou a abrangência e o conteúdo da Economia. Os preceitos econômicos passaram a ser aplicados a uma grande variedade de situações existenciais, além de absorver uma dimensão comportamental e valorativa.

A partir dessas considerações introdutórias, o presente capítulo busca analisar o mercado regulado de órgãos e tecidos humanos com base em duas perspectivas econômicas. A primeira traz uma reflexão filosófica e sociológica a respeito da ampliação do pensamento econômico nas mais variadas esferas da vida humana e os impactos que isso pode causar na sociedade e na personalidade. A segunda traz uma reflexão mais instrumental e técnica. Busca-se, a partir das concepções teóricas desenvolvidas pela

⁴ SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 50.

Economia, discutir as vantagens e desvantagens de um provável mercado regulado de órgãos e tecidos humanos.

3.1 Mercado e existência

A proposta deste tópico é analisar a relação entre o mercado e a existência, partindo da ampliação dos preceitos econômicos que passaram a atingir aspectos existenciais da vida humana que deveriam, em sua concepção original, permanecer fora da esfera de mercado.

Muito se fala sobre o mercado, sendo salutar a apresentação do seu conceito. Tradicionalmente, “[...] entende-se por mercado um local ou contexto em que compradores (que compõem o lado da procura) e vendedores (que compõem o lado da oferta) de bens, serviços ou recursos estabelecem contatos e realizam transações”.⁵ Todavia, Debra Satz contesta esse conceito meramente descritivo. Entende que os mercados não podem ser compreendidos unicamente como o lugar de reunião de pessoas para a compra e venda de determinados objetos ou, simplesmente, o ato de comprar e vender algo. Essa conceituação simplista e descritiva de mercado não mais se sustentaria. Propõe, desse modo, que os mercados devem ser entendidos como instituições sociais com consequências políticas e relacionais, moldando a maneira como a pessoa se entende e se relaciona com seus iguais. Nas palavras de Satz, “[...] certos mercados nos configuram, bem como nossos relacionamentos com outros e nossa sociedade”.⁶ No mesmo sentido: “[...] o que uma pessoa pode fazer e ser, o que ela quer e o que ela pode esperar, são importantemente influenciados pela estrutura e caráter do mercado”.⁷

⁵ PASSOS, Carlos Roberto Martins; NOGAMI, Otto. *Princípios de Economia*. 5. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2005, p. 16.

⁶ SATZ, Debra. *Why some things should not be for sale: the moral limits of markets*. New York: Oxford, 2012, p. 9. Tradução nossa: “certain markets shape us, our relationships with others, and our society”.

⁷ SATZ, Debra. *Why some things should not be for sale: the moral limits of markets*. New York: Oxford, 2012, p. 7. Tradução nossa: “what a person can do and be, what he wants and what he can hope for, are importantly influenced by the structure and character of the labor market”.

O estudo dessa relação será realizado a partir de três influentes pensadores da contemporaneidade: Charles Taylor, Zygmunt Bauman e Michael Sandel. O objetivo é apresentar algumas reflexões a partir de obras que abordaram a temática, ainda que de maneira periférica. Assim, o recorte será vertical e objetivo, analisando somente os pontos que tocam de maneira decisiva o tema proposto.⁸

3.1.1 Os três mal-estares da modernidade

Charles Taylor, filósofo canadense e professor emérito da *McGill University*, escreve sobre os três mal-estares da modernidade, entendidos como “[...] características de nossa cultura e sociedade contemporâneas que as pessoas experimentam como uma perda ou um declínio, mesmo enquanto nossa civilização se desenvolve”.⁹

O *primeiro* mal-estar da modernidade é o individualismo, que pode ser caracterizado como a possibilidade das pessoas viverem sob a própria percepção de vida boa:

Nós vivemos em um mundo no qual as pessoas possuem o direito de escolher por si mesmas o próprio modo de vida, de decidir conscientemente quais convicções abraçar, de determinar o formato de sua vida em uma série de maneiras que seus antepassados não podiam controlar. E esses direitos geralmente são defendidos por nossos sistemas legais. Em princípio, as pessoas não são mais sacrificadas às demandas de ordens supostamente sagradas que as transcendem.¹⁰

O individualismo representa a liberdade para ser quem quiser, bem como uma ruptura com os antigos e rígidos horizontes morais. Se antes a pessoa tinha uma função, um lugar que era fixado por uma entidade superior, agora cabe à própria pessoa atribuir um significado para sua

⁸ Parte do que será exposto nesse tópico também pode ser encontrado em: OLIVEIRA, Lucas Costa de. Seriam os direitos da personalidade mercadorias? Reflexões sobre a existência de um mercado de direitos existenciais. In: *Direito Civil Contemporâneo II*, p. 161-176. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

⁹ TAYLOR, Charles. *A ética da autenticidade*. Trad. Talyta Carvalho. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 11.

¹⁰ TAYLOR, Charles. *A ética da autenticidade*. Trad. Talyta Carvalho. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 12.

existência. Não existe um propósito superior e comum na sociedade moderna, o propósito deve ser estabelecido por cada pessoa. Dessa maneira, perde-se a fundamentação cósmica ou metafísica da vida. No entanto, essa emancipação também rompe com o significado de mundo e das atividades sociais, no denominado “desencantamento do mundo”.

O grande problema do individualismo é que ele também possui um “lado sombrio”. A centralização da vida exclusivamente em torno de si mesmo pode causar uma perda de significação e uma ausência de preocupação com o outro e com a sociedade. Ou seja, o individualismo pode representar um enfoque restrito aos objetivos e valores pessoais, ignorando todo o contexto social em que a pessoa se encontra inserida. Trata-se da ideia do individualismo como egoísmo, da “cultura do narcisismo”.

O *segundo* mal-estar da modernidade é a primazia da razão instrumental, entendida como a racionalidade baseada em termos de eficiência e custo-benefício. Trata-se do raciocínio mercadológico em que se busca o meio mais econômico para atingir determinado fim. A partir do desencantamento do mundo, nada mais possui uma fundamentação sagrada, tudo passa a estar disponível como instrumento para satisfazer projetos individuais. Essa é uma mudança que possui vantagens e desvantagens:

Por um lado, essa mudança foi libertadora. Por outro, há também um mal-estar generalizado de que a razão instrumental não só ampliou seu âmbito como também ameaça dominar nossa vida. O medo é de que coisas que deveriam ser determinadas por outros critérios serão decididas em termos de eficiência ou análises de “custo-benefício”, de que os fins independentes que deveriam guiar nossa vida serão eclipsados pela demanda para maximizar a produção.¹¹

Assim, depreende-se que a expansão da razão instrumental representa a dominação da vida por um tipo de racionalidade que despreza qualquer tipo de reflexão moral ou ética, resumindo tudo a uma mera análise de custo-benefício e eficiência.

¹¹ TAYLOR, Charles. *A ética da autenticidade*. Trad. Talyta Carvalho. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 15.

Sobre esse ponto, é interessante notar a aproximação com os escritos de Karl Marx – associação realizada tanto por Charles Taylor, quanto por Zygmunt Bauman, Giovanni Berlinguer e Volnei Garrafa. Todos partem do Manifesto Comunista, escrito que afirmou ser resultado inevitável do desenvolvimento do capitalismo a “[...] mercantilização universal por meio da liberalização ilimitada do mercado, pela qual tudo pode ser vendido ou comprado”.¹² Com a expansão do capitalismo, tudo o que era sólido agora se desmancha no ar: “A afirmação é de que os objetos sólidos, duradouros, muitas vezes expressivos, que nos serviram no passado estão sendo postos de lado pelas *commodities* substituíveis, rápidas e malfeitas com as quais agora cercamos”.¹³ Em última análise, estava certo o prognóstico apresentado por Marx. Vive-se um momento de expansão ilimitada da visão econômica, sendo a corporeidade o mais novo objeto de mercado.

O *terceiro* mal-estar da modernidade é a restrição das escolhas causada pela preponderância do individualismo e da razão instrumental. A tese de Taylor é que esse contexto força os indivíduos e a sociedade a “[...] atribuir um maior peso à razão instrumental que, em uma deliberação séria, nós jamais atribuiríamos, e que pode até ser altamente destrutiva”.¹⁴

A restrição de escolhas se manifesta tanto na esfera privada, quanto na esfera pública. Na primeira, a pessoa se vê forçada a seguir a orientação da razão instrumental em detrimento de outras razões – como a moral e a ética. Assim, ao tomar uma decisão sobre o agir prático, atribui-se um maior valor à escolha que seja mais eficiente, sem que haja uma deliberação sobre as outras alternativas possíveis. Há uma restrição das escolhas porque existe um contexto que estimula o caminho que disponha do melhor custo-benefício. Sobre essa circunstância, Taylor apresenta o exemplo da dificuldade em enfrentar os problemas ambientais, como a diminuição

¹² BERLINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei. *O mercado humano: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo*. 2. ed. Brasília: Editora UnB, 2001, p. 45.

¹³ TAYLOR, Charles. *A ética da autenticidade*. Trad. Talyta Carvalho. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 16.

¹⁴ TAYLOR, Charles. *A ética da autenticidade*. Trad. Talyta Carvalho. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 18.

da camada de ozônio.¹⁵ Na segunda, as pessoas ficam tão restritas aos próprios interesses e objetivos que perdem a vontade de participar da vida política: “[...] eles preferirão ficar em casa e desfrutar as satisfações da vida privada, contanto que o governo vigente produza os meios para tais satisfações e os distribua abertamente”.¹⁶

Charles Taylor sintetiza os três mal-estares da modernidade da seguinte maneira: “O primeiro medo é sobre o que poderíamos chamar de perda de significado, o enfraquecimento dos horizontes morais. O segundo diz respeito ao eclipse dos propósitos diante da disseminação da razão instrumental. E o terceiro é sobre a perda de liberdade.”¹⁷

A maior parte do livro trata sobre o primeiro mal-estar. O individualismo é apresentado como uma maneira de autorrealização que se aproxima do egoísmo. Também se argumenta que o individualismo causa uma aceitação do relativismo moral: todos os valores devem ser aceitos, as pessoas são livres para viver a vida com quizerem, logo, não deve haver interferência nas escolhas individuais, mas apenas respeito. Dessa maneira, se não existe um juízo moral sobre as escolhas das pessoas, tudo passa a ser permitido.

Taylor critica essa forma de individualismo porque se resume a um centramento na pessoa (*self*) e um desligamento de questões externas (religiosas, políticas ou históricas). Assim, afirma que “[...] o relativismo defendido abertamente hoje é um engano profundo”.¹⁸ Defende, portanto, uma ressignificação do individualismo – afinal, a liberdade representa um ganho primordial conquistado na modernidade. A proposta é a identificação da autorrealização como um ideal moral que significa ser fiel a si mesmo, ou em outras palavras, ser autêntico.

A *ética da autenticidade* combate a concepção do individualismo atrelada ao relativismo na medida em que entende a autenticidade como um

¹⁵ TAYLOR, Charles. *A ética da autenticidade*. Trad. Talyta Carvalho. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 18.

¹⁶ TAYLOR, Charles. *A ética da autenticidade*. Trad. Talyta Carvalho. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 18.

¹⁷ TAYLOR, Charles. *A ética da autenticidade*. Trad. Talyta Carvalho. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 19.

¹⁸ TAYLOR, Charles. *A ética da autenticidade*. Trad. Talyta Carvalho. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 24.

ideal moral válido. Deste modo, entende-se que é possível discutir racionalmente as ações, as concepções de vida boa, combatendo o subjetivismo e o relativismo moral. Segundo Taylor, é possível fundamentar racionalmente as escolhas pois existem formas de vida que são mais elevadas – aquelas que são fieis a si mesmas.

A grande questão defendida pelo filósofo canadense é que a autenticidade supõe demandas para além do *self*. A pessoa somente pode exercer sua autenticidade em um horizonte que é dado, em um mundo que é histórico. Desse modo, o individualismo como autenticidade não se identifica com o egoísmo, a exclusão ou o isolamento. Pelo contrário, a pessoa somente se perfaz em um contexto dialógico, nos laços com o outro.

O agente que procura significado na vida, tentando se definir de maneira significativa, deve existir em um horizonte de questões importantes. Isso é autodestruição nos modos de cultura contemporânea que se concentram na autorrealização *em oposição* às demandas da sociedade, ou da natureza, que *bloqueia* a história e os laços de solidariedade. Essas formas aut centradas “narcisistas” são de fato superficiais e banalizadas; são “niveladas e restritas, como Bloom diz. Mas isso não é porque pertencem à cultura da autenticidade. Antes, porque vão de encontro as suas requisições. Bloquear demandas emanadas além do *self* é precisamente suprimir a condição de significado e, portanto, incorrer em banalização.¹⁹

Também indispensável na construção de autenticidade apresentada por Charles Taylor é ideia de reconhecimento. O individualismo visto como mal-estar da modernidade enxerga a pessoa como um ser isolado, um ser autossuficiente – e, por isso, tem uma forte carga egoística. Em outra perspectiva, a autorrealização somente pode ser atingida no relacionamento com outras pessoas. Assim, afirma que a identidade e a pessoalidade devem ser conquistadas e reconhecidas pelo outro. Como o reconhecimento exige um horizonte que seja compartilhado, o individualismo como autenticidade é um ideal que exige interação, alteridade.

¹⁹ TAYLOR, Charles. *A ética da autenticidade*. Trad. Talyta Carvalho. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 49.

Em suma, podemos dizer que a autenticidade (A) envolve (i) criação e construção, assim como descoberta, (ii) originalidade e, frequentemente, (iii) oposição às regras da sociedade e mesmo potencialmente ao que reconhecemos como moralidade. Contudo, também é verdade, como vimos, que (B) requer (i) abertura aos horizontes de significado (visto que de outro modo a criação perde o pano de fundo que pode salvá-la da insignificância) e (ii) uma autodefinição no diálogo. Há que se admitir que tais exigências podem estar em tensão. Mas o que deve estar errado é um simples privilégio de um sobre o outro, de (A), em detrimento de (B), ou vice-versa.²⁰

Embora o enfoque de Taylor tenha sido o individualismo e a ética da autenticidade, a predominância da razão instrumental é uma observação determinante para a temática do mercado regulado de órgãos e tecidos humanos. Com a expansão e a dominação da razão instrumental, tudo passa a ser um mero meio para a satisfação dos desejos e projetos individuais. A primazia desse tipo de racionalidade acaba por restringir as escolhas, na medida em que há uma supervalorização das alternativas que tragam maior eficiência e que apresentem a melhor relação custo-benefício. Nesse cenário, o próprio corpo passa a ser interpretado e utilizado sob uma perspectiva puramente instrumental. A corporeidade passa a ser uma manifestação exclusiva da razão instrumental – sem nenhuma outra preocupação axiológica:

Além disso, nossa sociedade tecnocrática e burocrática dá cada vez mais importância à razão instrumental. Isso fortalece o atomismo, porque nos induz a ver nossas comunidades, assim como muitas outras coisas, em uma perspectiva instrumental. Contudo, também produz antropocentrismo ao nos fazer assumir uma postural instrumental para todas as facetas de nossa vida e arredores: para o passado, natureza, assim como para nossos arranjos sociais.²¹

Assim como o individualismo, a razão instrumental acarreta uma visão egoística e autocentrada da vida. Não obstante, Taylor defende que as pessoas não estão presas em uma “jaula de ferro”. Certamente a sociedade

²⁰ TAYLOR, Charles. *A ética da autenticidade*. Trad. Talyta Carvalho. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 73.

²¹ TAYLOR, Charles. *A ética da autenticidade*. Trad. Talyta Carvalho. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 66.

moderna impõe uma “[...] hegemonia cada vez mais profunda da razão instrumental”.²² Contudo, as pessoas possuem o poder de alterar a sociedade e o contexto em que vivem, de combater a fragmentação causada pelo individualismo e pela razão instrumental. Esse poder é alcançado pela participação na esfera pública, pelo consenso democrático, pelo senso de pertencimento a uma comunidade política.

Em suma, Charles Taylor apresenta os três mal-estares da modernidade de maneira crítica. Se por um lado, o individualismo, a razão instrumental e a restrição de escolhas podem representar o declínio da modernidade, por outro, se interpretados da maneira correta, podem representar a elevação dos seus ideais. O caminho perpassa pela ética da autenticidade. A autorrealização possibilita a cada pessoa ser fiel a si mesmo, sem que haja uma aniquilação do outro e da sociedade.

3.1.2 A vida para consumo

Zygmunt Bauman, renomado sociólogo polonês, descreve o processo de transformação das pessoas em mercadorias. Essa mudança é analisada através da transição de uma sociedade de produtores para uma sociedade de consumidores. Nessa nova organização social, as pessoas são promotoras das mercadorias e as próprias mercadorias a serem promovidas:

Na maioria das descrições, o mundo formado e sustentado pela sociedade de consumidores fica claramente dividido entre as *coisas a serem consumidas* e *os que as escolhem*; as mercadorias e seus consumidores: as coisas a serem consumidas e os seres humanos que as consomem. Contudo, a sociedade de consumidores é o que é precisamente por não ser nada desse tipo. O que a separa de outras espécies de sociedade é exatamente o *embaçamento* e, em última instância, a *eliminação* das divisões citadas acima. Na sociedade de consumidores, ninguém pode se tornar sujeito sem primeiro virar mercadoria, e ninguém pode manter segura sua subjetividade sem reanimar, ressuscitar e

²² TAYLOR, Charles. *A ética da autenticidade*. Trad. Talyta Carvalho. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 109.

recarregar de maneira perpétua as capacidades esperadas e exigidas de uma mercadoria vendável.²³

O paralelo traçado entre sociedade de produtores e sociedade de consumidores apresenta questões determinantes. Na primeira, a ideia da venda da capacidade de trabalho surge para justificar o mercado de trabalho, uma vez que o homem não poderia ser um simples objeto posto à venda. A partir do momento em que se separa a capacidade de trabalho da pessoa que realiza o trabalho, encontra-se uma fundamentação razoável: a capacidade de trabalho pode ser uma mercadoria, a pessoa jamais. É o que se optou por denominar de fetichismo da mercadoria. Na sociedade de consumidores, é a subjetividade que tem a função de separar a pessoa da mercadoria. A proposição cartesiana que divide o sujeito (consumidor) e o objeto (mercadoria), evita qualquer tentativa de objetificação do ser humano – sujeito por excelência. Assim, “[...] se foi destino do *fetichismo da mercadoria* ocultar das vistas a substância demasiado humana da sociedade de *produtores*, é papel do *fetichismo da subjetividade* ocultar a realidade demasiado comodificada da sociedade de *consumidores*”.²⁴

A grande ruptura se deu, segundo Zygmunt Bauman, na passagem do consumo ao consumismo. O consumo é um atributo dos indivíduos (e.g. consome-se energia e alimentos), ao passo que o consumismo representa um atributo da sociedade. O consumismo vem ocupar o lugar que o trabalho ocupou no modelo anterior de sociedade. Essa sociedade de consumo é pautada sob uma cultura “agorista” e imediatista, onde sempre surgem novos desejos e necessidades que devem ser saciadas imediatamente. É nessa perspectiva que o sociólogo polonês fala em um tempo pontilhista, marcado por rupturas e descontinuidades. Cada ponto é marcado por “instantes eternos”, representando um mar de possibilidades. Aqui, ao contrário do tempo linear, não há espaço para progresso, para

²³ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 20, grifos do autor.

²⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 23, grifos do autor.

futuro – o momento é o agora. O valor supremo e característico da sociedade de consumidores é a busca de uma vida feliz, mas uma felicidade terrena, instantânea e, ao mesmo tempo, perpétua. E é justamente por essa cultura hedonista, alcançada pelo consumo, que a infelicidade é apontada como uma abominação.

Outra característica dessa sociedade de consumidores é a crescente individualização do ser humano, ocasionada pelo enfraquecimento e fragmentação dos vínculos relacionais. A preocupação e a solidariedade com o outro faz com que cresça a relação de dependência, de responsabilidade, de alteridade. O indivíduo consumidor, marcado pelo hedonismo imediatista, não faz planos, não cria laços – o consumo é uma atividade solitária.

O indivíduo da sociedade de consumidores é também a própria mercadoria. Esse indivíduo não nasce pronto, mas deve fazer de si mesmo – e não apenas se tornar – uma mercadoria vendável. Trata-se de um processo de auto fabricação em que o próprio mercado fornece as ferramentas necessárias. É nesse processo de objetificação do ser humano que as barreiras entre sujeito e objeto se entrelaçam.

A história da humanidade é descrita, de maneira geral, como um caminhar rumo a um ganho de liberdade pessoal e racionalidade. Zygmunt Bauman pondera a respeito de uma perspectiva divergente:

Em vez de ser um passo rumo à emancipação final do indivíduo em relação às múltiplas coerções externas, essa passagem pode se revelar como a conquista, a anexação e a colonização da vida pelo mercado de bens de consumo – sendo o significado mais profundo (ainda que reprimido e escondido) dessa conquista a elevação das leis escritas e não escritas do mercado à categoria de preceitos da vida; o tipo de preceito que só pode ser ignorado por conta e risco de quem quebra a norma, e que tende a ser punido com a exclusão.²⁵

Essa colonização do mundo da vida pelo mercado acaba por fazer do Estado, enfraquecido e abalado, um dos grandes prejudicados. A soberania, característica fundamental do Estado moderno, passa a ser contestada

²⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 82.

pelo mercado de consumo. Esse mercado é quem estabelece os incluídos e excluídos pela regra do jogo. Esse “estranho soberano” é ávido por autopromoção, apresenta suas sentenças e não admite apelação.

A questão central parece ter sido resumida por James Livingstone: “[...] a forma mercadoria penetra e transforma dimensões da vida social até então isentas da sua lógica, até o ponto em que a própria subjetividade se torna uma mercadoria a ser comprada e vendida no mercado, como a beleza, a limpeza, a sinceridade e a autonomia”.²⁶

A conclusão aponta na direção da transformação das pessoas em mercadorias. O ponto a indagar seria: existe um limite para transformação? Todos os aspectos da vida humana podem ser tratados como bens de consumo? Qual o papel do Direito frente a esse novo modelo de sociedade que se apresenta? São perguntas deixadas sem respostas. O grande mérito de Bauman reside na identificação e caracterização desse novo modelo de sociedade.

3.1.3 Os limites morais do mercado

Michael Sandel, filósofo americano e professor da *Harvard University*, aborda a questão dos limites morais do mercado em uma perspectiva casuística. Por meio da análise de diversas situações dominadas pela mercantilização, busca encontrar um limite para a penetração do mercado na esfera existencial da vida humana. Para exemplificar, aponta algumas coisas que podem ser compradas atualmente: *upgrade* na cela carcerária; barriga de aluguel indiana; direito de ser imigrante nos Estados Unidos; óvulos e espermatozoides “de grife”. Caso não haja dinheiro, também indica coisas que podem ser vendidas: espaço no corpo para publicidade comercial; serviço de cobaia humana em testes de laboratórios farmacêuticos; esterilização ou controle permanente de natalidade em casos de mães viciadas

²⁶ LIVINGSTONE, James *apud* BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 152.

em drogas.²⁷ Dentre os diversos casos analisados no livro “O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado”, três foram escolhidos para uma análise mais detida.

Existe um grande número de bebês que são gerados por mães viciadas em drogas, sem condições financeiras e emocionais para cuidarem dos seus filhos. O resultado dessa prática é desolador: crianças que já nascem viciadas, sofrerão abusos, ou serão abandonadas. Tendo tal horizonte em mente, Barbara Harris, fundadora da organização caritativa *Project Prevention*, sediada nos Estados Unidos, pensou em uma solução para o problema. As mães viciadas que aceitem ser submetidas à esterilização ou ao controle permanente de natalidade, são remuneradas em US\$ 300. Harris também levou seu programa para a Grã-Bretanha, onde sofreu muita resistência da imprensa e da Associação Médica Britânica. No Quênia, a proposta consiste no pagamento de US\$ 40 para mulheres portadoras do vírus HIV que aceitem dispositivos intrauterinos de contracepção.

Barbara Harris reconhece que, em sua maioria, as mães utilizam o dinheiro para comprar drogas. Contudo, entende que é um preço justo para impedir que crianças venham a nascer sem nenhuma perspectiva de vida digna. Do ponto de vista mercadológico, a transação gera benefícios para ambas as partes, não havendo nenhum problema. A viciada, no exercício de sua “autonomia”, recebe a remuneração, ao passo que a organização recebe a garantia de que não haverá mais filhos gerados por essas mães viciadas.

Todavia, do ponto de vista moral, a esterilização destas mulheres vem sofrendo rejeições. Os argumentos são de dois tipos: a coerção e o suborno. Pelo primeiro, alega-se que as mães viciadas que aceitam a remuneração para serem esterilizadas não agem livremente. Em virtude da situação econômica dessas mulheres, haveria uma coerção irresistível. O segundo argumento diz respeito ao que está sendo comprado e vendido. O suborno

²⁷ SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 9-11.

ou corrupção consiste em comprar e vender algo que não deveria estar submetido às regras de mercado.²⁸

A publicidade vem ocupando espaços inusitados nos últimos tempos. Agora, o próprio corpo se transforma em um *outdoor*. Em 1988, um pequeno restaurante mexicano fez uma oferta de almoço livre pelo resto da vida para quem tatuasse o logotipo do restaurante no corpo – um garoto de sombrero cavalgando uma gigantesca espiga de milho. Em poucos meses, mais de quarenta pessoas andavam por São Francisco com a tatuagem no corpo. Em Londres uma empresa começou a comercializar espaço publicitário na testa das pessoas. As tatuagens eram temporárias e foram recrutados estudantes universitários dispostos a andar com os logotipos na testa pela remuneração de £ 4,20 por hora. Na mesma linha, a *Air New Zealand* contratou trinta pessoas para rasparem a cabeça e usarem uma tatuagem temporária na parte traseira com a frase: “Precisando mudar? Viaje para Nova Zelândia”. A remuneração era de US\$ 777 – em alusão ao Boeing 777. Por fim, Michael Sandel relata o caso de uma mulher que leilou o acesso comercial à sua própria testa, com o objetivo de arrecadar fundos para a educação do seu filho. Um cassino online aceitou pagar o preço de US\$ 10.000 e Kari Smith teve o endereço eletrônico do cassino tatuado, permanentemente, em sua testa.²⁹

Por fim, outra situação invadida pela lógica mercantil é a procriação. Na China, há mais de três décadas é adotada a política de filho único. Com o objetivo de reduzir o crescimento populacional, essa política autoriza os casais em áreas urbanas a terem apenas um filho, enquanto os casais em área rurais podem ter um segundo filho caso a prole inicial seja do sexo feminino. Para aqueles que descumprem a disposição legal, a consequência é a aplicação de uma multa de aproximadamente 200.000 *iuans* (equivalente a US\$ 31.000). Acontece que os casais mais abastados interpretam essa multa como se fosse uma simples taxa: pagam a quantia e

²⁸ Sobre o caso da esterilização remunerada, conferir: SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 45-49.

²⁹ Sobre o caso do corpo como espaço de propaganda, conferir: SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 179-184.

exercem seu direito de planejamento familiar sem nenhuma limitação. Assim, observa-se que o poder financeiro se torna um fator determinante para o exercício do direito de procriação – um direito exclusivo daqueles que têm como pagar a multa imposta.

Sobre a temática das políticas de controle populacional, uma tese que vem ganhando espaço entre economistas ocidentais diz respeito às autorizações de procriação negociáveis: “[...] cada mulher receberia um certificado (ou dois, dependendo da política a ser adotada) dando-lhe direito de ter um filho. Ela teria a liberdade de fazer uso do certificado ou vendê-lo pelo valor de mercado”.³⁰ Novamente, do ponto de vista econômico, a negociação não teria nenhum problema. Inclusive, essa autorização de procriação negociável seria preferível frente a outras políticas, já que seria uma troca mutuamente vantajosa e eficiente: uma parte ganha a autorização de ter mais um filho, enquanto a outra ganha uma remuneração que julga ser mais importante que seu direito de procriação. Os opositores argumentam que uma política nesses moldes acabaria por tornar a filiação uma mercadoria de luxo, exclusiva daqueles que possuem um maior poder aquisitivo, gerando uma situação de desigualdade e exploração.³¹

Tendo analisado esses e outros casos, o filósofo americano sintetiza dois argumentos que reverberaram no debate a respeito do que o dinheiro deve ou não comprar. O *argumento da equanimidade* diz respeito às situações de desigualdade que as escolhas de mercado podem gerar, ao passo que a *objeção da corrupção* aponta para as atitudes e normas que podem ser prejudicadas, alteradas e dissolvidas pelo mercado. Michael Sandel exemplifica a questão a partir da compra e venda de órgãos:

É verdade que o dinheiro pode comprar um rim sem comprometer seu valor. Mas será que os rins devem ser comprados e vendidos? Os que acham que não costumam levantar dois argumentos: afirmam que esses mercados exploram os pobres, cuja decisão de vender o rim pode não ser realmente voluntária (o

³⁰ SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 71.

³¹ Sobre o caso da procriação negociável, conferir: SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 70-73.

argumento da equanimidade). Ou então sustentam que esses mercados promovem uma visão degradante e coisificante da pessoa humana, como se fosse uma coleção de partes avulsas (o argumento da corrupção).³²

O argumento da equanimidade possui algumas dimensões. Uma delas é pautada na exploração que a prevalência do mercado em esferas existenciais poderia trazer: “[...] numa sociedade em que tudo está à venda, a vida fica mais difícil para os que dispõem de recursos modestos. Quanto mais o dinheiro pode comprar, mais importante é a afluência (ou a sua falta)”.³³ A grande questão seria que a desigualdade é acentuada quando o dinheiro passa a comprar coisas que antes não comprava: influência política, acesso às melhores escolas, bom atendimento médico e, até mesmo, obtenção de órgãos e tecidos humanos.³⁴

Uma outra dimensão do argumento da equanimidade, diz respeito à impossibilidade de manifestação da vontade livre nessas situações. Argumenta-se que os pobres não poderiam consentir de maneira voluntária e válida pelo fato de não possuírem alternativas, além de estarem submetidos a uma forte pressão. Trata-se de uma ideia próxima dos vícios de consentimento, na medida em que se refere à coação sofrida por essas pessoas. De todo modo, em uma situação ideal, onde todos pudessem consentir de maneira efetivamente livre, sem nenhum tipo de coerção, a prática comercial não sofreria essa objeção. Qualquer coisa poderia ser comprada e vendida.

Por outro lado, o argumento da corrupção indica um defeito intrínseco, apontando para uma razão categórica. Comprar e vender coisas de caráter existencial seria degradante e errado por si só. A corrupção pode se manifestar de duas maneiras: A primeira se dá pela objetificação da pessoa, pela sua instrumentalização, pelo uso como mero instrumento de lucro e uso; a segunda ocorre pela degradação de outras normas ou valores

³² SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 110.

³³ SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 14.

³⁴ SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 14.

pelo mercado. Alega-se que o mercado, ao invadir uma esfera que antes era alheia aos seus preceitos, elimina e corrompe os valores que antes eram exercidos, transformando tudo em uma mera análise de custo-benefício.

As objeções da equanimidade e da corrupção diferem em suas implicações no que diz respeito ao mercado: o argumento da equanimidade não levanta objeção à mercantilização de certos bens sob a alegação de que são preciosos, sagrados ou que não têm preço; insurge-se contra a compra e venda de bens num contexto de desigualdade suficientemente grave para gerar condições injustas de barganha. Não sustenta uma objeção à mercantilização de bens (seja o sexo, os rins ou admissão em universidades) numa sociedade em que prevaleçam condições de justiça. O argumento da corrupção, em contraste, centra-se no caráter dos bens propriamente ditos e das normas que devem governá-los. Não pode, assim, ser atendido simplesmente pelo estabelecimento de condições justas de barganha. Mesmo numa sociedade sem diferenças injustas de poder e riqueza, continuaria havendo coisas que o dinheiro não deve comprar. Isso porque os mercados não são simples mecanismos; eles também encarnam certos valores. E às vezes os valores de mercado podem jogar para escanteio normas alheias a ele que merecem ser preservadas.³⁵

Como conclusão, Michael Sandel propõe que nem todos os bens podem ser comprados e vendidos, devendo haver um limite estabelecido caso a caso, levando sempre em consideração os argumentos da equanimidade e da corrupção.

3.2 Mercado e eficiência

Neste tópico serão abordados temas relacionados à perspectiva instrumental da Economia. Dessa maneira, o mercado regulado de órgãos e tecidos humanos será debatido a partir de uma análise estritamente econômica, utilizando-se de concepções mais técnicas, tais como oferta e demanda, custo-benefício e incentivos financeiros. Não há, portanto, uma

³⁵ SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 112.

preocupação ética no estudo das questões aqui propostas. A grande pergunta a ser respondida é se um mercado regulado de órgãos e tecidos humanos pode ser uma alternativa eficiente. Para responder esse questionamento, será necessário verificar se esse mercado aumentará a oferta de órgãos, enfraquecerá o mercado negro e será viável economicamente.

3.2.1 Aumento da oferta

Parte-se da premissa de que um mercado regulado de órgãos e tecidos humanos tem como principal consequência o aumento da oferta de órgãos e tecidos disponíveis para transplantes. Trata-se de um dos principais argumentos utilizados por aqueles que são favoráveis a esse mercado. O raciocínio é o seguinte: tem-se uma demanda por órgãos e tecidos que cresce a cada ano; a oferta não consegue atender a demanda, ocasionando uma situação de déficit na área dos transplantes; o resultado é o aumento nas filas de espera, a criação de um mercado negro e milhares de mortes. A principal maneira de combater esse déficit de órgãos e tecidos humanos tem sido o fortalecimento do altruísmo, principalmente por intermédio de campanhas educacionais sobre a importância da doação. Contudo, a escassez de órgãos e tecidos permanece constante – ou, em alguns casos, apresenta um acréscimo. Por essas razões, economistas e filósofos passaram a defender a criação de um mercado regulado de órgãos e tecidos humanos, argumentando que esse mercado teria como consequência um aumento da oferta e, conseqüentemente, uma diminuição das mortes. Trata-se de uma das premissas mais importantes nesse debate – afinal, se esse mercado não conseguir um aumento efetivo da oferta, a hipótese é enfraquecida. Portanto, um mercado regulado de órgãos e tecidos humanos deve ser capaz de aumentar a quantidade de órgãos e tecidos disponíveis para transplante.

Um dos princípios básicos da Economia, apresentado por Gregory Mankiw, é que as pessoas reagem a incentivos. O economista argumenta que, “[...] como as pessoas tomam decisões por meio da comparação de

custos e benefícios, seu comportamento pode mudar quando os custos ou benefícios mudam. Em outras palavras, as pessoas reagem a incentivos”.³⁶ A grande questão é identificar como as pessoas vão reagir aos incentivos financeiros para dispor de seus órgãos e tecidos. O raciocínio mais óbvio é no sentido de que a oferta tende a aumentar, porquanto existam incentivos financeiros estimulando tal prática – afinal, o homem seria um ser movido por interesse egoísticos. Essa é uma visão que se encontra presente desde os escritos de Adam Smith:

O homem tem quase constantes oportunidades para esperar ajuda de seus semelhantes, e seria vão esperar obtê-la somente da benevolência. Terá maiores chances de ser bem-sucedido se puder interessar o amor-próprio deles a seu favor, e mostrar-lhes que é para sua própria vantagem fazer para ele aquilo que deles se exige. Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro, ou do padeiro que esperamos nosso jantar, mas da consideração que eles têm pelos seus próprios interesses. Cada indivíduo não tem a intenção de promover o interesse público, nem sabe o quanto o está promovendo. Não pensa senão no próprio ganho, e neste caso, como em muitos outros casos, é conduzido por uma mão invisível a promover um fim que não fazia parte de sua intenção. E nem sempre é pior para sociedade que não fizesse parte. Ao perseguir seu próprio interesse, ele frequentemente promove o interesse da sociedade de modo mais eficaz do que faria se realmente se prestasse a promovê-lo.³⁷

Desse modo, partindo da teoria econômica tradicional, o resultado da criação de um mercado regulado de órgãos e tecidos humanos seria o aumento da oferta. Esse é o raciocínio de Gary S. Becker, ganhador do Nobel de Economia em 1992: “Se as leis fossem alteradas para que os órgãos pudessem ser comprados e vendidos, algumas pessoas não doariam por altruísmo, mas pelo ganho financeiro. O resultado seria um aumento da oferta de órgãos”.³⁸ Ou ainda: “Quando a procura excede a oferta de bens

³⁶ MANKIWI, Gregory. *Introdução à Economia*. Tradução de Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Cengage Learning, 2005, p. 7.

³⁷ SMITH, Adam apud MANKIWI, Gregory. *Introdução à Economia*. Tradução de Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Cengage Learning, 2005, p. 11.

³⁸ BECKER, Gary S. Should the purchase of organs for transplant surgery be permitted? *The Becker-Posner Blog*, 1 jan. 2006, p. 1. Tradução nossa: “If laws were changed so that organs could be purchased and sold, some people would give not out of altruism, but for the financial gain. The result would be an increased supply of organs”.

comuns, o preço é aumentado para que os fornecedores sejam induzidos a aumentar a quantidade fornecida. O uso de incentivos similares induziria mais pessoas a permitir que seus órgãos fossem utilizados para transplante depois que elas morressem”.³⁹

Por outro lado, há quem entenda que os incentivos financeiros, quando direcionados a questões existenciais, adquirem uma nova feição. O clássico estudo realizado por Richard Titmuss a respeito da doação de sangue é um bom ponto de partida.⁴⁰ O sociólogo britânico comparou o sistema de doação de sangue vigente no Reino Unido, onde todo o sangue disponível para transfusão é doado por voluntários não remunerados, e o sistema vigente nos Estados Unidos, onde parte do sangue disponível para transfusão é doado por voluntários não remunerados, e outra parte é comprada por bancos comerciais de pessoas que aceitam vender seu sangue em troca de uma remuneração.

No período do estudo, a demanda por sangue havia aumentado consideravelmente em razão das novas técnicas de cirurgia, bem como por razões sociais e econômicas. No Reino Unido, onde os doadores não eram remunerados, o número de doações cresceu o suficiente para cobrir a nova demanda. Por outro lado, no sistema remunerado dos Estados Unidos, a demanda não foi superada, gerando graves problemas de escassez.⁴¹

Após discorrer sobre aspectos éticos e pragmáticos, Richard Titmuss conclui que o sistema britânico de coleta de sangue funciona melhor que o sistema americano, em termos econômicos e práticos. Segundo o sociólogo, o sistema americano leva à escassez crônica, desperdício de sangue, custos mais altos e maior risco de contaminação.⁴²

³⁹ BECKER, Gary S. How Uncle Sam could ease the organ shortage. *Bloomberg*, 20 jan. 1997, p. 2. Tradução nossa: “When demand exceeds supply for ordinary goods, the price is raised to suppliers in order to induce them to increase the quantities provided. Using similar incentives would induce more people to allow their organs to be used for transplant after they die.”

⁴⁰ TITMUSS, Richard. *The gift relationship: from human blood to social policy*. New York: The New York University Press, 1997.

⁴¹ SINGER, Peter. Altruism and Commerce: a defense of Titmuss against Arrow. *Philosophy and Public Affairs*, vol. 2, n. 3, 1973, p. 314-315.

⁴² SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 121.

A partir do caso da compra e venda de sague, além de outros casos estudados, Michael Sandel afirma que existem situações que não obedecem a regra dos incentivos financeiros. A justificativa do filósofo é que algumas situações são regidas por normas para além do mercado. Os exemplos vão desde casos mais simples, como os incentivos para que as pessoas leiam ou percam peso, até casos mais complexos, como os já mencionados incentivos para esterilização ou para imigração.

Os economistas muitas vezes partem do pressuposto de que os mercados não afetam nem comprometem os bens que regulam. Mas não é verdade. Os mercados deixam sua marca nas normas sociais. Muitas vezes, os incentivos de mercado corroem ou sobrepõem os incentivos que não obedecem à lógica do mercado. Um estudo feito em creches de Israel mostra como isso pode acontecer: os pais às vezes atrasavam na hora de buscar os filhos. Um professor precisava tomar conta deles até que os pais retardatários chegassem. Para resolver o problema, as creches estabeleceram uma multa para os atrasos. Que terá acontecido então? Os atrasos aumentaram. Para quem parte do princípio de que as pessoas reagem bem aos incentivos é um resultado intrigante. Caberia esperar que a multa reduzisse, em vez de aumentar, a incidência de atrasos.⁴³

Acontece que o estudo de Richard Titmuss gerou muitos debates e foi contestado por diversos estudiosos, como Kenneth Arrow e Gary Becker:

Titmuss basicamente ignorou que o sistema americano estava, na verdade, conseguindo mais sangue per capita do que o sistema britânico. Ao contrário, ele concentrou na qualidade do sangue. Como uma fração significativa do sangue americano vinha de indivíduos com hepatite e outras doenças que não podiam ser detectadas, o sangue doado sob o sistema britânico tendia a ser mais saudável.⁴⁴

⁴³ SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 65-66.

⁴⁴ BECKER, Gary S. Should the purchase of organs for transplant surgery be permitted? *The Becker-Posner Blog*, 1 jan. 2006, p. 2. Tradução nossa: "Titmuss basically ignored that the American system in fact was getting more blood per capita than the British system. Instead, he concentrated on the quality of the blood. Since a significant fraction of the American blood came from individuals with hepatitis and other diseases that could not be screened out, the blood given under the British system tended to be healthier".

Dessa maneira, Becker defende que o sistema de doação de sangue remunerado vigente nos Estados Unidos produzia mais sangue quando comparado com o sistema vigente no Reino Unido. O que acontecia era que o sistema americano apresentava uma maior probabilidade de adquirir sangue com doenças. Isso ocorria porque não havia tecnologias disponíveis para detectar essas doenças, sendo que grande parte era proveniente de pessoas sem o devido cuidado com a saúde. Assim, argumenta-se que o sistema americano era mais eficiente, não obstante ter uma maior possibilidade de adquirir sangue de baixa qualidade – o que não é um problema na atualidade, haja vista as tecnologias de amplo acesso para esse tipo de verificação.

Apesar das considerações teóricas, o aumento da oferta de órgãos e tecidos humanos é, sobretudo, uma questão empírica. Assim, a experiência iraniana deve ser mencionada, já que foi o primeiro e único país a regular um mercado de rins. Em 1988 um sistema remunerado e regulado de doação de rins foi adotado no Irã. Como resultado, a oferta aumentou de tal maneira que em 1999 não havia mais listas de espera para transplantes renais no país. Até o final de 2005, um total de dezenove mil seiscentos e nove transplantes renais haviam sido realizados.⁴⁵ As especificidades do modelo iraniano serão analisadas mais adiante. Por ora, o que importa indicar é que tal modelo aumentou consideravelmente a oferta de órgãos para transplante.

A partir da experiência empírica e específica realizada no Irã, é possível considerar que a oferta de órgãos para transplante tende a aumentar consideravelmente a partir da abertura e regulação desse mercado. Contudo, o estudo realizado sobre o sistema de doação de sangue relativiza a conclusão de que um mercado regulado aumenta, inevitavelmente, a oferta de bens – especialmente quando relacionados ao corpo humano. Resta saber, portanto, se a experiência iraniana pode ser exportada para outros países.

⁴⁵ GHODS, Ahad J.; SAVAJ, Shekoufeh. Iranian model of paid and regulated living-unrelated kidney donation. *Clinical Journal of the American Society of Nephrology*, n. 1, 2006, p. 1137.

3.2.2 Enfraquecimento do tráfico

O mercado negro pode ser entendido como o conjunto de atividades realizadas à margem do controle estatal. O surgimento desse mercado ocorre a partir da proibição, restrição ou imposição de alguma prática social, razão pela qual é possível dizer que a história das atividades ilegais é tão antiga quanto a das leis.⁴⁶ Desse modo, é correto afirmar que toda proibição jurídica pode acarretar a criação de um mercado negro, em maior ou menor grau. Foi assim no caso da criminalização das drogas, do aborto, além do comércio de órgãos e tecidos.

Vários são os setores englobados pelo conceito de mercado negro, com destaque para o tráfico de produtos ou serviços proibidos e o tráfico de produtos ou serviços regulamentados. No primeiro caso, pode-se exemplificar com o tráfico de drogas e o tráfico de órgãos; já no segundo caso, tem-se como exemplo o contrabando de cigarros e as contrafações de obras.⁴⁷

A existência de um robusto mercado negro de órgãos e tecidos humanos é notória. A escassez aliada à proibição legal tem como consequência o surgimento desse mercado. Existem incontáveis estudos que tratam dessa problemática, especialmente no campo da sociologia e da criminologia. Portanto, foge ao escopo dessa pesquisa a apresentação e discussão de todas as nuances do tráfico de órgãos e tecidos humanos – o que demandaria um trabalho dedicado ao tema. Não obstante, apresentam-se algumas informações com a finalidade de comprovar a existência e a gravidade desse mercado negro.

Nancy Scheper-Hughes, professora de antropologia da *University of California*, é a maior expoente sobre essa temática. Seu principal artigo trata sobre o tráfico de órgãos ao redor do mundo, inclusive no Brasil. A pesquisadora inicia suas observações sobre o contexto brasileiro a partir da ditadura militar, afirmando que adultos e crianças eram sequestradas

⁴⁶MACKEEY, Ejan; ROSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 185.

⁴⁷ MACKEEY, Ejan; ROSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 186.

e tinham seus órgãos retirados em muitas situações durante esse período. O ápice da venda de órgãos teria ocorrido durante o governo do General Figueiredo.⁴⁸ Após a transição democrática, essas práticas se transformaram em formas mais suaves e ocultas – mas sempre permaneceu ativa. Diversos são os casos relatados pela antropóloga, como o de uma jovem que precisava de um transplante de córnea e foi informada que por alguns milhares de dólares iria para o início da fila. Nas palavras de Scheper-Hughes:

Eu entrevistei o Dr. L, um nefrologista particular no Rio que denunciou o clima médico na sua cidade naqueles dias: “O tráfico [de órgãos] era praticamente legalizado aqui. Era uma coisa segura que ocorria tanto nos grandes, quanto nos pequenos hospitais, sem preocupação com a sua ilegalidade. O comércio atingiu um “pico assustador”, disse ele, na década de 1980, quando os jornais publicavam um número alarmante de anúncios sobre venda de órgãos: “Havia muitas pessoas oferecendo para vender rins e córneas por um preço competitivo, sem mencionar o sangue “ruim” [i.e. contaminado por HIV] que também era vendido para bancos de sangue privados. No início da década de 1990, com um clima econômico melhorado, esses flagrantes anúncios desapareceram, mas, de acordo com o Dr. L, “o comércio não parou. Ele simplesmente é menos visível hoje”. Segundo o Dr. M, de São Paulo, doadores de órgãos continuam aparecendo, sem aviso, nos centros de transplante.⁴⁹

A antropóloga ainda menciona as falsificações e corrupções nas listas de espera, situações de exploração de pessoas vulneráveis, além da “máfia do corpo”, divulgada pela Folha de São Paulo em 1997. A referida organização criminosa era composta por uma conexão entre hospitais, salas de

⁴⁸ SCHEPER-HUGHES, Nancy. The global traffic in human organs. *Current Anthropology*, v. 41, n. 2, 2000, p. 203.

⁴⁹SCHEPER-HUGHES, Nancy. The global traffic in human organs. *Current Anthropology*, v. 41, n. 2, 2000, p. 208. Tradução nossa: “I interviewed Dr. L, a nephrologist in private practice in Rio, who denounced the medical climate in his city in those days: “The [organs] traffic was practically legalized here. It was a safe thing, taking place in both large and small hospitals, with no concern over its illegality. The commerce reached a “scary peak”, he said, in the 1980s, when newspapers were publishing an alarming number of ads of organs for sale: “There were just too many people offering to sell kidneys and corneas at competitive prices, not to mention the ‘bad’ [i.e., HIV-contaminated] blood that was also being sold to private blood banks.” Beginning in the 1990s, in an improved economic climate, such blatant ads disappeared, but, according to Dr. L, “The commerce has not stopped. It is simply less visible today.” According to Dr. M of Sao Paulo, organ donors still show up, unannounced, at transplant centers”.

emergência, motoristas de ambulância e cemitérios municipais e estaduais que comercializavam sangue, órgãos e tecidos dos cadáveres.⁵⁰ Todas essas informações são corroboradas por diversos médicos e pacientes, demonstrando a dura realidade do tráfico de órgãos e tecidos humanos no Brasil.

Ainda em relação ao tráfico de órgãos e tecidos em terras brasileiras, deve-se mencionar a Comissão Parlamentar de Inquérito, instaurada na Câmara de Deputados em 2004 com a finalidade de investigar a ação de organizações criminosas atuantes no tráfico de órgãos humanos. Vários casos são apresentados e analisados: Caso Pernambuco, Caso Paulo Pavesi, Caso Marcos Henrique Cardoso, Caso Taubaté, Caso Franco da Rocha, Caso Athaide Patreze e Caso da Importação de Córneas. Dentre esses, apresenta-se o caso ocorrido em Pernambuco, que também foi investigado pela Polícia Federal, na chamada “Operação Bisturi”:

Gedalya Tauber, também conhecido como Gaudy, natural da Polônia, ex-maior do Exército israelense, encabeçava uma associação clandestina, que entrava em contato com habitantes da periferia de Recife, oferecendo pagamento em dinheiro em troca da ablação cirúrgica de um rim. O doador seria remunerado com quantias que variavam de 6 a 10 mil dólares. As operações ocorriam no Hospital St. Augustine, de Durban, África do Sul, e a viagem e todos os procedimentos necessários corriam às expensas da dita “associação”. As pessoas selecionadas como doadores eram encaminhadas, ainda em Recife, a exames pré-operatórios e, se aprovadas, recebiam documentos de viagem, passaporte e passagens, tudo providenciado pelo grupo de Gaudy. Ao chegarem em Durban os aliciados refaziam exames – tudo para garantir que não haveria reclamações sobre a qualidade dos rins e nem problemas para a “associação” – e seguiam para a cirurgia, permanecendo no hospital o tempo mínimo de recuperação em cirurgias desse tipo. Ao voltarem ao Brasil, ou mesmo ainda na África, recebiam a quantia pactuada. Ao retornarem, muitos dos aliciados passaram também a ser captadores de novos “doadores”, recebendo a quantia de mil dólares por voluntário captado. Em 24 meses a

⁵⁰ SCHEPER-HUGHES, Nancy. The global traffic in human organs. *Current Anthropology*, v. 41, n. 2, 2000, p. 208.

quadrilha proveu a realização de 38 transplantes com doadores brasileiros no hospital St. Augustine.⁵¹

Tendo em vista esse panorama, argumenta-se que a criação de um mercado regulado de órgãos e tecidos teria como consequência o enfraquecimento, ou até mesmo a eliminação, do mercado negro exercido na forma de tráfico. Nesse sentido, Ejan Mackeeey e Stéphane Rosseau:

O mercado negro não parece criar uma dependência irreversível. Quando são afastadas as proibições, assim [como] as restrições ou imposições excessivas que dão origem ao mercado negro, é recriado o mercado oficial. Se a experiência dos Estados Unidos da América, depois da Lei Seca pode servir de exemplo, esse mercado tem as configurações do mercado – regulamentado – que existia anteriormente. A mudança tem muitos efeitos desejados – melhora da qualidade do produto, melhor conhecimento dos seus efeitos, menores preços, taxas e impostos recebidos normalmente, redução da criminalidade e da necessária repressão para contê-la.⁵²

No mesmo sentido, Gary Becker afirma que “[...] um mercado aberto de órgãos iria reduzir drasticamente o atual mercado negro, onde algumas pessoas com necessidades de transplantes os realizam nos países mais pobres, como a Turquia, onde a proibição contra a venda de órgãos é negligente.”⁵³ Novamente, faz-se necessário trazer à baila o caso prático do Irã – que será analisado com maior profundidade em momento posterior. Afirma-se, em diversas pesquisas, que o mercado regulado de rins implementado no Irã em 1988 teve como consequência a eliminação do mercado negro e do turismo de órgãos.⁵⁴

⁵¹ BRASIL. *Comissão Parlamentar de Inquérito*: com a finalidade de investigar a atuação de organizações criminosas atuantes no tráfico de órgãos humanos. Relator: Deputado Pedro Ribeiro. Câmara dos Deputados: novembro, 2004.

⁵² MACKEEY, Ejan; ROSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 196.

⁵³ BECKER, Gary S. Should the purchase of organs for transplant surgery be permitted? *The Becker-Posner Blog*, 1 jan. 2006, p. 1. Tradução nossa: “An open market in organs would sharply curtail the present black market where some persons in need of transplants have them in the poorer countries like Turkey where enforcement against selling organs is slack”.

⁵⁴ ARAMESH, Kiarash. A closer look at the iranian model of kidney transplantation. *The American Journal of Bioethics*, v. 14, n. 10, 2014 p. 36; PAJOUHI, Atieh *et al*. Paid living kidney transplantation in Iran: rethinking the challenges. *American Journal of Bioethics*, v. 14, n. 10, 2014, p. 41; GHODS, Ahad J.; SAVAJ, Shekoufeh. Iranian

Importante destacar que a regulação deve ser realizada de maneira competente, sempre atenta à eliminação dos possíveis danos, coerção, objetivação e exploração das pessoas envolvidas. Outro aspecto fundamental é que haja uma remuneração suficiente e justa para aqueles que se dispuserem a vender seus órgãos, já que a regulação fecha as portas para o tráfico de serviços proibidos, mas sempre existe o perigo do tráfico de serviços regulamentados. Em outras palavras, quer-se dizer que em uma regulação sem contraprestação razoável também há o risco do surgimento do mercado negro.

De qualquer forma, é possível concluir que a legalização e regulação de um mercado de órgãos teria como consequência a diminuição do tráfico.

3.2.3 Breve análise dos custos

No âmbito jurídico, a divisão entre direitos existenciais e patrimoniais ocorre com uma justificativa básica: os primeiros não seriam passíveis de avaliação econômica, apesar de poderem manifestar certos reflexos econômicos. Seria o caso da vida, do corpo, dos direitos da personalidade. Assim, o primeiro ponto a ser discutido é sobre a atribuição de um valor pecuniário aos órgãos e tecidos humanos.

De certa forma, pode-se fazer um paralelo com os seguros de vida, na medida em que as seguradoras estabelecem um valor para a vida e a morte do segurado. Todavia, a venda de partes do corpo humano parece possuir algo de diferente, uma vez que não trabalha com abstrações, expectativas de direitos ou negócios jurídicos aleatórios.

Como já mencionado, o preço deve ser alto o suficiente para que as pessoas se sintam motivadas a dispor de seus órgãos e tecidos, bem como para enfraquecer o mercado negro. Trata-se de tarefa complexa a determinação de um preço exato para os órgãos e tecidos disponibilizados, uma

vez em que dependerá da capacidade financeira do comprador, do contexto econômico da sociedade, dos possíveis danos e riscos envolvidos.

Gary Becker e Julio Elías apresentam uma estimativa com base em cálculos econômicos voltados para os Estados Unidos, e argumentam que quatro aspectos devem ser observados para se chegar a um preço para rins e fígados: o risco de morte, a qualidade de vida, o tempo perdido e o valor estatístico da vida. Assim, o preço de um órgão seria composto por uma recompensa monetária pelo risco de morte envolvido, pelo tempo perdido durante a recuperação e pelo risco de redução da qualidade de vida. Como base de cálculo, defendem a utilização do valor estatístico da vida, entendido como a quantidade de dinheiro que uma pessoa ou uma sociedade está disposta a gastar para salvar uma vida, ou simplesmente, o *tradeoff* entre dinheiro e riscos fatais. O método para se chegar a esse valor é indireto, já que não existe um verdadeiro mercado para a vida. Assim, é analisado o comportamento humano em ambientes de risco. Trata-se de um controverso conceito econômico utilizado em políticas públicas que possuem como objetivo diminuir os riscos fatais. Becker e Elías, baseado em diversos estudos sobre o tema, utilizam o montante de \$5 milhões como valor médio da vida – tendo como base o ano de 2005 e uma pessoa com renda anual de aproximadamente \$35.000.⁵⁵

Pegue-se o exemplo da valoração de um rim. O risco de morte é muito baixo, algo em torno de 0.03 e 0.06%. A mudança na qualidade de vida após a cirurgia também é pequena, podendo os doadores levarem uma vida normal – a não ser em casos de atletas ou atividades que exijam um esforço físico demasiado. Por fim, a ideia da compensação pelo tempo perdido durante a recuperação é a mesma dos lucros cessantes. Após a realização dos cálculos, o preço de um rim seria de \$15.000. Realizando o mesmo procedimento, defendem que o preço de um fígado seria de \$37.600.⁵⁶

⁵⁵ BECKER, Gary S; ELÍAS, Julio Jorge. Introducing incentives in the market for live and cadaveric organ donations. *Journal of Economics Perspectives*, v. 21, n. 3, 2007, p. 9-10.

⁵⁶ BECKER, Gary S; ELÍAS, Julio Jorge. Introducing incentives in the market for live and cadaveric organ donations. *Journal of Economics Perspectives*, v. 21, n. 3, 2007, p. 10-16.

Evidente que se trata de uma simples estimativa, contestável em diversos aspectos, a começar pela concepção do valor estatístico da vida. De toda forma, trata-se de um artigo que reverberou no debate sobre o mercado regulado de órgãos e tecidos humanos e que apresenta critérios interessantes para tentar mensurar o valor desses órgãos.

Outra questão que deve ser debatida nesse ponto é sobre a viabilidade econômica do governo se responsabilizar pela remuneração dos possíveis vendedores, uma vez que os recursos são limitados e atribuições ilimitadas. Novamente, trata-se de uma questão específica e pragmática, variando em cada contexto. A proposta é levantar pontos que devem ser levados em consideração nesse debate.

A primeira observação é a constatação de que o gasto estatal com a doação de órgãos e tecidos já é bastante elevado, razão pela qual uma hipotética remuneração não afetaria o gasto total de maneira relevante. Essa é a principal tese defendida por Gary Becker e Julio Elias: “Este artigo argumenta que os incentivos monetários poderiam aumentar a oferta de órgãos para transplantes suficientemente para eliminar as longas filas no mercado de órgãos, e fariam isso aumentando o custo total da cirurgia de transplante em não mais que 12%”.⁵⁷

Outro ponto relevante é o custo social de se manter um paciente por um tempo prolongado nas filas de espera. Estima-se que esse valor é de \$122.700, enquanto o valor para se manter uma longa fila de espera é de \$1.3 bilhões.⁵⁸ Por fim, argumenta-se que o custo aplicado no procedimento de hemodiálise, decorrente da escassez de rins para transplantes, é maior do que o custo total dos transplantes. Em estimativa realizada em 2010, o Ministério de Saúde Brasileiro previa o aporte de R\$ 1.8 bilhões

⁵⁷ BECKER, Gary S; ELÍAS, Julio Jorge. Introducing incentives in the market for live and cadaveric organ donations. *Journal of Economics Perspectives*, v. 21, n. 3, 2007, p. 3. Tradução nossa: “This paper argues that monetary incentives could increase the supply of organs for transplant sufficiently to eliminate the large queues in the organ market, and it would do so while increasing the overall cost of transplant surgery by no more than about 12 percent”.

⁵⁸ BECKER, Gary S; ELÍAS, Julio Jorge. Introducing incentives in the market for live and cadaveric organ donations. *Journal of Economics Perspectives*, v. 21, n. 3, 2007, p. 16.

para hemodiálise, ao passo que o gasto com transplante de órgãos em 2009 foi em torno de R\$ 990 milhões.⁵⁹

Assim, depreende-se que há uma dificuldade em determinar o preço de órgãos e tecidos, vez que são bens tradicionalmente fora do comércio. Não obstante, não é uma tarefa impossível. Deve-se perquirir por qual valor as pessoas se sentiriam motivadas a dispor de seus órgãos em vida e após a morte. Ainda, em relação à viabilidade econômica do Estado ser responsabilizado pela remuneração dos possíveis vendedores, foram apresentados argumentos que indicam que se trata de uma hipótese possível.

⁵⁹ STANCIOLI, Brunello *et al.* O Sistema Nacional de Transplantes: saúde e autonomia em discussão. *Revista de Direito Sanitário*, v. 11, n. 3, nov.2010/fev.2011, p. 145.

Uma questão ética

Tem-se afirmado ao longo da pesquisa que a fundamentação de um mercado regulado de órgãos e tecidos humanos perpassa por questões jurídicas, econômicas e éticas. Todavia, defende-se a tese de que as razões predominantes para a proibição ou permissão desse mercado são essencialmente éticas.¹ É o que corrobora Stephen Wilkinson:

Contudo, no contexto do presente capítulo, essa é uma distinção [entre Direito e Moral] que, em termos práticos, entra em colapso. O que eu quero dizer com isso é que, apesar de estar preocupado exclusivamente com argumentos e conceitos morais, minhas descobertas terão, inevitavelmente, implicações nessa área do Direito. Isso porque, tendo em vista os substanciais benefícios práticos que um mercado comercial de órgãos humanos entregaria, os argumentos para a proibição legal devem, inevitavelmente, ser morais (e, quase certamente, uma moral não-utilitária). Consequentemente, ao avaliar criticamente as objeções morais à venda de órgãos, estarei também avaliando os argumentos para a proibição legal (ou, pelo menos, a parte mais importante desses argumentos). Se as objeções morais se mostrarem falhas, então não apenas os argumentos para a proibição legal estarão minados, mas – dadas as vantagens práticas acima mencionadas – teremos um forte caso *prima facie* para a permissão (ou até encorajamento) de um mercado comercial de órgãos.²

¹ Parte do que será exposto nesse tópico também pode ser encontrado em: SÁ, Maria de Fátima Freire de; OLIVEIRA, Lucas Costa de. Mercado regulado de órgãos: uma possibilidade contra o tráfico? *Revista Quaestio Juris*, v. 10, p. 434-453, 2017.

² WILKINSON, Stephen. *Bodies for sale: ethics and exploitation in the human body trade*. New York: Routledge, 2003, p. 103. Tradução nossa: “However, in the context of the present chapter, this is a distinction that, in practical term, collapses. What I mean by this is that, although I’ll be concerning myself exclusively with moral arguments and concepts, my findings will inevitably have implications for the law in this area. This is because, given the very substantial practical benefits that a commercial market would deliver, the case for legal prohibition must inevitably be a moral one (and, almost certainly, a non-utilitarian one). Hence, by critically assessing the moral objections to organ sale, I’ll in so doing be assessing the case for legal prohibition (or at least the most important part of that case). If these moral objections turn out to be flawed, than not only is the case for legal prohibition undermined,

Em outras palavras, entende-se que em razão dos diversos benefícios práticos que a comercialização de órgãos e tecidos possibilitaria (e.g. aumento da quantidade de transplantes realizados; menos mortes nas filas de espera; redução do mercado negro), a razão para a sua proibição deve ser de cunho moral. Desse modo, identificando e analisando os argumentos morais favoráveis e contrários ao mercado regulado de órgãos e tecidos humanos, será possível alcançar não apenas uma conclusão moral sobre a prática, mas também uma conclusão jurídica para justificar racionalmente a sua permissão ou proibição.

Percebe-se que Stephen Wilkinson utiliza-se do termo “Moral”, enquanto que, na presente pesquisa, adota-se o termo “Ética”. A escolha não foi simples e não é livre de questionamentos. A distinção entre “Ética” e “Moral” é uma das grandes questões filosóficas no estudo da dimensão valorativa da vida humana. Trata-se de termos que não permaneceram lineares ao longo da história – e permanecem assim na contemporaneidade. Basta uma análise superficial de textos de Aristóteles e Kant para perceber que são termos que admitem variadas configurações. Todavia, são também apresentados como sinônimos em diversas situações.

A análise da etimologia converge para essa aproximação terminológica: “Ética” vem do grego *ethos*, que significava morada, lugar em que se vive, passando a significar o caráter ou modo de ser que uma pessoa ou grupo adquire no decorrer de sua vivência; “Moral” vem do latim *mos, moris*, que significava costume, passando também a se referir ao caráter ou ao modo de ser da pessoa ou grupo.³

Não obstante essa aproximação conceitual, é preciso delimitar e explicitar – ainda que de maneira superficial – o que se entende por Ética nos limites dessa pesquisa. Para tanto, adotar-se-á a posição de Adela Cortina e Emilio Martínez desenvolvida em obra específica sobre o tema.⁴ A

but – given the above-mentioned practical advantages – we will have a strong *prima facie* case for allowing (encouraging even) a commercial market.”

³ CORTINA, Adela; NAVARRO, Emilio Martínez. *Ética*. 5. ed. São Paulo: Loyola, 2005, p. 20.

⁴ CORTINA, Adela; NAVARRO, Emilio Martínez. *Ética*. 5. ed. São Paulo: Loyola, 2005.

justificativa se dá em razão de serem autores que possuem diversos trabalhos com enfoque na Ética e na Moral, bem como em razão de realizarem um estudo abrangente, passando por filósofos de diversos períodos históricos que trataram sobre a temática. Assim, optou-se pela seguinte concepção:

[...] podemos nos propor a reservar – no contexto acadêmico em que nos movemos aqui – o termo “Ética” para nos referir à Filosofia moral, e manter o termo “moral” para denotar os diferentes códigos morais concretos. Essa distinção é útil, pois se trata de dois níveis de reflexão diferentes, dois níveis de pensamento e linguagem acerca da ação moral, e por isso se torna necessário utilizar dois termos diferentes se não queremos cair em confusões. Assim, chamamos de “moral” esse conjunto de princípios, normas e valores que cada geração transmite à geração seguinte na confiança de que se trata de um bom legado de orientações sobre o modo de se comportar para viver uma vida boa e justa. E chamamos de “Ética” essa disciplina filosófica que constitui uma reflexão de segunda ordem, sobre os problemas morais. A pergunta básica da moral seria então: “O que devemos fazer”, ao passo que a questão central da Ética seria antes: “Por que devemos?”, ou seja, “Que argumentos corroboram e sustentam o código moral que estamos aceitando como guia de conduta?”⁵

É justamente esse o objetivo central do capítulo: aferir se os argumentos morais que fundamentam a proibição do mercado regulado de órgãos e tecidos humanos se sustentam eticamente. Nessa direção, apon-tam-se três funções essenciais da Ética enquanto ramo da filosofia que estuda as questões morais: (1) Esclarecimento sobre o significado da moral e seus traços distintivos; (2) Fundamentação da moralidade – ou quais as razões que levam as pessoas a viver de maneira moral; (3) Aplicação nos diversos âmbitos da vida humana, no sentido de se efetivar uma moral crítica (racionalmente fundamentada).⁶

Antes de iniciar o debate ético sobre o mercado regulado de órgãos e tecidos humanos, faz-se necessário realizar algumas observações. Decidiu-se por concentrar os esforços argumentativos nos pontos contrários ao

⁵ CORTINA, Adela; NAVARRO, Emilio Martínez. *Ética*. 5. ed. São Paulo: Loyola, 2005, p. 20.

⁶ CORTINA, Adela; NAVARRO, Emilio Martínez. *Ética*. 5. ed. São Paulo: Loyola, 2005, p. 21.

mercado. Isso ocorre por duas razões fundamentais: A *primeira* é que os principais argumentos favoráveis já foram estudados no decorrer do trabalho: autonomia, aumento da oferta e enfraquecimento do tráfico. A *segunda* é que os argumentos contrários são estudados e debatidos em uma proporção muito maior na literatura científica.

4.1 Argumentos contrários

Quando o assunto em pauta é a mercantilização de órgãos e tecidos humanos, a argumentação concentra-se, quase que exclusivamente, nos argumentos contrários a tal prática. A revisão bibliográfica demonstrou que o debate perpassa pela afirmação ou refutação desses argumentos, não havendo uma dedicação similar em relação aos argumentos favoráveis. Uma hipótese para isso reside no fato da proibição desse mercado representar uma intromissão na esfera de liberdade das pessoas – um impedimento ao livre uso do corpo. Desse modo, qualquer tentativa de violação dessa esfera deveria suportar o ônus argumentativo:

Afinal, se o ordenamento jurídico existe pela e para a pessoa humana, deve-se ter em conta que a tão propalada dignidade envolve, inexoravelmente, a capacidade que os indivíduos têm de construir projetos de vida para si. Nesse contexto, o corpo, como elemento indispensável para a existência da pessoa humana, deve ser inserido nesses projetos pessoais, passível, portanto, de manipulação e modificação. Assim, o eixo argumentativo deve deslocar-se do “por que permitir?” para o “por que proibir?”.⁷

Trata-se, portanto, do objetivo do presente capítulo: deliberar racionalmente sobre a fundamentação ética do mercado regulado de órgãos e tecidos humanos – ou, simplesmente, por que o proibir? Para tanto, serão analisados, sempre de maneira detida e crítica, os principais argumentos

⁷ LARA, Mariana *et al.* Um mercado lícito como alternativa para o problema da escassez de órgãos e tecidos: desafios e proposta. In: *XIX Jornadas de Jóvenes Investigadores de la Asociación de Universidades del Grupo Montevideo*. Ciudad del Este: 2011, p. 2.

contrários a esse mercado. A escolha se deu após uma extensa revisão bibliográfica, restringindo o debate aos argumentos que afrontam de maneira mais incisiva a problemática.

Tabela 3 - Argumentos favoráveis e contrários ao mercado regulado de órgãos e tecidos humanos

ARGUMENTOS FAVORÁVEIS	ARGUMENTOS CONTRÁRIOS
(1) Aumento da oferta	(1) Exploração
(2) Enfraquecimento do tráfico	(2) Dano (físico, psicológico, social)
(3) Autonomia Paternalismo	(3) Coerção
(4) Cadeia de produção	(4) Injustiça distributiva
(5) Acréscimo de alternativas	(5) Objetificação Comodificação
(6) Dupla injustiça	(6) Sacralidade do corpo
	(7) Altruísmo Solidariedade

Fonte: Elaboração pelo Autor.

4.1.1 Exploração

Uma vez regulado o mercado de órgãos e tecidos humanos, afirma-se que a prática recairia sobre as pessoas mais pobres (no caso do mercado *inter vivos*) ou sobre suas famílias (no caso do mercado *post mortem*), ocasionando uma situação de exploração.

Inicialmente é necessário compreender o que significa explorar alguém. A exploração pode ser entendida em um sentido não-moral e em um sentido moral. No primeiro sentido, não há nenhum tipo de normatividade ou valoração, sendo um conceito neutro. Significa utilizar algum recurso, oportunidade ou talento (e.g. exploração de minério de ferro). O segundo sentido, por sua vez, é mais complexo e possui duas facetas: o *uso indevido* e a *disparidade de valor*. O uso indevido indica uma maneira de agir que é contrária à natureza da ação, ao passo que a disparidade de valor indica uma desproporção na distribuição dos benefícios envolvidos na troca de bens e serviços.⁸

Assim, quando se fala que um mercado de órgãos e tecidos causaria a exploração dos pobres, pode-se querer dizer que essa prática motivaria

⁸ WILKINSON, Stephen. *Bodies for sale: ethics and exploitation in the human body trade*. New York: Routledge, 2003, p. 9-15.

um uso indevido dessas pessoas ao tratá-las como meros objetos; ou que essa prática promoveria uma disparidade de valor, na medida em que a venda de órgãos seria realizada por preços injustos. Um exemplo poderia ser retirado da prostituição. Quando se fala que a prostituição causa a exploração das mulheres, pode-se dizer que as mulheres são tratadas como objetos sexuais (uso indevido); ou que as mulheres são mal remuneradas pelo serviço que prestam (disparidade de valor).⁹ No presente tópico, o foco será a exploração no sentido da disparidade de valor, enquanto a exploração como uso indevido será estudada no tópico sobre a objetificação.

Nesse sentido, argumenta-se que os pobres já são explorados cotidianamente: são sujeitos a trabalhos com maiores riscos e menores remunerações, bem como possuem menos possibilidades e alternativas para atingirem seus objetivos. Assim, a proibição da venda de órgãos e tecidos poderia representar uma *dupla injustiça*. Seria como dizer a essas pessoas: “Você não pode ter o que a maioria das pessoas têm e não vamos permitir que você faça o que quiser para conseguir essas coisas.”¹⁰ Evidente que o ideal seria um mundo onde ninguém tivesse que vender seus órgãos para ter as mesmas chances que as outras pessoas, contudo, não é o mundo em que se vive.

Sob outra perspectiva, o argumento da exploração pode se manifestar no sentido que as pessoas de baixa renda possuem poucas opções para sair da situação de miséria, situando-se em uma posição de vulnerabilidade. Uma vez que a venda de órgãos se apresentasse como a única alternativa para essas pessoas vulneráveis, ocorreria uma situação de exploração. Contra essa construção, argumenta-se que um mercado regulado de órgãos e tecidos humanos geraria um *acréscimo de alternativas* para essas pessoas, porquanto nem o Estado, nem a sociedade, ocasionaram um efetivo aumento de oportunidades. Dessa maneira, não haveria como um mercado

⁹ WILKINSON, Stephen. *Bodies for sale: ethics and exploitation in the human body trade*. New York: Routledge, 2003, p. 12.

¹⁰ SAVULESCU, Julian. Is the sale of body parts wrong? *Journal of Medical Ethics*, n. 29, 2003, p. 139.

desse tipo explorar essas pessoas, na medida em que apenas traria mais possibilidades de escolha – e não uma imposição.

Por outro lado, Simon Rippon aponta que nem sempre mais opções geram melhores condições. Trata-se de contra-argumento complexo que será desenvolvido melhor no tópico sobre o consentimento. Em síntese, a principal razão levantada por Rippon seria que adicionar a opção de vender um órgão causaria uma grande pressão nas pessoas de baixa renda para efetivar a comercialização – uma pressão diferente e mais grave que aquela envolvida no processo de doação. Essa possibilidade de escolha, por si só, acarretaria uma situação de exploração e dano às pessoas vulneráveis.¹¹

De todo modo, parece ser correta a afirmação que a permissão de um mercado regulado de órgãos e tecidos humanos atingiria predominantemente a população de baixa renda, afinal aqueles que possuem outras alternativas dificilmente se submetem a esse tipo de mercado. Exemplo disso é o caso iraniano, onde 84% dos doadores são pobres.¹² Contudo, é necessário fazer algumas ponderações. A primeira é que essas pessoas já são exploradas em sua vivência diária – trata-se de um problema estrutural do modelo de sociedade em que se vive. Certamente, o fato de haver uma situação de exploração constante não justifica uma nova modalidade de exploração, mas serve para constatar que se trata de um problema mais abrangente – e não exclusivo do mercado de órgãos e tecidos humanos. Não se defende uma banalização da exploração, tampouco uma falácia utópica: parte-se da vida como ela é. Uma segunda reflexão concentra-se no fato de que não existem ações suficientes para a eliminação da desigualdade e exploração, como já foi pontuado pelo argumento da dupla injustiça. Novamente parece ser um problema do tipo de sociedade em que se vive, um modelo que tem em sua base a exploração em maior ou menor grau.

¹¹ RIPPON, Simon. Imposing options on people in poverty: the harm of a live donor organ market. *Journal of Medical Ethics*, n. 40, 2014, p. 145-150.

¹² GHODS, Ahad J.; SAVAJ, Shekoufeh. Iranian model of paid and regulated living-unrelated kidney donation. *Clinical Journal of the American Society of Nephrology*, n. 1, 2006, p. 1140.

Por fim, percebe-se que a vedação desse mercado causa uma maior exploração dos pobres, já que são levados para o âmbito do mercado negro. Em uma situação de tráfico de órgãos, a exploração tem sua potencialidade máxima: o vendedor fica totalmente submetido à vontade do agenciador, além de contar com danos e riscos extremos.

Frente a esse pano de fundo, é possível pensar em duas alternativas contra o problema da exploração dos pobres no mercado regulado. A primeira, mais desejável, porém mais utópica, é a erradicação das desigualdades e da pobreza, possibilitando um cenário com um maior leque de alternativas para essas pessoas. A segunda, mais realista, porém mais controversa, é a regulação de um mercado de órgãos e tecidos para que a prática seja realizada de uma maneira que minimize a ocorrência de exploração.

4.1.2 Dano

O argumento do dano indica que a venda de órgãos e tecidos seria errada porque submeteria os vendedores a danos e riscos desmedidos e desnecessários. Assim, um primeiro ponto a ser debatido é sobre o que se entende por danos e riscos. Se a preocupação for restrita aos possíveis danos físicos ou biológicos, trata-se de um argumento de tranquila solução.

Nos casos de transplantes *post mortem* nem se discute sobre riscos e danos para o vendedor – afinal, este já se encontra morto. Nos casos de transplantes em vida, os riscos são empiricamente baixos. No modelo de doação remunerada implantado no Irã em 1988, por exemplo, o risco da cirurgia de transplante de rins é de 0.03%. Em uma pesquisa realizada entre os anos de 1970 e 1989, de um total de 3.639 transplantes, foram encontradas apenas duas mortes, sendo que uma delas era correspondente a um doador de 76 anos no momento da cirurgia.¹³ De todo modo, o

¹³ MAHDAVI-MAZDEH, Mitra. The Iranian model of living renal transplantation. *Kidney International*, n. 82, 2012, p. 630.

argumento decisivo contra a objeção dos danos físicos, é que em um mercado devidamente regulado, os riscos serão os mesmos da doação de órgãos.¹⁴

O argumento atinge uma densidade maior quando se amplia o conceito de dano. Julian Koplin argumenta que o mercado de órgãos, independentemente de ser regulamentado, causará danos físicos, psicológicos, sociais e financeiros aos vendedores.¹⁵ Em relação aos danos físicos, defende que os riscos seriam maiores que aqueles presentes da doação. A justificativa é fundada nas diferenças socioeconômicas, uma vez que os prováveis vendedores seriam pessoas vulneráveis e de baixa renda; bem como em razão das incertas consequências a longo prazo nos transplantes; além da relutância dos vendedores em receber acompanhamento médico de longo termo.¹⁶

Os danos psicológicos seriam variados e demasiados: ansiedade, depressão, arrependimento, remorso, vergonha, culpa e medo são apenas alguns dentre os apontados pelo pesquisador australiano. Além disso, aponta como principais danos sociais o isolamento e o estigma, causando uma sensação de abandono perante a sociedade.¹⁷

Por fim, os danos financeiros seriam caracterizados por dois aspectos. Por um lado, os vendedores não conseguiriam atingir seus objetivos econômicos com a venda de órgãos e tecidos (e.g. pagamento de dívidas). Por outro lado, o transplante deixaria os vendedores menos aptos para determinados tipos de trabalho, principalmente aqueles que demandam um maior desgaste físico. Desse modo, os vendedores teriam uma maior dificuldade para encontrar e permanecer em seus empregos.¹⁸

¹⁴ WILKINSON, Stephen. *Bodies for sale: ethics and exploitation in the human body trade*. New York: Routledge, 2003, p. 108.

¹⁵ KOPLIN, Julian. Assessing the likely harms to kidney vendors in regulated organ markets. *The American Journal of Bioethics*, v. 14, n. 10, 2014, p. 7-18.

¹⁶ KOPLIN, Julian. Assessing the likely harms to kidney vendors in regulated organ markets. *The American Journal of Bioethics*, v. 14, n. 10, 2014, p. 11.

¹⁷ KOPLIN, Julian. Assessing the likely harms to kidney vendors in regulated organ markets. *The American Journal of Bioethics*, v. 14, n. 10, 2014, p. 11-12.

¹⁸ KOPLIN, Julian. Assessing the likely harms to kidney vendors in regulated organ markets. *The American Journal of Bioethics*, v. 14, n. 10, 2014, p. 13.

O grande problema do estudo de Julian Koplin é que ele retira todas as suas conclusões de experiências obtidas no mercado negro: Índia, Paquistão, Egito, Bangladesh e outros. O Irã também é citado por diversas vezes em seu artigo, todavia, os dados utilizados são ultrapassados e provenientes de pesquisas contestadas no debate sobre o tema, em especial a pesquisa de Javaad Zargooshi. De toda maneira, como se trata de um argumento com forte base empírica, será analisado com maior aprofundamento na seção sobre o caso do Irã.

Assim, não se trata de uma conclusão necessária que os danos encontrados em um mercado negro se repetem em um mercado regulado de maneira ética. Todavia, as questões levantadas são de grande importância, principalmente no sentido de evidenciar que existem diversos tipos de danos envolvidos em um mercado de órgãos e tecidos humanos (danos físicos, psicológicos, sociais e financeiros). Desse modo, qualquer debate ético sobre o tema deverá encontrar maneiras de superar a ocorrência desses problemas.

Por fim, argumenta-se que a proibição de um mercado regulado de órgãos e tecidos humanos causa danos ainda maiores: ambiente sujo, precário e sem infraestrutura; médicos sem experiência; ausência de medicamento e acompanhamento; entre outros.¹⁹

4.1.3 Coerção

Outro argumento aventado é no sentido que não seria possível obter um consentimento válido das pessoas que optassem por vender seus órgãos e tecidos. Isso ocorreria porque elas seriam coagidas a realizar essa ação por não possuírem outras alternativas.

Em primeiro lugar é preciso esclarecer quando um consentimento pode ser considerado válido. Um bom parâmetro para avaliar a tomada de decisão em questões bioéticas se dá pela utilização do consentimento livre e esclarecido, também conhecido como consentimento informado. Trata-

¹⁹ WILKINSON, Stephen. *Bodies for sale: ethics and exploitation in the human body trade*. New York: Routledge, 2003, p. 108.

se de uma construção realizada a partir de diversas legislações, declarações e casos, com destaque para a Declaração de Helsinque e para o Código de Nuremberg, “[...] o grande marco da resposta ético-jurídica às intervenções médicas não autorizadas”.²⁰ Assim dispunha o Código de Nuremberg em seu art. 1º:

O consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial. Isso significa que as pessoas que serão submetidas ao experimento devem ser legalmente capazes de dar consentimento; essas pessoas devem exercer o livre direito de escolha sem qualquer intervenção de elementos de força, fraude, mentira, coação, astúcia ou outra forma de restrição posterior; devem ter conhecimento suficiente do assunto em estudo para tomarem uma decisão. Esse último aspecto exige que sejam explicados às pessoas a natureza, a duração e o propósito do experimento; os métodos segundo os quais será conduzido; as inconveniências e os riscos esperados; os efeitos sobre a saúde ou sobre a pessoa do participante, que eventualmente possam ocorrer, devido à sua participação no experimento. O dever e a responsabilidade de garantir a qualidade do consentimento repousam sobre o pesquisador que inicia ou dirige um experimento ou se compromete nele. São deveres e responsabilidades pessoais que não podem ser delegados a outrem impunemente.²¹

Nessa perspectiva, diz-se que o consentimento é informado quando: (1) o paciente está *esclarecido* do diagnóstico, do tratamento mais adequado a se implementar e de seus efeitos positivos e negativos. A informação deve ser transmitida de maneira clara e abrangente, em um processo dialógico; (2) o paciente possui *discernimento* para a tomada de decisões. Isso significa estabelecer diferença, distinguir, fazer apreciação; (3) o paciente não está *condicionado por fatores externos* à manifestação de vontade. Assim, a vontade deve ser livre, sem qualquer tipo de vício – seja social ou de consentimento.²²

²⁰ STANCIOLI, Brunello. *Relação jurídica médico-paciente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 52.

²¹ TRIBUNAL INTERNACIONAL DE NUREMBERG. *Código de Nuremberg (1947)*.

²² SÁ, Maria de Fatima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 108-109.

Em síntese: “Consentimento significa uma decisão voluntária, sem coação, tomada por uma pessoa suficientemente competente ou autônoma, com base em informação e deliberação adequadas, para aceitar ou rejeitar algum curso de ação proposta.”²³ Dessa maneira, é possível concluir que um consentimento válido deve ser voluntário (sem coerção), competente (discernido) e informado (esclarecido).

Desses requisitos, o mais problemático para o caso do mercado regulado de órgãos e tecidos humanos é a voluntariedade, representado na ausência de coerção.²⁴ Seria incoerente pensar em uma objeção genérica pautada na falta de discernimento dos vendedores, uma vez que o simples fato de querer vender os próprios órgãos não torna alguém incapaz. Da mesma maneira em relação à ausência de informação, porquanto uma pessoa pode ser plenamente esclarecida e informada de todos os benefícios e riscos e, mesmo assim, optar por vender seus órgãos e tecidos.

É necessário levar em consideração que nenhuma ação é absolutamente livre, sem a influência de outros fatores, afinal, o ser humano é um ser cultural, dialógico, não-hermético. Assim, deve-se buscar uma decisão satisfatoriamente autônoma, uma decisão situada entre o completamente autônomo e o completamente não-autônomo: “Pode-se concluir que um ato autônomo perficiente, em termos fenomenológicos, não existe. No entanto, pode haver um ato cujo grau de autonomia seja satisfatório, ou um ato substancialmente autônomo”.²⁵ Portanto, é preciso diferenciar os condicionantes internos e externos. Os primeiros são aqueles que influenciam

²³ GILLON, Raanan *apud* WILKINSON, Stephen. *Bodies for sale: ethics and exploitation in the human body trade*. New York: Routledge, 2003, p. 76. Tradução nossa: “Consent means a voluntary, uncoerced decision, made by a sufficiently competent or autonomous person on the basis of adequate information and deliberation, to accept rather than reject some proposed course of action”.

²⁴ Apesar de alguns estudiosos apontarem diferenças entre coerção e coação, nos limites desse trabalho serão tratadas como sinônimos.

²⁵ STANCIOLI, Brunello. *Relação jurídica médico-paciente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 43.

psicologicamente a pessoa – como a pressão cultural e social. Já os segundos são exercidos de maneira externa ao indivíduo – um bom exemplo são os vícios de consentimento.²⁶

Pensar que o fato de uma pessoa querer ser remunerada pela disposição dos seus órgãos ou tecidos a torna incapaz de consentir, trata-se de um argumento frágil. A pobreza não gera, por si só, incapacidade. O pobre é pressionado a trabalhar em empregos mal remunerados e com maiores riscos, e nem por isso consideram o seu consentimento inválido.²⁷ Dessa forma, sendo o consentimento voluntário, informado e discernido, é possível considerá-lo válido – inclusive no contexto de um mercado regulado de órgãos e tecidos humanos.

Um paralelo pode ser traçado com a doação de órgãos. Caso um pai esteja com sérios problemas renais, tendo um filho compatível, certamente existirá uma forte pressão familiar para a doação de órgãos. Contudo, se a ação for voluntária e informada não há quem levante a objeção do consentimento inválido. Seria o caso do mercado regulado de órgãos diferente? Ilustrando a pressão que existe nos casos de doação de órgãos, tem-se o caso apresentando por Maria de Fátima Freire de Sá:

[...] há que se discorrer sobre o caso de uma paciente de cinco anos de idade, com insuficiência renal progressiva, que não conseguia se adaptar bem à hemodiálise crônica. Devido a tal circunstância, a equipe médica considerou a possibilidade de realização de transplante renal. Contudo, havia um obstáculo a ser superado: a paciente possuía características de histocompatibilidade difíceis de serem encontradas em um doador. Após exames preliminares, verificou-se que a mãe da criança não era histocompatível, ao contrário do pai, que além de ser, possuía características anatômicas circulatórias que favoreciam o transplante. Contudo, em consulta realizada na presença apenas do pai, esse decide não doar seu rim à filha, justificando sua decisão no sentido de que sentia medo da cirurgia; falta de coragem; prognóstico incerto, mesmo com o transplante; a possibilidade, ainda que remota, de obter um rim de doador cadáver e o sofrimento que sua filha havia passado. O malfadado pai solicitou

²⁶ SÁ, Maria de Fatima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 109.

²⁷ SAVULESCU, Julian. Is the sale of body parts wrong? *Journal of Medical Ethics*, n. 29, 2003, p. 139.

ao médico que não revelasse aos demais membros da família o verdadeiro resultado de seu teste. Envolvido nesta situação incômoda, após refletir sobre o assunto, o profissional da medicina afirmou a impossibilidade de doação do rim pelo pai, “por razões médicas”.²⁸

Dessa maneira, percebe-se que mesmo nos casos da doação fundada no altruísmo existe uma série de fatores éticos que devem ser levados em conta, em especial, a pressão familiar.

Acerca da pressão exercida sobre os vendedores, importante apresentar as considerações realizadas por Simon Rippon. Um raciocínio bastante utilizado para defender o mercado de órgãos e tecidos humanos é o seguinte: a possibilidade de vender órgãos e tecidos apenas acrescentaria uma opção para os possíveis interessados, logo, não teria como essa prática ser considerada exploratória, danosa ou coercitiva. Assim, se uma pessoa decide vender um rim, é porque considerou todas as outras opções disponíveis e concluiu que dispor de seu órgão era a melhor opção. A proibição dessa alternativa adicional teria como consequência a redução das escolhas disponíveis, tratando-se, portanto, de uma forma inaceitável de paternalismo.²⁹

Rippon defende a tese de que possuir um maior leque de opções nem sempre será vantajoso. Em determinadas situações, a ampliação das alternativas pode ocasionar uma pressão na pessoa, uma espécie de coerção que, por si só, causaria danos:

Irei argumentar que ter a opção de vender um órgão pode resultar, em circunstâncias que são previsivelmente comuns dentre aqueles em situação de pobreza, em indivíduos sendo pressionados por outros para tomar e, mais importante, responsabilizados por falhar em tomar a opção disponível. [...] Assim, iríamos prejudicar as pessoas em situação de pobreza ao dar-lhes a

²⁸ SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito e direito ao próprio corpo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 68.

²⁹ RIPPON, Simon. Imposing options on people in poverty: the harm of a live donor organ market. *Journal of Medical Ethics*, n. 40, 2014, p. 145.

opção de vender seus órgãos, não porque *retirar* a opção seria pior para elas, mas porque *ter* a opção as sujeitaria a danos previsíveis.³⁰

Partindo dessa lógica, no momento em que órgãos e tecidos se tornassem mercadorias, as relações pessoais seriam alteradas. Nesse sentido, as pessoas poderiam ser pressionadas, por razões morais ou jurídicas, a vender um rim para pagar suas dívidas. Ou ainda, uma vez permitida a venda de órgãos e tecidos, continuariam as instituições públicas e privadas a desenvolver com o mesmo empenho os programas de assistência social?³¹

Assim, o ponto central desse argumento é que a mera possibilidade de vender órgãos e tecidos causaria uma pressão (social e jurídica) que seria danosa para as pessoas. Ao acrescentar a possibilidade da venda, haveria uma pressão para escolher certo, para tomar decisões responsáveis – e isso mudaria o caráter das outras alternativas. Nesse sentido, apesar de representar uma adição de escolha, a consequência seria a redução na liberdade de agir. Se a pessoa tem uma dívida ou se encontra em uma situação de pobreza e vulnerabilidade, a simples possibilidade de vender um órgão causaria uma pressão para a tomada de decisão nesse sentido. Seria como dizer a essas pessoas: “Você se encontra nessa situação por uma escolha sua, afinal, você pode vender seus órgãos e tecidos”. Dessa maneira, a pressão envolvida em um mercado, mesmo regulamentado, seria muito maior e mais grave do que aquela envolvida na doação.

O argumento de Simon Rippon é construído de maneira sólida, fundamentado em justificativas para além da metafísica e do paternalismo. De mais a mais, a pressão e os danos indicados pelo pesquisador também se aplicariam, de maneira menos incisiva, no mercado *post mortem* – mas

³⁰ RIPPON, Simon. Imposing options on people in poverty: the harm of a live donor organ market. *Journal of Medical Ethics*, n. 40, 2014, p. 146, grifos do autor. Tradução nossa: “I will argue that having the option to sell an organ may result, in circumstances which are predictably common among those in poverty, in individuals being held to account by others for taking and, more importantly, for failing to take the available option. [...] We would thus harm people in poverty by giving them the option to sell their organs not because *taking* the option would be bad for them, but rather because *having* the option subjects them to predictable harms.”

³¹ RIPPON, Simon. Imposing options on people in poverty: the harm of a live donor organ market. *Journal of Medical Ethics*, n. 40, 2014, p. 148.

em relação à família. Ao afirmar que mais opções nem sempre geram melhores consequências, indica uma forte razão para a proibição de mercado de órgãos e tecidos humanos, na medida em que afetaria não só a qualidade do consentimento, mas também causaria danos efetivos. Nesse sentido, Janet Radcliffe-Richards descreve o artigo de Rippon como “[...] provavelmente o melhor que há na defesa da proibição da venda de órgãos”.³²

Desse modo, retorna-se ao que foi apresentado sobre a validade do consentimento. A tomada de decisão nunca é plenamente livre, sem influências externas ou pressões. Como ensina João Baptista Villela: “O exercício da autodeterminação constitui, ao mesmo tempo, grandeza e dor, crescimento e pena, morte e ressurreição do ser humano. Quem, pois, se recusa a liberdade, não padece a angústia de decidir. Ao preço, porém, de não crescer”.³³ A grande questão é, portanto, debater sobre a amplitude dessa pressão, bem como sobre a possibilidade de enfraquecê-la em um mercado propriamente regulado.

4.1.4 Injustiça

Uma objeção relevante é a questão da injustiça. Aqui, trata-se da (in)justiça distributiva, aquela que diz respeito a como uma sociedade ou grupo deve alocar os recursos e os produtos escassos entre indivíduos com necessidades e pretensões conflitantes.³⁴

A preocupação reside no fato de que, estabelecido o mercado de órgãos e tecidos humanos, apenas os ricos teriam a capacidade financeira para comprá-los e, por outro lado, apenas os pobres estariam dispostos a

³² RADCLIFFE-RICHARDS, Janet. Commentary. *Journal of Medical Ethics*, n. 40, v. 3, 2014, p. 152-53.

³³ VILLELA, João Baptista. *Direito, Coerção & Responsabilidade: por uma ordem social não-violenta*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1982, p. 31.

³⁴ FLEISCHACKER, Samuel. *A short history of distributive justice*. Cambridge: Harvard Press, 2004, p.1.

vendê-los. Assim, os produtos escassos (órgãos e tecidos) seriam distribuídos para quem pagasse mais (ricos), deixando de lado as necessidades, muitas das vezes maiores, das pessoas sem condições econômicas (pobres).

Em relação à venda de órgãos pelas pessoas de baixa renda, muito já foi trabalhado na seção sobre a exploração. Desse modo, o objetivo central desse ponto é debater sobre a possibilidade de um mercado regulado distribuir de maneira equânime e justa os órgãos e tecidos captados através do sistema remunerado. Caso a resposta seja negativa, ter-se-á um forte argumento contra esse mercado. Um sistema em que apenas os mais abastados recebam os enxertos não é coerente com uma sociedade democrática e plural, estando muito mais próximo de uma sociedade de castas, onde a exclusão e a segregação se afirmam como características fundamentais.

Sobre a questão da justiça distributiva, algumas considerações devem ser feitas. A primeira é uma constatação: o sistema médico geral já é baseado na capacidade de pagamento do interessado – e em um mundo capitalista, poucas coisas não o são. Neste viés de análise, aqueles que possuem um maior poder aquisitivo adquirem melhores e exclusivos serviços. A segunda, trata-se do fato de que a maioria dos gastos com transplantes são pagos pelas seguradoras públicas e privadas de saúde.³⁵

Não obstante essas e outras considerações aventadas, um argumento é suficiente para enfraquecer de maneira determinante essa preocupação. Um mercado de órgãos e tecidos regulado de maneira ética é capaz de se comprometer com a justiça distributiva. Uma opção seria, por exemplo, estabelecer que os órgãos e tecidos apenas podem ser vendidos para um único comprador (e.g. Estado), que deve adotar um esquema de distribuição equânime, atento às necessidades e prioridades médicas – como adotado no Irã.³⁶

De mais a mais, a injustiça na distribuição de órgãos e tecidos já acontece de maneira muito mais grave. O mercado negro distribui os recursos

³⁵ DWORKIN, Gerald. Market and Morals: The case for organ sale. In: *Morality, Harm and the Law*. Westview, 1994, p.158.

³⁶ DWORKIN, Gerald. Market and Morals: The case for organ sale. In: *Morality, Harm and the Law*. Westview, 1994, p.157.

àqueles dispostos a pagar mais pelo bem, sem nenhum outro tipo de preocupação ética. Assim, em um contexto de vedação do mercado de órgãos e tecidos humanos, quem tem condições financeiras é quem adquire a mercadoria, também sendo uma forma de injustiça distributiva.

A partir dessas considerações, entende-se que o problema da injustiça parece estar atrelado a uma concepção de livre mercado, sem qualquer tipo de regulamentação. Em um livre mercado, os órgãos e tecidos seriam distribuídos unicamente em razão da capacidade financeira, criando uma situação de desigualdade e injustiça, uma típica sociedade de castas onde caberia aos pobres o papel de fornecedores de órgãos e tecidos para os ricos. Acontece que não é esse modelo de mercado que se propôs analisar. Um mercado regulado e ético não poderia admitir consequências como as que foram descritas, devendo ser comprometido com a distribuição justa e equânime.

4.1.5 Objetificação

O argumento da objetificação estabelece que tratar pessoas como meros objetos é algo eticamente errado. Argumenta-se que atribuir valor pecuniário aos órgãos ou tecidos humanos seria uma maneira de objetificação da pessoa – algo que violaria a sua intrínseca dignidade. Trata-se de uma objeção intimamente ligada ao pensamento filosófico de Immanuel Kant. A objetificação pode ocorrer de duas maneiras:³⁷ Uma é relacionada ao Imperativo Categórico de Kant: “Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”.³⁸ A outra

³⁷ Em sentido diverso, Nussbaum aponta sete maneiras de objetificar uma pessoa: (1) Instrumentalidade: a pessoa é tratada como uma simples ferramenta ou meio para o objetivo de outrem; (2) Negação de autonomia: a autonomia da pessoa não é reconhecida ou respeitada; (3) Inércia: a pessoa é tratada como se não tivesse vontade ou atividade; (4) Fungibilidade: a pessoa é tratada como intercambiável; (5) Violabilidade: a integridade corporal da pessoa não é respeitada; (6) Propriedade: a pessoa é tratada como domínio de outrem; (7) Negação de subjetividade: as experiências da pessoa não são reconhecidas. Stephen Wilkinson entende que essas sete maneiras de objetificação podem ser extraídas dos dois princípios expostos de Kant. In: WILKINSON, Stephen. *Bodies for sale: ethics and exploitation in the human body trade*. New York: Routledge, 2003, p. 28.

³⁸ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 69.

é relacionada à distinção entre preço e dignidade realizada por Kant: “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”.³⁹ Dessa forma, a objetificação é apontada como gênero que tem como espécies a *instrumentalização* e a *comodificação*.⁴⁰

A instrumentalização está relacionada ao que foi escrito sobre a exploração no sentido do uso indevido. Quando se instrumentaliza uma pessoa, pode-se dizer que ocorre um uso indevido desta, qual seja, o uso como mero meio. Sobre esse ponto, uma observação é importante. Kant não conclui que é proibido tratar pessoas como meio, mas afirma que existe uma obrigação de tratá-las sempre, *simultaneamente*, como fim. Essa afirmação indica que é possível tratar pessoas como um meio, desde que as trate também como um fim. Não se trata, portanto, de uma relação excludente entre meio e fim, mas integrativa. Quando uma pessoa realiza a doação voluntária e gratuita dos seus órgãos, ela é tratada como um meio para salvar a vida de outrem, contudo, é também tratada como fim, uma vez que sua ação foi autônoma. No caso em estudo, portanto, a grande questão é saber se um mercado regulado de órgãos e tecidos consegue tratar as pessoas como meio e fim ao mesmo tempo. Stephen Wilkinson esclarece o pensamento de Immanuel Kant sobre o tema:

Seu pensamento é que quando nos tornamos focados no valor instrumental da pessoa, na sua utilidade para nós, temos a tendência de desconsiderar o fato que ela é um ser autônomo que merece respeito. Em outras palavras, pensar na pessoa em termos de uso nos encoraja a negligenciar o fato que ela não é apenas para o nosso uso, mas também um fim-em-si-mesma.⁴¹

³⁹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 77, grifos autor.

⁴⁰ WILKINSON, Stephen. *Bodies for sale: ethics and exploitation in the human body trade*. New York: Routledge, 2003, p. 29.

⁴¹ WILKINSON, Stephen. *Bodies for sale: ethics and exploitation in the human body trade*. New York: Routledge, 2003, p. 37. Tradução nossa: “His thought is that when we become focused on a person’s instrumental value, on her usefulness to us, we have a tendency to disregard the fact that she is an autonomous being who deserves

Por outro lado, em um sentido meramente descritivo, a commodificação se refere à prática social de tratar coisas como *commodities*, ou seja, como propriedade que pode ser comprada, vendida ou alugada.⁴² Já em um sentido moral, a commodificação se refere à prática social de tratar as pessoas como *commodities*, atribuir características de mercado às pessoas, ou ainda, atribuir preço a quem se deve atribuir dignidade – como preconiza o filósofo prussiano. Nessa direção, o estabelecimento de um mercado regulado de órgãos e tecidos humanos afetaria esse princípio, na medida em que atribui preço ao corpo humano.

É possível problematizar essa objeção de diversas maneiras. A primeira maneira é questionar se não é possível que algo tenha preço e ao mesmo tempo dignidade. Ora, o trabalho é uma forma de mercantilizar a vida humana. Convencionou-se que o que é dotado de preço é a capacidade de trabalho da pessoa – e não a pessoa em si. Trata-se de uma abstração para evitar a conclusão de que a pessoa – ou, ao menos, algumas dimensões da personalidade – é dotada de um preço. De qualquer modo, isso não impede que a pessoa também seja dotada de dignidade. É lugar comum a expressão que diz que “o trabalho dignifica o homem”. Assim, ao que tudo indica, é possível que preço e dignidade relacionem-se ao mesmo substantivo.

Ainda, é possível questionar se a precificação de parte do ser humano causa a sua total objetificação. É possível vender o sangue, esperma, óvulos, cabelo, sem que isso indique que a pessoa seja totalmente uma mercadoria. Portanto, a venda de um órgão ou de tecidos não teria a capacidade de tornar a pessoa uma mercadoria por completo.

Nessa linha argumentativa, a venda de substâncias do corpo humano é um ponto relevante. Em determinados países, como os Estados Unidos, a compra e venda de sangue, esperma, óvulos e outros tipos de tecidos

respect. In other words, thinking of a person in terms of use encourages us to overlook the fact that she's not *only* for our use, but also an end-in-herself”.

⁴² WILKINSON, Stephen. *Bodies for sale: ethics and exploitation in the human body trade*. New York: Routledge, 2003, p. 44.

humanos, já é permitida em maior ou menor grau. Qual seria, portanto, o óbice para a compra e venda de órgãos nesses países? A objetificação parece não ser um entrave intransponível para a venda dessas substâncias. A principal resposta aponta para a irreversibilidade do objeto, já que os órgãos não são renováveis. Contudo, como adverte Gerald Dworkin, já se permite que as pessoas façam mudanças permanentes no corpo, como a esterilização. Desse modo, entende o filósofo que a venda de órgãos seria uma maneira de se efetivar o respeito à autonomia corporal dos indivíduos.⁴³

Outro problema é o conceito de dignidade utilizado por Immanuel Kant. Em uma sociedade pós-metafísica é razoável a utilização de um conceito metafísico? A quem cabe estabelecer o que é dignidade? A dignidade não pode ser um conceito *a priori* sob pena de excluir da sua esfera diversas manifestações da pessoalidade. Desse modo, a dignidade deve ser um conceito aberto, em eterna construção por cada pessoa.⁴⁴

Aqui faz-se importante retomar o que foi trabalhado no terceiro capítulo. Zygmunt Bauman escreve com clareza sobre a transformação das pessoas em mercadorias. A sociedade de consumidores teria como característica fundamental o embaçamento – ou até mesmo a eliminação – da divisão entre sujeito e objeto, pessoa e mercadoria. Como essa abordagem já foi estudada, propõe-se uma nova perspectiva que dialoga com as reflexões propostas pelo sociólogo polonês.

Daniel Mendes Ribeiro apresenta uma crítica à dicotomia absoluta e radical entre pessoas e objetos desenvolvida, sobretudo, pela dogmática jurídica. Em sua concepção tradicional, pessoa seria o sujeito de direito por natureza, seria o ser com capacidade de ação – e por isso seria merecedor de uma tutela especial. O objeto, por sua vez, seria correspondente a tudo aquilo que é submetido à ação das pessoas, estabelecendo uma relação de

⁴³ DWORKIN, Gerald. Market and Morals: The case for organ sale. In: *Morality, Harm and the Law*. Westview, 1994, p. 156.

⁴⁴ STANCIOLI, Brunello Souza. *Renúncia ao exercício de direitos da personalidade* (ou como alguém se torna o que quisier). Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

pertença ou subordinação: “Trata-se, para todos os efeitos, de uma dicotomia, uma situação em que há uma oposição insuperável entre duas classes de seres, em que, ao se definir um ser como pessoa, ele nunca poderá ser objeto, e vice-versa”.⁴⁵

A partir dessa conceituação tradicional, propõe uma aproximação entre pessoas e objetos, estabelecendo uma relação dinâmica, ao invés de uma separação absoluta. O conceito de pessoa não poderia ser delimitado em contraposição ao conceito de objeto – mas em acréscimo. Assim, desenvolve a ideia da pessoa como uma “coisa pessoalizada”:

Em termos gerais, o conceito de coisa, embora tenha um sentido próprio para o Direito, indica qualquer objeto individualizado do mundo material. Obviamente, a pessoa é um objeto individualizado do mundo material, mas tem atributos únicos que a distinguem das demais coisas. Logo, ao se tratar da pessoa, dos seus traços distintivos, não é necessário defini-la em oposição à coisa, mas sim em acréscimo. A terminologia jurídica distorce o fato fundamental de que pessoas são, também, coisas, para afirmar o caráter particular e especial da pessoa. O mais preciso seria dizer que algumas coisas *também* são pessoas, e essa condição especial traria uma série de consequências e distinções no tratamento jurídico que se dá a essa categoria diferenciada no universo das coisas.⁴⁶

Nesse ponto é interessante notar que o próprio Kant, talvez o maior opositor de uma aproximação entre coisas e pessoas, ao escrever sobre a já mencionada distinção entre preço e dignidade, escreve: “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”.⁴⁷ Poderia ser estabelecido, a partir da análise exclusiva dessa importante passagem, que existem dois

⁴⁵ RIBEIRO, Daniel Mendes. *De coisas a pessoas: sistemas, emergência e reconhecimento a partir de um estudo da escravidão no Brasil*. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012, p. 9.

⁴⁶ RIBEIRO, Daniel Mendes. *De coisas a pessoas: sistemas, emergência e reconhecimento a partir de um estudo da escravidão no Brasil*. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012, p. 13-14.

⁴⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 77, grifo nosso.

tipos de coisas no pensamento kantiano: a *coisa que tem preço* e a *coisa que tem dignidade*. Certamente, em uma análise abrangente da sua obra, essa ideia deve ser rechaçada – o que não retira a importância desse raciocínio em conexão com a tese aqui estudada.

Ao trabalhar o conceito de pessoa, Daniel Ribeiro se posiciona de maneira contrária a qualquer conceituação que seja reducionista. Após realizar uma breve incursão histórica, conclui que o conceito de pessoa sempre teve a exclusão, a segregação e a violência como características centrais. Em suas palavras:

[...] o ato de excluir vem acompanhado de um discurso com viés reducionista sobre o que é ou deveria ser a pessoa, e, qualificando o excluído como uma sub-pessoa ou não-pessoa, fica justificada a violência e a discriminação do outro. Decerto, a relação não é de determinação, ou seja, visões reducionistas sempre conduzirão a práticas de exclusão, mas os exemplos históricos são suficientemente numerosos e aberrantes para permitir a assertiva de que o reducionismo encaixa-se muito bem em esquemas de exclusão, e que a difusão de tais visões pode favorecer a legitimação social e política desses esquemas. A persistência da associação de conceituações reducionistas da pessoa a práticas e discursos excludentes ainda hoje (a crença no “excepcionalismo genético”, a pessoa que não pode renunciar seus direitos da personalidade, a discriminação e proibição contra variadas formas de uso do corpo como a homofobia, modificações corporais radicais, a venda de órgãos e tecidos humanos, a prática do aborto, a atribuição de identidades imutáveis pelo Direito etc.) faz crer que a relação não é infundada.⁴⁸

Esse ponto é de grande relevância para o estudo da objetificação. Quando se delimita o conceito de pessoa, uma pluralidade de manifestações de pessoalidade é relegada a uma esfera de exclusão. O questionamento fundamental seria, portanto, saber se a venda de órgãos e tecidos humanos pode ser uma afirmação da pessoalidade. Se ser pessoa é ser um processo em eterna (re)construção, não se configurando em um dado apriorístico e

⁴⁸ RIBEIRO, Daniel Mendes. *De coisas a pessoas: sistemas, emergência e reconhecimento a partir de um estudo da escravidão no Brasil*. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012, p. 37-38.

metafísico, pode-se pensar em infinitas possibilidades de se afirmar como pessoa.⁴⁹

Nesse sentido, defende-se que a pessoalidade é um processo que emerge “[...] na vivência da pessoa que concebe projetos de vida e busca a sua implementação. A pessoa, assim, coloca-se autonomamente face ao mundo e no mundo, exercendo possibilidades de vontade e de ação, que ela mesma cria e recria”.⁵⁰ Trata-se da concepção do emergentismo em oposição ao reducionismo, da pessoa como um processo de emergência em oposição à pessoa como algo que é estabelecido de antemão.

Acontece que a pessoa como emergência é uma condição a ser conquistada através da luta pelo reconhecimento. Esse é o principal motivo da pessoa ser considerada uma “coisa pessoalizada”: a pessoalidade não é algo que é atribuído por uma entidade superior qualquer, mas é uma condição a ser conquistada, reconhecida nos vários níveis da estrutura social. E nesse ponto chega-se a uma conclusão importante: a reificação (aqui tratada como sinônimo de objetificação) seria o esquecimento do reconhecimento – e nada mais.⁵¹

Assim sendo, a reificação da pessoa não ocorreria pelo fato de dispor economicamente de um rim ou de determinado tecido, mas pela ausência de reconhecimento da pessoalidade. Em outras palavras, a reificação poderia ser causada justamente pelo fato de se proibir a comercialização do corpo humano, desde que corresponda a uma manifestação da pessoalidade.

Em sentido semelhante, Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves problematizam o conceito de personalidade jurídica:

⁴⁹ STANCIOLI, Brunello Souza. *Renúncia ao exercício de direitos da personalidade* (ou como alguém se torna o que quiser). Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

⁵⁰ RIBEIRO, Daniel Mendes. *De coisas a pessoas: sistemas, emergência e reconhecimento a partir de um estudo da escravidão no Brasil*. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012, p. 50.

⁵¹ RIBEIRO, Daniel Mendes. *De coisas a pessoas: sistemas, emergência e reconhecimento a partir de um estudo da escravidão no Brasil*. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012, p. 54-57.

[...] a personalidade não é algo natural ao homem, como aptidão inerente ao ser humano para ser sujeito de direitos e deveres, mas um referencial de imputação, construído na práxis jurídico-discursiva. Ninguém é ontologicamente pessoa; não há uma essência do ser que o torne pessoa no mundo jurídico, mas uma construção histórico-argumentativa a partir de uma situação jurídica concreta”.⁵²

Conclui-se, portanto, que a pessoalidade não se confunde com a natureza ou a essência – mas trata-se de um reconhecimento a partir da história e da argumentação. Assim, é possível afirmar que somente existe pessoa no discurso.

Por fim, a ideia do corpo como propriedade deve ser apresentada. Nessa perspectiva, a grande questão seria: de quem é o corpo humano? A pessoa possui ou é um corpo? De início, é importante evidenciar que essa proposição está situada em um plano argumentativo muito distante da defesa da escravidão, servidão ou nazismo – ao contrário do que afirmam Volnei Garrafa e Giovanni Berlinguer: “O que não podemos vender é o *Homo sapiens*. O primeiro problema vivenciado pela humanidade, nesse terreno, foi a da servidão. O segundo foi a escravidão. O terceiro, e mais moderno, é o dos transplantes de órgãos”.⁵³ Ou ainda: “[...] talvez transformem-se em réus de um novo Nuremberg do século 21”.⁵⁴

A diferença essencial é que, nos casos mencionados, o corpo era entendido como uma propriedade alheia. Desse modo, a objetificação era causada pela ausência de reconhecimento e autonomia. A proposta do corpo como propriedade parte da concepção do corpo como uma propriedade da própria pessoa (autopropriedade ou *self-ownership*), sendo uma maneira de reconhecimento da pessoalidade e, principalmente, da autonomia.

⁵² SÁ, Maria de Fatima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 80.

⁵³ BERLINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei. *O mercado humano: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo*. 2. ed. Brasília: Editora UnB, 2001, p. 15.

⁵⁴ GARRAFA, Volnei. O Mercado de estruturas humanas. *Revista Bioética*, v. 1, n. 2, 1993, p. 5.

Novamente, Kant se posiciona em sentido contrário em um dos seus escritos póstumos:

O homem não pode dispor de si mesmo, porque não é uma coisa; nem é propriedade de si mesmo, pois seria contraditório. De fato, na medida em que ele é pessoa, ele é sujeito, ao qual pode caber a propriedade de outras coisas. Mas se fosse propriedade de si mesmo, seria uma coisa, cuja posse poderia reivindicar. Ora, ele é pessoa, o que é diferente de propriedade, e portanto não é coisa cuja posse lhe caiba reivindicar, pois é impossível ser, ao mesmo tempo, coisa e pessoa, e fazer coincidir o proprietário e a propriedade. Baseado nisto, o homem não pode dispor de si mesmo. Não lhe é permitido vender um dente ou um pedaço de si mesmo.⁵⁵

A noção do corpo como propriedade adquire uma faceta diferente com os novos usos do corpo na sociedade contemporânea, especialmente o uso comercial. Se, em um passado não muito distante, a interseção entre corpo e mercado se restringia ao trabalho, hoje a congruência entre essas duas esferas é muito maior. Stephen Wilkinson indica diversas situações de comercialização do corpo humano: prostituição, barriga de aluguel, pagamento para ser cobaia em pesquisas e experimentos, modelagem comercial, pornografia, patenteamento do DNA, propriedade de dados genéticos, compra e venda de sangue, gametas e órgãos.⁵⁶

Tendo em vista esse novo horizonte em relação aos usos do corpo, Muireann Quigley defende a utilização da estrutura conceitual da propriedade como uma possibilidade para superar as dificuldades práticas e teóricas surgidas dessa mudança de concepção: “Ao incluir o corpo na lista de coisas que agora chamamos de propriedade, o colocamos dentro de uma estrutura normativa que pode ajudar a identificar quais questões realmente nos divide ao considerar dilemas sobre o uso e controle dos nossos corpos e suas partes”.⁵⁷

⁵⁵ KANT, Immanuel apud BERLINGUER, Giovanni. Corpo humano: mercadoria ou valor? *Revista Estudos Avançados*, v. 7, n. 19, 1993, p. 173.

⁵⁶ WILKINSON, Stephen. *Bodies for sale: ethics and exploitation in the human body trade*. New York: Routledge, 2003, p. 3.

⁵⁷ QUIGLEY, Muireann. Property and the body: applying Honoré. *Journal of Medical Ethics*, n.33, 2007, p. 631. Tradução nossa: “By including the body in the list of things which we now call property, we place it within a

É claro que não se trata exatamente da noção tradicional de propriedade, entendida unicamente nas faculdades de usar, gozar, dispor e reaver a coisa, vinculada aos bens corpóreos e patrimoniais. O Direito contemporâneo tem superado a percepção da propriedade como um conceito estático, aproximando-se de uma conceituação dinâmica e abrangente. Dessa maneira, não se fala mais em propriedade, mas em propriedades.⁵⁸

O exemplo mais evidente é a propriedade intelectual, possuindo uma série de diferenças em relação à propriedade tradicional. Como semelhança, poder-se-ia mencionar o poder imediato e exclusivo do titular sobre sua criação. As diferenças surgem com o objeto abstrato e incorpóreo da propriedade intelectual, seu caráter temporário, bem como a sua natureza dúplice: patrimonial (relacionado à exploração econômica do bem – e.g. marca e patente); e extrapatrimonial (referente à personalidade do criador da obra – e.g. direito ao nome, direito de retirar uma obra de circulação).⁵⁹ Nesse sentido, afirma-se que a propriedade possui uma “[...] aptidão camaleônica de se transfigurar e adaptar as novas situações”, razão pela qual Stefano Rodotà irá denominá-la de “*il terribile diritto*”.⁶⁰

A proposta de Quigley consiste em utilizar a teoria de Anthony Honoré sobre propriedade e aplicá-la ao corpo humano. Por intermédio de uma revisão e análise de jurisprudência, Honoré apresenta onze direitos, deveres e outros elementos que formam o conceito de propriedade. Dentre eles, indica-se o direito de posse, de uso, de administração, de exploração econômica, de alienação, de transferência, de perpetuidade, bem como o dever de prevenção do dano, de responsabilização pelos débitos.⁶¹

normative framework which can help to identify what issues really divide us when considering dilemmas about the use and control of our bodies and their parts”.

⁵⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*: reais. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 265-268.

⁵⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*: reais. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 269-274.

⁶⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*: reais. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 267.

⁶¹ QUIGLEY, Muireann. Property and the body: applying Honoré. *Journal of Medical Ethics*, n.33, 2007, p. 631.

Trata-se de um conceito flexível, aberto e adaptável a diversas situações, na medida em que para algo ser considerado propriedade não é necessário que contenha *todos* os elementos – mas apenas a *maioria* destes. Além disso, cada um dos elementos pode assumir configurações diferentes a depender da situação. Assim, o direito de usar um automóvel não será idêntico ao direito de usar o corpo humano.⁶²

Enfim, para concluir se o conceito de propriedade pode ser aplicado ao corpo, faz-se necessário analisar cada elemento, sua aplicabilidade *in casu*, bem como a maneira da sua aplicação. Ao realizar esse procedimento, Muireann Quigley conclui que é possível atribuir a maioria dos incidentes ao corpo humano, sendo possível classificá-lo como propriedade. O grande mérito da teoria de Honoré é a sua flexibilidade, pois é possível delimitar a noção de propriedade. Assim, é possível defender o corpo como propriedade sem defender o comércio de órgãos, ou defender o comércio de órgãos sem defender a escravidão.

A partir dos contrapontos levantados é admissível relativizar o argumento da objetificação e comodificação de diversas maneiras. Percebe-se que a ideia da objetificação é fundada em concepções metafísicas de dignidade e corpo, em especial no pensamento de Kant. Desse modo, entende-se que o debate deve ser proposto em termos éticos, no sentido de questionar racionalmente a concepção moral clássica acerca da objetificação.

4.1.6 Sacralidade do corpo

Muito já foi dito sobre o corpo nas seções sobre autonomia corporal e objetificação, razão pela qual o tema da sacralidade do corpo será abordado de maneira mais sucinta. Pode-se dizer que o corpo humano carrega consigo uma forte base cultural. No contexto de uma sociedade ocidental, moldada sob forte influência do cristianismo, o corpo é ainda reconhecido

⁶² QUIGLEY, Muireann. Property and the body: applying Honoré. *Journal of Medical Ethics*, n.33, 2007, p. 634.

como algo sagrado. O argumento da sacralidade do corpo indica que qualquer tipo de mercantilização do ser humano o transforma “[...] em um produto, violando a soberania de Deus e a intrínseca santidade da vida”.⁶³

Mas o que realmente se quer dizer quando se fala em sacralização? José Luiz Quadros de Magalhães, a partir dos estudos de Giorgio Agambem, indica um caminho. A sacralização seria entendida “[...] como um mecanismo de subtração do livre uso das pessoas as palavras e seus significados; coisas e seus usos; pessoas e sua significação histórica”.⁶⁴

Sacralizar significa retirar algo do livre uso e do comércio das pessoas, sendo uma forma de poder e dominação. O que é consagrado aos deuses não pode ser usufruído pelas pessoas. Lado outro, profanar é restabelecer o sacralizado ao livre uso de todas as pessoas. É nesse sentido que se fala que a função da religião seria a de separação, estabelecendo uma esfera intangível ao homem.

Contudo, não é somente no âmbito da religião propriamente dita que é possível se falar em sacralização:

O capitalismo de mercado é uma grande religião que se afirma com a sacralização do mercado e da propriedade privada. As discussões que ocorrem na esfera econômica são encerradas com o recurso ao mito para impor uma ideia sacralizada a toda a população. No espaço religioso do capitalismo não há espaço para racionalidade discursiva, pois qualquer tentativa de questionar o sagrado é sacrilégio.⁶⁵

Entre a sacralização religiosa e a sacralização mercantil, emerge o debate sobre um mercado regulado de órgãos e tecidos humanos. Por um lado, a vedação de tal prática pode representar uma segregação indevida

⁶³ NELKIN, Dorothy; ANDREWS, Lori. Homo Economicus: commercialization of body tissue in the age of biotechnology. *Hasting Center Report*, v. 28, n. 5, 1998, p. 36. Tradução nossa: “turns the body into a product, violating the sovereignty of God and the ‘inherent sanctity of life’”.

⁶⁴ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Estudo prévio: a morte. In: Maria de Fátima Freire de Sá; Diogo Luna Moureira. *Autonomia para morrer*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. xvii.

⁶⁵ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Estudo prévio: a morte. In: Maria de Fátima Freire de Sá; Diogo Luna Moureira. *Autonomia para morrer*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. xix.

do livre uso do corpo pelas pessoas; por outro, pode representar a colonização do mundo da vida pelo mercado.

Mas, entre extremos tão conflitantes, é possível encontrar uma solução razoável? A resposta consiste em dessacralizar o discurso, dessacralizar o corpo. A argumentação deve ser livre e dialógica. Em um ambiente secularizado, o sagrado não pode integrar no discurso como algo absoluto e imutável, afinal, “[...] a corporeidade não é estática, ao contrário, é um processo dinâmico de construção de identidade”.⁶⁶

O corpo é sagrado, mas já se admite *piercing* e tatuagem. O corpo é sagrado, mas já se admite suicídio assistido e eutanásia. O corpo é sagrado, mas já se admite a gratuita disposição dos órgãos. O corpo é sagrado, mas já se admite o aborto. O corpo é sagrado ou sagrado é fazer o que quiser com o próprio corpo?

4.1.7 Altruísmo

A partir do estudo do sistema de doação de sangue nos Estados Unidos (recompensado) e no Reino Unido (gratuito), Richard Titmuss apresenta duas teses centrais. A primeira afirma que o sistema em vigência no Reino Unido é mais eficiente que o dos Estados Unidos – tese já estudada no capítulo sobre a visão econômica da vida. A segunda indica que o sistema americano de doação de sangue recompensada tem como consequência a diminuição do *espírito de altruísmo* presente na sociedade.⁶⁷

Michael Sandel explica o posicionamento do sociólogo britânico:

[...] transformar o sangue em mercadoria corrói o sentimento de obrigação de doar sangue, diminui o espírito de altruísmo e solapa a “relação de doação”, uma característica ativa da vida social (a objeção da corrupção). Examinando o panorama dos Estados Unidos, ele lastimava “o declínio nos últimos anos da

⁶⁶ LARA, Mariana Alves *et al.* Um mercado lícito como alternativa para o problema da escassez de órgãos e tecidos – desafios e proposta. In: *XIX Jornadas de Jóvenes Investigadores de la Asociación de Universidades del Grupo Montevideo*. Ciudad del Este: 2011, p. 3.

⁶⁷ TITMUSS, Richard. *The gift relationship: from human blood to social policy*. New York: The New York University Press, 1997.

doação voluntária de sangue”, atribuindo-a à ascensão dos bancos comerciais de sangue. “A comercialização e o lucro com o sangue vêm afastando o doador voluntário.” A partir do momento em que começam a encarar o sangue como uma mercadoria normalmente vendida e comprada, pondera Titmuss, as pessoas sentem-se menos inclinadas a uma responsabilidade moral pela doação.⁶⁸

Opositores do mercado regulado de órgãos e tecidos humanos argumentam que o enfraquecimento do altruísmo seria uma consequência inevitável – o que seria ruim para os valores existentes e praticados na sociedade. Afinal, se é possível vender, por que doar?

Partindo de Immanuel Kant, filósofo cujo os argumentos são reiteradamente utilizados para rechaçar esse mercado, poder-se-ia problematizar a validade do questionamento proposto. Segundo suas lições, o agir prático é moralmente correto quando parte, exclusivamente, dos comandos da razão. Trata-se do imperativo categórico: faz-se algo em virtude de ser bom em si mesmo – e não para obter uma vantagem. Assim, em resposta à pergunta “por que doar?”, Kant poderia responder: “porque é o que exige a razão”. Seria, portanto, uma incoerência dos opositores a utilização de premissas kantianas para condenar a objetificação, enquanto se esquecem dessas mesmas premissas no debate sobre o altruísmo.

Também é necessário debater sobre a possibilidade de uma mesma ação englobar interesses econômicos e altruístas. Um exemplo seria a coexistência do trabalho profissional e do trabalho voluntário.⁶⁹ A venda de um órgão não poderia também ser um ato de altruísmo? Ou será que o mercado elimina as manifestações de outras esferas, resumindo tudo a uma análise de custo-benefício? Uma pesquisa realizada em 2009 no Irã aponta para a possibilidade de coexistência desses interesses, na medida em que evidenciou que a principal motivação para a doação sem parentesco em vida é financeira e também altruística, correspondendo à

⁶⁸ SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 122.

⁶⁹ ÁVILA, Gustavo Noronha et al. Comércio de órgãos humanos: até onde vai a autonomia do indivíduo? *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 34, n. 1, jan./jun. 2008, p. 30.

resposta de 60.8% dos entrevistados.⁷⁰ Esse ponto será retomado mais adiante.

O argumento da cadeia de produção é preciso em sua crítica a essa objeção. Indica que todos os envolvidos no sistema de doação altruísta de órgãos são remunerados, exceto o doador. O cirurgião, sua equipe, o hospital, as empresas que fornecem os materiais e medicamentos: todos são recompensados pelos serviços que prestam, sem que haja desmerecimento ou descrédito. Desse modo, a objeção do mercado fundada no altruísmo seria uma hipocrisia – afinal, exige-se a gratuidade somente daquele que dispõe de parte do seu próprio corpo.⁷¹

Contudo, a questão central parece ser o fracasso do altruísmo em solucionar o problema da escassez de órgãos. Diversos dados foram apresentados na introdução, sendo que todos convergem para uma mesma conclusão: não se tem notícia de um país onde a doação de órgãos tenha conseguido resolver o problema da escassez. O que se percebe são listas de espera e mortes crescentes e reiteradas.

Há quem entenda que “[...] o que fracassou não foi o projeto altruísta em si, mas sim a forma de promovê-lo”.⁷² Desse modo, bastaria uma melhor organização política e social com o objetivo de cultivar e estimular a cultura altruísta de doação para solucionar a problemática (e.g. campanhas de conscientização). Trata-se de uma hipótese plausível, sendo necessária a produção e análise de dados empíricos para sua comprovação. Não obstante, o que se observa é a insuficiência, em maior ou menor grau, desse espírito de altruísmo, mesmo em países que se destacam na doação de órgãos, como a Espanha.

⁷⁰ ROUCHI, A.; MAHDAVI-MAZDEH, M.; ZAMYADI, M. Compensated living kidney donation in Iran: donor's attitude and short-term follow up. *Iranian Journal of Kidney Diseases*, v. 3, n. 1, 2009, p. 36.

⁷¹ ERIN, Charles; HARRIS, John. An ethical market in human organs. *Journal of Medical Ethics*, n. 29, 2003, p. 137-138.

⁷² ÁVILA, Gustavo Noronha *et al.* Comércio de órgãos humanos: até onde vai a autonomia do indivíduo? *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 34, n. 1, jan./jun. 2008, p. 31.

Essa observação se aplica tanto nos casos de doação *inter vivos*, quanto nos de doação *post mortem*. No primeiro caso, o problema do altruísmo tem origem no descrédito do legislador, uma vez que restringe a doação de órgãos até o quarto grau.⁷³ Ora, não existe altruísmo para além da família? No segundo caso, a falta de altruísmo é percebida nos altos índices de recusa à doação de órgãos pela família do falecido.

Assim, a grande questão parece ser a seguinte: caso um sistema remunerado aumente a quantidade geral de órgãos e tecidos disponíveis para transplante em comparação com um sistema altruísta, esta ainda seria uma discussão relevante? Ao que tudo indica, a resposta deve ser negativa.

4.2 Parâmetros mínimos

Faz-se importante delimitar parâmetros mínimos para que um mercado regulado de órgãos e tecidos humanos seja considerado ético. Entre a total proibição e o livre mercado existe uma grande variedade de propostas para esse tipo de mercado. Glenn Cohen indica algumas das possibilidades para regulamentação de um mercado ético de órgãos e tecidos humanos – deixando claro que não se trata de uma lista exaustiva. Em relação ao controle do preço, poderia ser determinado um valor fixo, um valor mínimo ou um valor máximo; sobre as maneiras de recompensar o doador, poderia ser fixado um limite para a compensação em espécie, dando prioridade aos doadores e seus familiares em caso de necessidade de transplante; à respeito de quem poderia comprar e vender os órgãos, poder-se-ia proibir as corretoras, proibir o comércio direto entre particulares, estabelecer o governo como o único comprador, excluir os vendedores pobres, exigir uma triagem médica e legal para garantir a

⁷³ Art. 9^a É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4^o deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea. In: BRASIL. *Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997*. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. São Paulo: Saraiva, 2016.

compreensão dos termos do negócio; em relação aos tipos de órgãos que poderiam ser vendidos, poder-se-ia estabelecer uma permissão apenas para órgãos renováveis; além de outras medidas, como proibir a publicidade.⁷⁴

Uma questão interessante diz respeito ao modo de retribuição daquele que dispõe dos órgãos e tecidos. Grande parte dos argumentos contrários ao mercado regulado são focados na impossibilidade de atribuição de preço às pessoas – seres dotados de dignidade por natureza. Nesse sentido, alguns estudiosos propõem o modelo dos benefícios indiretos, sendo caracterizados por uma retribuição não pecuniária aos doadores. Indica-se alguns exemplos: redução das tarifas elétricas, postais e telefônicas; acesso privilegiado aos serviços públicos; seguro de saúde; funeral gratuito nos casos de doação *post mortem*; e outros.⁷⁵

Não obstante essas inúmeras possibilidades, optou-se por estudar dois modelos debatidos com frequência na literatura sobre o tema. Inicia-se com o modelo proposto por Charles Erin e John Harris para um mercado *inter vivos* de órgãos. Para ser ético, o mercado deveria ser restrito a uma única área geopolítica. Assim, apenas cidadãos domiciliados nessas áreas estariam aptos a vender seus órgãos. Deveria haver apenas um único comprador (monopsônio) que distribuisse os órgãos de acordo com uma concepção justa de prioridade médica. Além disso, os órgãos deveriam ser avaliados para assegurar um rígido controle de qualidade. Por fim, os preços deveriam ser altos o bastante para atrair os potenciais vendedores. Seguindo esses parâmetros, os pesquisadores acreditam que poderia ser estabelecido um mercado ético de órgãos humanos.⁷⁶

Seguindo a mesma orientação, Arthur Matas indica que um sistema ético para o mercado regulado de órgãos deveria ser baseado em alguns princípios básicos: pagamento ao doador pelo governo ou por seguradoras;

⁷⁴ COHEN, I. Glenn. A fuller Picture of organ markets. *The American Journal of Bioethics*, v. 14, n. 10, 2014, p. 19-20.

⁷⁵ BERLINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei. *O mercado humano: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo*. 2. ed. Brasília: Editora UnB, 2001, p. 131 e 181.

⁷⁶ ERIN, Charles; HARRIS, John. An ethical market in human organs. *Journal of Medical Ethics*, n. 29, 2003; p. 137-138.

alocação dos órgãos realizada por algum algoritmo predefinido; avaliação integral do doador e do receptor; consentimento informado; fiscalização; acompanhamento de longa duração; tratamento digno e respeitável para com o doador; além da restrição desse sistema a uma determinada área geográfica.⁷⁷

Cada uma das exigências apresentadas tem como objetivo eliminar, ou, ao menos, enfraquecer, as principais objeções ao mercado de órgãos e tecidos humanos. A restrição a uma única área geopolítica tem como finalidade eliminar o tráfico e o turismo de órgãos. A determinação de um único comprador, em regime de monopsonio, visa acabar com negociação direta entre as partes, além de eliminar a presença de corretores e agenciadores. Dessa maneira, a exploração e os danos são mitigados. O pagamento pelo governo ou por alguma seguradora, bem como a distribuição de acordo com a necessidade médica, indicam uma preocupação com a equidade e com a justiça distributiva. A avaliação do doador, do receptor e do órgão, além do acompanhamento de longo termo, possuem o objetivo de minimizar os riscos e danos aos envolvidos. O consentimento livre e esclarecido visa efetivar a ausência de coerção e outros vícios na manifestação da vontade. O tratamento respeitoso e digno é uma exigência para rechaçar a objetificação do vendedor, tratando-o sempre como ser autônomo e, por isso, digno. O estabelecimento de um preço suficientemente alto objetiva o efetivo aumento na oferta de órgãos e tecidos, além do enfraquecimento do tráfico. Por fim, a fiscalização é a garantia que todas as preocupações éticas serão efetivamente cumpridas.

Em relação ao mercado de órgãos e tecidos *post mortem* não foram encontrados modelos estabelecendo parâmetros mínimos. A razão é simples: a maioria das objeções levantadas no debate sobre a compra e venda de órgãos e tecidos humanos somente se aplicam ao mercado *inter vivos*.⁷⁸

⁷⁷ MATAS, Arthur J. Why we should develop a regulated system of kidney sales: a call for action. *Clinical Journal of the American Society of Nephrology*, n. 1, 2006, p. 1129-1132.

⁷⁸ LARA, Mariana Alves *et al.* Um mercado lícito como alternativa para o problema da escassez de órgãos e tecidos: desafios e proposta. In: *XIX Jornadas de Jóvenes Investigadores de la Asociación de Universidades del Grupo Montevideo*. Ciudad del Este: 2011, p. 7-8.

Certamente não haveria nenhum risco envolvido, nem mesmo qualquer possibilidade de dano físico, psicológico ou social, uma vez que o doador já se encontraria morto, direcionando a análise para possíveis danos aos familiares.

Desse modo, percebe-se que os argumentos para a proibição do comércio de órgãos e tecidos após a morte assumem outras dimensões. O consentimento parece ser o principal problema a ser debatido: a quem caberia a decisão de vender os órgãos e tecidos após a morte? Trata-se de uma questão que admite variadas respostas. Poder-se-ia atribuir à família a decisão de vender ou não os órgãos e tecidos do parente falecido – tal como cabe à família a decisão nos casos de doação, conforme previsão da Lei de Doação de Órgãos brasileira.⁷⁹ Nesse caso, haveria uma recompensa financeira para a família que concordasse com a retirada dos órgãos e tecidos. Nessa proposta, seria possível retomar a objeção da coerção, afirmando que poderia haver uma pressão para que as famílias de baixa renda vendessem os órgãos e tecidos dos seus parentes falecidos. Contudo, defende-se que essa decisão caberia somente à própria pessoa. Nesse sentido, critica-se a posição adotada pela Lei brasileira, na medida em que atribui todo o poder decisório aos familiares, ignorando a pessoa como ser autônomo. Volnei Garrafa e Giovani Berlinguer apresentam maneiras para o consentimento manifestado em um contrato desse tipo:

Outras formas de incentivo foram propostas para as pessoas que doassem seus órgãos em vida, não pelo compromisso de permitir a remoção em vida, mas por concordar com a utilização dos próprios órgãos *post-mortem*: pagamento imediato, então, mas entrega prorrogada. Um empréstimo em dinheiro ao futuro doador, em outras palavras. [...] As fórmulas que resumem este contrato são *cash death benefit* (benefício pago em dinheiro pela morte), ou então *cash*

⁷⁹ Art. 4º. A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte. BRASIL. *Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997*. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 05 fev. 1997.

benefit for binding consent to donation (ganho em dinheiro por vincular o consento à doação). A primeira destaca o quanto pode tornar-se vantajoso morrer, quando já se recebeu uma soma que servirá pelo menos para pagar as despesas do funeral; a segunda vai um pouco além: preocupa-se com o fato de que algumas pessoas vendem os órgãos em vida, mas depois os parentes recusam-se a entregá-los; esta, envolve então todos os interessados, mortos ou vivos, na manutenção do seu compromisso.⁸⁰

Assim, poder-se-ia celebrar um negócio jurídico com efeito imediato para o vendedor, mas com eficácia suspensa para o comprador, na medida em que os órgão e tecidos apenas seriam retirados após a morte. Outra possibilidade seria um negócio jurídico com eficácia suspensa para ambas as partes: o vendedor manifestaria sua vontade no sentido de vender seus órgãos e tecidos após a morte, mas os efeitos ocorreriam apenas após o seu falecimento. Nesse caso, o benefício seria para a família – um negócio similar ao testamento.

Em relação à exploração, a solução seria a mesma daquela apresentada para o mercado em vida: o estabelecimento de um monopólio, ou seja, o governo ou alguma outra instituição seria o único comprador e distribuiria os órgãos e tecidos de acordo com a necessidade médica, em cumprimento às exigências da justiça distributiva.

Como se percebe a partir dos parâmetros mínimos apresentados para o mercado de órgãos e tecidos humanos, a grande diferença em relação ao sistema de transplante vigente é a compensação monetária como fator para aumentar a oferta. Assim, a remuneração atua como forma de incentivo para que as pessoas disponham dos seus órgãos e tecidos – haja vista a insuficiência das doações altruístas. No caso do Brasil, por exemplo, poderia ser mantida toda a estrutura do sistema de transplantes vigente e atribuir ao governo a função de remunerar os interessados em dispor dos seus órgãos e tecidos. O sistema da lista única, da distribuição de acordo com a necessidade e demais aspectos poderiam ser mantidos.

⁸⁰ BERLINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei. *O mercado humano: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo*. 2. ed. Brasília: Editora UnB, 2001, p. 180-181.

Um modelo ético e regulado de mercado de órgãos, tal como delineado ao longo dessa seção, deve ser uma alternativa a ser levada em consideração. A razão é clara: esse modelo potencializa os argumentos favoráveis e enfraquece as objeções ao mercado regulado de órgãos e tecidos. Por um lado, há o aumento da quantidade de enxertos disponíveis para transplante, a diminuição do tráfico de órgãos e uma afirmação da autonomia. Por outro, o argumento da exploração é atenuado ao se estabelecer um único comprador e uma fiscalização efetiva. Também não pode prevalecer o argumento da injustiça ao se estabelecer um modelo equânime de distribuição de órgãos. Os argumentos do dano e da coerção também são minimizados pelo consentimento livre e esclarecido, bem como pela avaliação e acompanhamento de longo termo ao doador. Por fim, o que prevalece são argumentos de caráter metafísico, tal como a sacralidade do corpo e a objetificação do ser humano. O grande questionamento a se pensar parte da observação: é possível falar em metafísica em uma sociedade pós-metafísica e cada vez mais plural? E mais, é correto justificar a proibição de um mercado regulado e ético com fundamento exclusivo nesse tipo de argumentação?

Tabela 4 - Parâmetros mínimos para um mercado regulado de órgãos e tecidos humanos

PROBLEMAS	POSSÍVEIS SOLUÇÕES
(1) Tráfico de órgãos	(1) Restrição a uma única área geopolítica
(2) Exploração Dano	(2) Único comprador Monopsonio
(3) Exploração Desigualdade	(3) Pagamento pelo governo ou seguradora
(4) Injustiça distributiva	(4) Distribuição por critério de necessidade médica
(5) Dano Riscos	(5) Avaliação do doador, do receptor e dos órgãos
(6) Consentimento Coerção	(6) Termo de consentimento livre e esclarecido
(7) Objetificação Comodificação	(7) Tratamento respeitoso, autônomo e digno
(8) Escassez Tráfico de órgãos	(8) Preços suficientemente altos
(9) Danos de longo termo	(9) Acompanhamento de longa duração
(10) Exploração Insegurança	(10) Fiscalização

Fonte: Elaboração pelo Autor.

4.3 O caso do Irã

O estudo de caso é de fundamental importância, uma vez que diversos problemas apenas são evidenciados no plano fático. Construções teóricas podem se mostrar insuficientes ou errôneas quando aplicadas no mundo da vida – ambiente não linear e repleto de vicissitudes. Nesse sentido, o caso do Irã deve ser analisado com atenção. A escolha não é aleatória: o Irã foi o primeiro e único país a aprovar uma legislação regulamentando um modelo ético de doação recompensada de rins em vida entre não parentes.⁸¹

A nomenclatura pode gerar incertezas em razão da pouca precisão técnica. Contudo, em uma análise mais detida, não restam dúvidas: trata-se de um mercado regulado de rins *inter vivos*. Pode-se dizer que é um eufemismo comum na literatura sobre o tema, tendo como principal justificativa a tentativa de suavizar a carga negativa que os termos “mercado de órgãos”, “comércio de órgãos” e “compra e venda de órgãos” possuem.

Antes de adentrar na casuística proposta, faz-se necessário uma advertência prévia. Os resultados obtidos na experiência iraniana não devem ser tratados em absoluto. Tanto as argumentações teóricas, quanto as experiências práticas não podem ser transpostas de um contexto a outro sem as devidas conformações. Não obstante, os acertos e erros desse modelo representam fortes razões no debate sobre o mercado regulado de órgãos e tecidos humanos, na medida em que se trata do único modelo efetivamente implementado.

4.3.1 Apontamentos históricos

O Irã, também chamado de Pérsia na Antiguidade Clássica, teve um alto grau de desenvolvimento durante todo o período do primeiro milênio A.C. Atualmente é um país em desenvolvimento, localizado no sudoeste da Ásia (Oriente Médio), possuindo uma extensão de 1.65 milhões km² e uma

⁸¹ Parte do que será exposto nesse tópico também pode ser encontrado em: OLIVEIRA, Lucas Costa de. Mercado regulado de órgãos: el caso de Irán. *Revista de Bioética y Derecho*, v. 44, p. 73-88, 2018.

população de cerca de 75 milhões de habitantes. Possui uma população jovem – um quarto da população possui menos que 15 anos, tendo uma expectativa de vida de 72 anos. O PIB per capita foi estimado em US\$ 4.520 no ano de 2009, mas esse valor varia com frequência em razão da flutuação do preço do petróleo. A taxa de desemprego era de 10.5% e o índice de alfabetização de 85% em estimativa realizada em 2008. O gasto com saúde representa 5.5% do PIB.⁸²

Em 1967 foi realizado o primeiro transplante de órgãos no Irã, ao passo que em 1974 foi oficializado o primeiro centro de diálise pelo Ministério da Saúde e Educação Médica. Entre 1967 e 1985 apenas 112 transplantes renais foram realizados. A situação era tão devastadora, muito em razão da guerra Irã-Iraque, que o governo permitiu e financiou que pacientes fossem transplantados no exterior. Qualquer paciente que apresentasse os documentos requeridos e tivesse um parente com potencial para a doação de órgãos em um país estrangeiro poderia solicitar esse financiamento. Entre 1980 e 1985, mais de 400 pacientes viajaram para países europeus, principalmente para o Reino Unido, e para os Estados Unidos com dinheiro governamental e receberam transplantes renais.⁸³

Em 1985 foram implantados dois centros para transplantes renais no país, tendo como objetivo amenizar os problemas das longas listas de espera. Nos dois anos seguintes, 274 transplantes foram realizados. Apesar das sucessivas tentativas, o problema persistia e se agravava: os elevados gastos com o custeio de transplantes no exterior haviam se tornado insustentáveis; muitos pacientes não possuíam parentes dispostos à doação em vida; a doação *post mortem* não era regulamentada e sequer havia um programa para tal modalidade; as listas de espera se tornavam maiores a cada dia. A soma desses fatores levou o governo a estabelecer, em 1988, um programa de doação renal *inter vivos* remunerada entre não parentes,

⁸² GHODS, Ahad J.; SAVAJ, Shekoufeh. Iranian model of paid and regulated living-unrelated kidney donation. *Clinical Journal of the American Society of Nephrology*, n. 1, 2006, p. 1137; MAHDAVI-MAZDEH, Mitra. The Iranian model of living renal transplantation. *Kidney International*, n. 82, 2012, p. 627.

⁸³ GHODS, Ahad J.; SAVAJ, Shekoufeh. Iranian model of paid and regulated living-unrelated kidney donation. *Clinical Journal of the American Society of Nephrology*, n. 1, 2006, p. 1137; MAHDAVI-MAZDEH, Mitra. The Iranian model of living renal transplantation. *Kidney International*, n. 82, 2012, p. 628.

com atenção aos debates éticos em torno do assunto.⁸⁴ Em 1997 houve a aprovação de uma Lei regulamentando aspectos procedimentais desse programa, principalmente em relação à atuação do governo e suas atribuições econômicas.⁸⁵

A última grande alteração no sistema de transplantes do Irã ocorreu em 2000, por meio da Lei de Transplante de Órgãos e Morte Cerebral, que legalizou e regulamentou a doação de órgãos após a morte cerebral. A referida legislação passou por diversas barreiras até ser aprovada. Pode-se citar as barreiras culturais, uma vez que existiam dúvidas à respeito da conformidade com os preceitos do islamismo; barreiras técnicas, como em relação ao momento e aos requisitos para ser determinada a morte cerebral, bem como em relação aos procedimentos médicos para essa modalidade de doação; por fim, pode-se falar em barreiras operacionais, na medida em que a estrutura e a logística necessárias para doação *post mortem* são muito maiores quando comparada com a doação *inter vivos*.⁸⁶

4.3.2 Procedimentos e características

O paciente renal em estágio final que pretenda participar do programa iraniano deve passar por uma avaliação médica inicial em que são discutidas as vantagens da doação realizada por parentes, bem como a possibilidade e o problema da escassez de órgãos provenientes de doadores falecidos no país. Caso o paciente não tenha nenhum parente vivo disposto a doar e não queira se submeter ao processo de doação *post mortem*, procede-se o encaminhamento para a Associação de Pacientes em Diálise e Transplante, também conhecida como Fundação Iraniana de Pacientes Renais, com a finalidade de encontrar um doador de órgãos em

⁸⁴ GHODS, Ahad J.; SAVAJ, Shekoufeh. Iranian model of paid and regulated living-unrelated kidney donation. *Clinical Journal of the American Society of Nephrology*, n. 1, 2006, p. 1137; MAHDAVI-MAZDEH, Mitra. The Iranian model of living renal transplantation. *Kidney International*, n. 82, 2012, p. 628.

⁸⁵ LARIJANI, B.; ZAHEDI, F.; TAHERI, E. Ethical and legal aspects of organ transplantation in Iran. *Transplantations Proceedings*, n. 36, 2004, p. 1242.

⁸⁶ LARIJANI, B.; ZAHEDI, F.; TAHERI, E. Ethical and legal aspects of organ transplantation in Iran. *Transplantations Proceedings*, n. 36, 2004, p. 1241-1242; MAHDAVI-MAZDEH, Mitra. The Iranian model of living renal transplantation. *Kidney International*, n. 82, 2012, p. 633.

vida e sem parentesco. Os potenciais doadores também devem entrar em contato com a associação para manifestar sua vontade. Tanto o candidato ao transplante, quanto o potencial doador são registrados sem nenhum custo.⁸⁷

Importante destacar que essa associação é formada por pacientes com doenças renais em estágio final e não recebem nenhum incentivo financeiro para fazerem esse trabalho. Consequentemente, não existe espaço para agenciadores ou corretores nesse modelo, já que todo o trabalho de intermediação é feito por essa associação. Em 2006, já havia 302 unidades de diálise, 25 centros de transplante e 79 escritórios da Associação de Pacientes em Diálise e Transplante em todo o país.⁸⁸

Após o registro são realizados testes em laboratório e consultas médicas em ambas as partes. Em relação ao doador em potencial, se tudo estiver em conformidade com os parâmetros exigidos, tem-se a sua aprovação. Contudo, ainda é necessário o consentimento livre e esclarecido por parte do doador e do seu cônjuge. Caso não seja casado, o consentimento deverá ser de algum parente próximo.⁸⁹

O passo seguinte é a apresentação das partes, intermediada pela Fundação Iraniana de Pacientes Renais, para que seja negociado o pagamento pelo receptor. A recompensa financeira devida ao doador funciona da seguinte maneira: o governo contribui com uma remuneração de aproximadamente US\$ 900, um ano de seguro de saúde e dispensa do serviço militar; além disso, o receptor deverá oferecer uma compensação extra ao doador. A negociação é realizada entre as partes e definida antes da realização do transplante. Não existe uma regulamentação a respeito do valor que deve ser pago pelo receptor, contudo, há uma fiscalização para se evitar preços excessivamente onerosos. Importante mencionar a

⁸⁷ GHODS, Ahad J.; SAVAJ, Shekoufeh. Iranian model of paid and regulated living-unrelated kidney donation. *Clinical Journal of the American Society of Nephrology*, n. 1, 2006, p. 1137; MAHDAVI-MAZDEH, Mitra. The Iranian model of living renal transplantation. *Kidney International*, n. 82, 2012, p. 629.

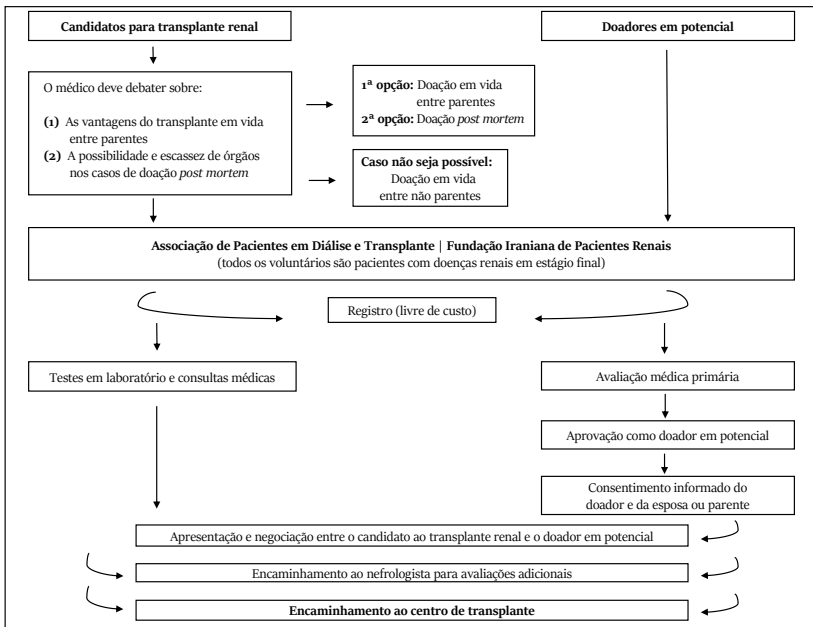
⁸⁸ GHODS, Ahad J.; SAVAJ, Shekoufeh. Iranian model of paid and regulated living-unrelated kidney donation. *Clinical Journal of the American Society of Nephrology*, n. 1, 2006, p. 1137.

⁸⁹ MAHDAVI-MAZDEH, Mitra. The Iranian model of living renal transplantation. *Kidney International*, n. 82, 2012, p. 629.

marcante presença das organizações de caridade no modelo iraniano. Caso o receptor não tenha condições financeiras de pagar essa recompensa adicional, essas organizações cumprem esse papel.⁹⁰

Após a negociação e definição do pagamento ao doador, são realizadas avaliações médicas adicionais: consultas com o nefrologista, *crossmatch* e angiografia. Estando tudo em conformidade, receptor e doador são encaminhados para o centro de transplante para a realização da cirurgia.⁹¹

Tabela 5 - Doação *inter vivos* de rins remunerada e sem parentesco no Irã



Fonte: Elaboração pelo Autor.⁹²

⁹⁰ FRY-REVERE, Sigrid. The truth about Iran. *The American Journal of Bioethics*, v. 14, n. 10, 2014, p. 38; MAHDAVI-MAZDEH, Mitra. The Iranian model of living renal transplantation. *Kidney International*, n. 82, 2012, p. 629.

⁹¹ MAHDAVI-MAZDEH, Mitra. The Iranian model of living renal transplantation. *Kidney International*, n. 82, 2012, p. 629.

⁹² Com base nas informações e tabelas apresentadas em: GHODS, Ahad J.; SAVAJ, Shekoufeh. Iranian model of paid and regulated living-unrelated kidney donation. *Clinical Journal of the American Society of Nephrology*, n. 1, 2006, p. 1138; MAHDAVI-MAZDEH, Mitra. The Iranian model of living renal transplantation. *Kidney International*, n. 82, 2012, p. 629.

As equipes de transplante renal são todas pertencentes a hospitais universitários e todas as despesas hospitalares são pagas pelo governo. Também são disponibilizados todos os medicamentos essenciais a preços subsidiados ou reduzidos. Isso ocorre porque todos os pacientes com necessidade de transplante renal são classificados como “pacientes com doenças especiais” e são providos com seguro médico. Além disso, as seguradoras de saúde e as organizações de caridade possuem um papel subsidiário no custeio de despesas adicionais.⁹³

Todo o procedimento é rigorosamente fiscalizado pela Sociedade Iraniana para Transplante de Órgãos e pelo Ministério da Saúde e Educação Médica. Cabe ainda a cada Universidade de Ciências Médicas a fiscalização e regulamentação dos centros médicos de transplantes renais.⁹⁴

Por fim, uma característica que deve ser mencionada é o fato do programa não ser permitido para estrangeiros. Em 1992 o governo fechou o mercado para estrangeiros, excluindo não-iranianos da compra e venda de rins.⁹⁵

4.3.3 Resultados, acertos e erros na experiência iraniana

O principal resultado obtido com a implementação do modelo iraniano de doação recompensada foi a eliminação das listas de espera para transplantes renais em 1999. Até o final de 2005, 19.609 transplantes renais haviam sido realizados, sendo 3.421 correspondentes à doação em vida entre parentes, 15.365 à doação em vida remunerada entre não parentes e 823 à doação *post mortem*.

É importante mencionar que a eliminação das listas de espera não se deve somente ao sucesso do programa de transplante iraniano. O número

⁹³ GHODS, Ahad J.; SAVAJ, Shekoufeh. Iranian model of paid and regulated living-unrelated kidney donation. *Clinical Journal of the American Society of Nephrology*, n. 1, 2006, p. 1138; MAHDAVI-MAZDEH, Mitra. The Iranian model of living renal transplantation. *Kidney International*, n. 82, 2012, p. 629.

⁹⁴ GHODS, Ahad J.; SAVAJ, Shekoufeh. Iranian model of paid and regulated living-unrelated kidney donation. *Clinical Journal of the American Society of Nephrology*, n. 1, 2006, p. 1138; MAHDAVI-MAZDEH, Mitra. The Iranian model of living renal transplantation. *Kidney International*, n. 82, 2012, p. 629.

⁹⁵ FRY-REVERE, Sigrid. The truth about Iran. *The American Journal of Bioethics*, v. 14, n. 10, 2014, p. 38.

de pacientes diagnosticados com doenças renais em estágio final é bastante menor em comparação com países desenvolvidos. Isso ocorre em razão de muitos pacientes morarem em pequenas vilas e cidades, o que impossibilita o diagnóstico. Dessa maneira, com menos pacientes diagnosticados, existem menos candidatos ao transplante renal, o que torna o problema mais fácil de solucionar.⁹⁶ De todo modo, a experiência iraniana mostrou ser eficiente, conseguindo superar a demanda total em um curto período de tempo.

Outro resultado interessante foi o aumento da doação *post mortem* desde a aprovação da Lei de Transplante de Órgãos e Morte Cerebral. Em 2000, foram realizados 1.421 transplantes nessa modalidade, enquanto em 2010 foram realizados 2.285 – praticamente o dobro. Como consequência, a porcentagem da doação remunerada *inter vivos* em relação ao total de transplantes tem diminuído, saindo de 86% em 2000, para 69% em 2010.⁹⁷ A análise desses dados aponta no sentido de que um mercado regulado de órgãos não acaba com o altruísmo. Corroborando com essa conclusão, uma pesquisa publicada em 2009 evidenciou que a principal motivação para a doação sem parentesco em vida é financeira e também altruística, correspondendo à resposta de 60.8% dos entrevistados.⁹⁸ Todavia, recorda-se que o Irã não possuía um programa de doação *post mortem* até 2000, o que relativiza essa conclusão. Poder-se-ia questionar, se a implementação de um mercado de órgãos teria o mesmo efeito em um país com um programa de doação *post mortem* consolidado, como a Espanha.

Mesmo com sua posição geográfica e situação econômica, o Irã conseguiu eliminar o mercado negro e o turismo de órgãos.⁹⁹ Apesar dessa

⁹⁶ GHODS, Ahad J.; SAVAJ, Shekoufeh. Iranian model of paid and regulated living-unrelated kidney donation. *Clinical Journal of the American Society of Nephrology*, n. 1, 2006, p. 1139.

⁹⁷ MAHDAVI-MAZDEH, Mitra. The Iranian model of living renal transplantation. *Kidney International*, n. 82, 2012, p. 633.

⁹⁸ ROUCHI, Heidari A.; MAHDAVI-MAZDEH, M.; ZAMYADI, M. Compensated living kidney donation in Iran: donor's attitude and short-term follow up. *Iranian Journal of Kidney Diseases*, v. 3, n. 1, 2009, p. 36.

⁹⁹ ARAMESH, Kiarash. A closer look at the Iranian model of kidney transplantation. *The American Journal of Bioethics*, v. 14, n. 10, 2014 p. 36; PAJOUHI, Atieh *et al.* Paid living kidney transplantation in Iran: rethinking the challenges. *American Journal of Bioethics*, v. 14, n. 10, 2014, p. 41; GHODS, Ahad J.; SAVAJ, Shekoufeh. Iranian

referência constar em diversos artigos, não se encontram muitas evidências empíricas sobre o fato, sobretudo em virtude da dificuldade de aferição. A afirmação decorre do fato de todo o processo ser intermediado pela Fundação Iraniana de Pacientes Renais, não havendo espaço para agenciadores ou corretores externos, bem como em razão da limitação geográfica do programa de transplante.

O problema da exploração também é bastante reduzido, pois além de não ter espaço para agenciadores e corretores externos, há uma preocupação com o consentimento livre e esclarecido do doador e de seu cônjuge ou parente próximo. A exigência desse consentimento dúplice é justificada pela necessidade de se evitar a existência de pressões externas, bem como para a certificação de um consentimento efetivamente informado. Sobre esse aspecto, torna-se necessário indicar que pesquisas apontam que o nível de escolaridade entre os doadores é, em sua maioria, de nível médio (64%) e básico (24%).¹⁰⁰ Essas informações fortalecem a probabilidade de um consentimento que seja efetivamente livre e esclarecido. Soma-se ainda a frequente fiscalização do procedimento por diversas entidades: Sociedade Iraniana para Transplante de Órgãos, Ministério da Saúde e Educação Médica, Universidades de Ciências Médicas e a própria equipe médica de transplante. Esse sistema de fiscalização estruturado em diversos níveis dificulta a ocorrência de exploração.

Outro argumento comum a favor do modelo iraniano é que tanto ricos quanto pobres possuem acesso ao transplante renal, tendo como comprovação a eliminação das listas de espera. O fator determinante para essa amplitude é a ação das organizações de caridade que pagam as despesas daqueles que não têm como pagar. O governo também tem uma grande contribuição ao pagar todas as despesas hospitalares, oferecendo os medicamentos necessários a preços reduzidos, disponibilizando seguro

model of paid and regulated living-unrelated kidney donation. *Clinical Journal of the American Society of Nephrology*, n. 1, 2006, p. 1140-1141.

¹⁰⁰ GHODS, Ahad J.; SAVAJ, Shekoufeh. Iranian model of paid and regulated living-unrelated kidney donation. *Clinical Journal of the American Society of Nephrology*, n. 1, 2006, p. 1140. Em sentido similar: ROUCHI, A.; MAHDAVI-MAZDEH, M.; ZAMYADI, M. Compensated living kidney donation in Iran: donor's attitude and short-term follow up. *Iranian Journal of Kidney Diseases*, v. 3, n. 1, 2009, p. 36.

de saúde para pacientes de transplante e diálise, bem como ao compartilhar a remuneração ao doador.¹⁰¹

Importante ainda destacar as avaliações médicas durante todo o procedimento, tanto para o doador, quanto para o receptor. Dessa maneira, são reduzidos os danos físicos e psicológicos, ao menos a curto prazo. Tanto é assim, que o risco médico na realização da cirurgia de transplante no Irã é de 0.03%. Em uma pesquisa realizada entre os anos de 1970 e 1989, de um total de 3.639 transplantes, foram encontradas apenas duas mortes, sendo que uma delas era correspondente a um doador de 76 anos no momento da cirurgia.¹⁰² Outra pesquisa revela dados relevantes para análise desse ponto: 98% dos 600 entrevistados por pesquisadores iranianos afirmaram estar completamente ou relativamente satisfeitos antes da realização da cirurgia.¹⁰³

Não obstante todos os acertos do programa iraniano, ainda existem algumas falhas do ponto de vista ético. A negociação direta entre doador e receptor abre a possibilidade para a exploração financeira e psicológica. A Associação de Paciente em Diálise e Transplante faz o papel de intermediador ao apresentar as partes, mas cabe somente a elas determinar os elementos do negócio. Mesmo que haja a fiscalização pela própria associação, esse contato direto pode gerar consequências danosas.

A exigência de uma recompensa adicional a ser paga pelo receptor também causa controvérsias. Embora se alegue que o sistema de transplantes iraniano se aplica para todos, sem distinção em razão do poder aquisitivo, o principal motivo apontado é a presença atuante das organizações de caridade durante todo o procedimento. Todavia, a qualquer momento essa responsabilidade pode se tornar demasiada para essas entidades, deixando os menos favorecidos economicamente sem possibilidade de transplante.

¹⁰¹ GHODS, Ahad J.; SAVAJ, Shekoufeh. Iranian model of paid and regulated living-unrelated kidney donation. *Clinical Journal of the American Society of Nephrology*, n. 1, 2006, p. 1140; MAHDAVI-MAZDEH, Mitra. The Iranian model of living renal transplantation. *Kidney International*, n. 82, 2012, p. 630.

¹⁰² MAHDAVI-MAZDEH, Mitra. The Iranian model of living renal transplantation. *Kidney International*, n. 82, 2012, p. 630.

¹⁰³ ROUCHI, A.; MAHDAVI-MAZDEH, M.; ZAMYADI, M. Compensated living kidney donation in Iran: donor's attitude and short-term follow up. *Iranian Journal of Kidney Diseases*, v. 3, n. 1, 2009, p. 36.

Uma solução para esses problemas seria o governo pagar todos os custos, incluindo uma recompensa razoável.¹⁰⁴ Dessa maneira, evitar-se-ia o problema da exploração decorrente da negociação direta entre as partes, bem como o problema da justiça distributiva e equanimidade. O grande problema a ser analisado seria a viabilidade econômica do Irã, país em desenvolvimento e com instabilidade econômica.

A ausência de um sistema de registro e acompanhamento a longo prazo são apontados como o “calcanhar de Aquiles” do modelo iraniano por Mitra Mahdavi-Mazdeh.¹⁰⁵ De fato, sem esse registro não é possível saber as reais consequências financeiras, psicológicas, biológicas, culturais e sociais após o transplante. A ausência de acompanhamento médico também é preocupante. Antes da realização do transplante a avaliação médica e psicológica é constante, o que não é mantido em momento posterior à cirurgia.

Nesse sentido, os estudos de Javaad Zargooshi causaram impacto no debate sobre o sistema de doação remunerada sem parentesco no Irã. Em seu primeiro estudo empírico, pesquisou sobre as motivações para a doação recompensada de rins e as relações entre doadores e receptores durante o processo. O primeiro ponto evidenciado foi a dificuldade de encontrar os doadores, uma vez que 95% indicaram um endereço inexato ou falso para o registro dos hospitais – muito em razão do preconceito e estigma social atrelado a essa prática. Mesmo assim, 150 doadores conseguiram ser localizados e 100 se enquadravam no critério da pesquisa, qual seja, que a cirurgia houvesse sido realizada há dois ou mais anos. Aqui se encontra a maior diferença dessa pesquisa em comparação às outras: a aplicação dos questionários foi realizada após a realização do transplante,

¹⁰⁴ MAHDAVI-MAZDEH, Mitra. The Iranian model of living renal transplantation. *Kidney International*, n. 82, 2012, p. 632.

¹⁰⁵ MAHDAVI-MAZDEH, Mitra. The Iranian model of living renal transplantation. *Kidney International*, n. 82, 2012, p. 627.

o que possibilita uma perspectiva diferenciada sobre os efeitos presentes no sistema iraniano.¹⁰⁶

A respeito da relação entre doador e receptor após a realização do transplante, concluiu-se que em 54% dos casos não houve nenhum tipo de relacionamento, ao passo que em 36% dos casos houve de uma a cinco visitas. Em 65% dos casos em que houve algum tipo de relação pós-operatória, o receptor não demonstrou nenhum tipo de agradecimento ou gratidão, comportando-se como um verdadeiro comprador. Isso fez com que 51% dos entrevistados respondessem que o sentimento em relação ao receptor era de ódio e raiva, 29% de compaixão e amor, enquanto 20% não possuíam nenhum tipo de sentimento. Já em relação à motivação para a doação, para 43% dos entrevistados foi exclusivamente financeira, para 40% foi financeira com um fator menor de altruísmo, para 5% foi altruísta com um fator menor financeiro e para 3% foi apenas altruísmo. Por fim, em resposta à pergunta: “Qual a sua opinião sobre a proibição da venda de órgãos?”, 76% dos doadores responderam que concordavam.¹⁰⁷

Todavia, o estudo mais relevante de Zargooshi foi o que investigou sobre a qualidade de vida dos doadores recompensados de rins, tendo como base um questionário aplicado a 300 desses doadores após o transplante – de 6 a 132 meses após o procedimento. Os resultados foram alarmantes: impossibilidade de comparecer ao acompanhamento médico (79%); impactos negativos no trabalho (65%); discordância entre membros da família (68%), ocasionando rejeição (43%) e aumento dos conflitos maritais (73%); sentimento de isolamento da sociedade (70%); depressão pós-operatória (71%); ansiedade (60%); impacto nas habilidades físicas (60%); impacto na disposição (80%). Ainda, a venda do rim causou de poucas (20%) a muitas (66%) consequências financeiras negativas. Por fim, dentre outros resultados, 86% dos entrevistados responderam que não venderiam

¹⁰⁶ ZARGOOSHI, Javaad. Iranian kidney donors: motivations and relations with recipients. *The Journal of Urology*, v. 165, 2001a, p. 386.

¹⁰⁷ ZARGOOSHI, Javaad. Iranian kidney donors: motivations and relations with recipients. *The Journal of Urology*, v. 165, 2001a, p. 387.

o rim novamente e 76% desencorajavam fortemente que potenciais doadores repetissem o erro.¹⁰⁸

Tomando como base as pesquisas de Javaad Zargooshi, Julian Koplin defende a já mencionada tese de que os danos físicos, psicológicos, sociais e financeiros sofridos em um mercado negro de órgãos e tecidos humanos persistem em um mercado regulado e ético:

Eu argumento que eliminar as práticas abusivas do mercado negro pode não eliminar as más consequências para os vendedores, demonstrando que alguns dos danos sofridos por eles podem persistir mesmo sob um sistema bem regulado. Pesquisas empíricas sobre as consequências nos vendedores de rim não apenas demonstram uma variedade de danos físicos, psicológicos, sociais e de bem-estar financeiro, mas também dá razões para se preocupar que um sistema regulado poderia reproduzir muitos desses danos. Eu chamo atenção para a variedade de preocupações que proponentes de venda de rins negligenciaram: que os riscos da nefrectomia podem ser maiores para os desesperadamente pobres do que para os relativamente afluentes; que prover acompanhamento médico não garante que os vendedores vão recebê-lo; que muitos vendedores enfrentam depressão, ansiedade, estigma e isolamento social como consequência da venda; e que receber o pagamento integral contribui pouco para a proteção contra as dificuldades a longo termo em encontrar e manter o emprego.¹⁰⁹

Ao final do seu trabalho, conclui que um mercado de órgãos e tecidos humanos, seja ele regulado ou não, acaba por deixar os vendedores em uma situação pior do que antes da venda, principalmente em razão dos variados danos que existem nesse tipo de mercado.¹¹⁰

¹⁰⁸ ZARGOOSHI, Javaad. Quality of life Iranian kidney “donors”. *The Journal of Urology*, v. 166, 2001b, p. 1790.

¹⁰⁹ KOPLIN, Julian. Assessing the likely harms to kidney vendors in regulated organ markets. *The American Journal of Bioethics*, v. 14, n. 10, 2014, p. 8. Tradução nossa: “I argue that eliminating abusive black-market practices may not eliminate vendors’ poor outcomes by demonstrating that some of the harms vendors experience may persist even under a well-regulated system. Empirical research on kidney sellers’ outcomes not only documents a range of harms to physical, psychological, social, and financial well being, but also provides reason to worry that a regulated system would reproduce many of these harms. I draw attention to a range of concerns proponents of kidney selling have often overlooked: that the risks of nephrectomy may be greater for the desperately poor than the relatively affluent; that providing follow-up care does not guarantee vendors will receive it; that many sellers face depression, anxiety stigma, and social isolation as consequence of the sale; and that receiving the promised payment in full does little to protect against long-term difficulties of finding and maintaining employment.”

¹¹⁰ KOPLIN, Julian. Assessing the likely harms to kidney vendors in regulated organ markets. *The American Journal of Bioethics*, v. 14, n. 10, 2014, p. 14.

Acontece que as pesquisas de Zargooshi são muito contestadas em diversos aspectos. O primeiro aspecto diz respeito à delimitação geográfica do estudo, correspondente unicamente à região de Kermanshah, uma das regiões mais devastadas em termos econômicos do Irã. Outro ponto a ser levado em conta é que os dados correspondem, em sua maioria, ao período entre 1980 e 1990, antes da aprovação da Lei regulamentando a atuação do governo no sistema de doação *inter vivos* sem parentesco. Desse modo, o estudo seria sobre um mercado legal, mas não regulado – portanto, mais próximo dos defeitos presentes no mercado negro. Ainda, os dados já se encontram desatualizados, uma vez o sistema iraniano evoluiu bastante desde sua aprovação em 1988. Assim, segundo Sigrid Fry-Revere, “[...] depender dos dados limitados de Zaragooshi para descrever o atual sistema iraniano de doação recompensada, é como generalizar sobre o estado da assistência médica nos Estados Unidos de hoje baseado em dados coletados vinte anos atrás no Alabama rural”.¹¹¹

Também é apontada a falta de rigor científico nos estudos de Zaragooshi, possuindo vários jornais proibidos ou banidos nas suas referências.¹¹² Por fim, a divergência com outras pesquisas e o desencontro de informações representam dificuldades para a análise das consequências do modelo iraniano. Um exemplo dessa divergência é o estudo já mencionado de Alireza Rouchi e colegas, indicando um índice de 86,5% de completa satisfação antes da cirurgia e nenhum relato de mortalidade ou graves complicações entre os doadores.¹¹³ Glenn Cohen indica três possibilidades para essas divergências: o período de coleta de dados, sendo a pesquisa de Rouchi mais recente, o que pode representar um novo grupo de pacientes ou a implementação de mudanças regulatórias; o momento da aplicação de

¹¹¹ FRY-REVERE, Sigrid. The truth about Iran. *The American Journal of Bioethics*, v. 14, n. 10, 2014, p. 38. Tradução nossa: “Relying on Zargooshi’s limited data to describe the current Iranian system of compensated donation is like generalizing about the state of healthcare in the United States today based on data collected twenty years ago in rural Alabama.”

¹¹² ARAMESH, Kiarash. A closer look at the Iranian model of kidney transplantation. *The American Journal of Bioethics*, v. 14, n. 10, p. 35.

¹¹³ ROUCHI, A.; MAHDAVI-MAZDEH, M.; ZAMYADI, M. Compensated living kidney donation in Iran: donor’s attitude and short-term follow up. *Iranian Journal of Kidney Diseases*, v. 3, n. 1, 2009, p. 36.

questionários, antes da cirurgia (Rouchi) ou após a cirurgia (Zargooshi); e, por fim, o modo de aplicação dos questionários, interferindo ou exercendo pressão nos doadores – na pesquisa de Rouchi, o questionário foi aplicado por enfermeiras, ao passo que na pesquisa de Zargooshi, o questionário foi respondido de maneira solitária ou, quando necessário, com a ajuda do próprio pesquisador.¹¹⁴

De toda sorte, outros estudos apontam fragilidades no sistema iraniano de doação recompensada. Em pesquisa realizada com 500 receptores e doadores, Ghods e Savaj concluíram que 84% dos doadores recompensados de rins no Irã eram pobres e 16% eram de classe média, enquanto 50.4% dos receptores eram pobres e 36.2% eram de classe média.¹¹⁵ Se, por um lado, esses dados excluem o argumento da exploração dos pobres pelos ricos, por outro demonstram que se trata de um modelo que gira em torno da pobreza.

Outros dados contribuem para o debate. A partir da pesquisa de Rouchi, Mahdavi-Mazdeh e Zamyadi é possível traçar um perfil do doador iraniano. A pesquisa publicada em 2009 foi realizada a partir do envio de questionários para 25 centros de transplante, obtendo a resposta de 600 doadores recompensados. Além das conclusões mencionadas ao longo do capítulo, destacam-se as seguintes: 94% das doações foram sem parentesco; 85% dos doadores correspondiam ao sexo masculino; 79.9% eram casados; 82.6% não possuíam seguro de saúde. Em relação ao trabalho, 22.5% eram desempregados; 33% trabalhavam em período parcial; e 27.9% trabalhavam em período integral. A renda média dos doadores era correspondente a US\$ 175 e 82% destes viviam de aluguel.¹¹⁶

A partir do estudo dos principais resultados, acertos e erros da experiência iraniana de doação recompensada de rins sem parentesco, as

¹¹⁴ COHEN, Glenn. A fuller Picture of organ markets. *The American Journal of Bioethics*, v. 14, n. 10, 2014, p. 19.

¹¹⁵ GHODS, Ahad J.; SAVAJ, Shekoufeh. Iranian model of paid and regulated living-unrelated kidney donation. *Clinical Journal of the American Society of Nephrology*, n. 1, 2006, p. 1140

¹¹⁶ ROUCHI, A.; MAHDAVI-MAZDEH, M.; ZAMYADI, M. Compensated living kidney donation in Iran: donor's attitude and short-term follow up. *Iranian Journal of Kidney Diseases*, v. 3, n. 1, 2009, p. 35-36.

conclusões se mostram pouco nítidas. Por um lado, percebe-se uma preocupação com o debate ético em torno do tema. A restrição da área geográfica, a necessidade de consentimento livre e esclarecido, o contínuo acompanhamento e avaliação médica, o suporte econômico estatal, o acesso paritário ao sistema, e a fiscalização em diversos níveis comprovam uma prudência ética. Além disso, resultados expressivos foram obtidos desde a sua aprovação, especialmente a eliminação das listas de espera e o enfraquecimento do mercado negro.

Por outro lado, diversos problemas enfraquecem o modelo adotado no Irã. A negociação direta entre doador e receptor facilita a ocorrência de exploração; a necessidade do pagamento adicional pelo receptor pode ocasionar desigualdades e falta de oportunidade para todos; a falta de registro e ausência de acompanhamento médico após o transplante demonstram falta de cuidado aos efeitos posteriores ao procedimento cirúrgico. De toda maneira, o principal questionamento ao programa iraniano diz respeito aos danos posteriores que a doação recompensada pode causar aos seus participantes. Os estudos de Zargooshi, ainda que contestados, são preocupantes, uma vez que afirmam a presença de danos físicos, psicológicos, sociais e econômicos no modelo iraniano.

Entende-se, a partir de uma perspectiva teórica, que o sistema iraniano consegue enfraquecer as principais objeções ao mercado regulado de órgãos e tecidos humanos, apesar de ainda possuir falhas do ponto de vista ético. Do ponto de vista prático, os estudos empíricos contribuem para a afirmação ética desse sistema de transplantes, mas ainda há a necessidade de mais pesquisas com enfoque nos danos posteriores ao procedimento. Ainda, como mencionado no início do capítulo, as experiências não podem ser transpostas de um contexto a outro sem as devidas conformações. O Irã é um país em desenvolvimento, com características culturais, sociais e econômicas únicas, tendo passado por longos períodos de guerra. Muitas das problemáticas expostas decorrem do pano de fundo em que se desenvolve o mercado – e não do mercado propriamente dito. Assim, em outro contexto, os acertos podem ser ainda maiores e os erros menores. Em sua

maioria, a literatura consultada conclui favoravelmente ao modelo iraniano, mas apontam desafios a serem superados. Essa é também a direção tomada na pesquisa: apesar dos acertos do sistema iraniano, ainda existem diversos aspectos que precisam ser aprimorados e, principalmente, evidenciados de maneira clara e precisa.

Conclusão

Ao longo da pesquisa, buscou-se verificar a possibilidade de fundamentação jurídica, econômica e ética de um mercado regulado de órgãos e tecidos humanos. No primeiro capítulo, o objetivo central foi estabelecer os inegáveis pontos de partida sobre a comercialização do corpo, suas partes e substâncias. Para tanto, foram analisadas as principais normas vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, além das construções teóricas indispensáveis. A conclusão foi cristalina: o Direito brasileiro proíbe o uso comercial do corpo, especialmente no caso da compra e venda de órgãos e tecidos humanos. A vedação é determinada tanto pelas normas positivadas na Constituição da República, Código Civil, Código Penal e Lei de Doação de Órgãos, quanto pelas elaborações teóricas tradicionais, com destaque para a extrapatrimonialidade e intransmissibilidade dos direitos da personalidade.

Não obstante, vivencia-se uma incessante marcha rumo à superação do positivismo jurídico, abrindo o discurso para outros sistemas, argumentações e princípios. Esse contexto possibilita uma constante desconstrução e reconstrução de todo o Direito. Nesse sentido, Stefano Rodotà evidencia o surgimento de um mercado de direitos fundamentais, possuindo como característica central a comercialização dos direitos existenciais. O questionamento das premissas dogmáticas foi realizado a partir do princípio da autonomia privada, que também se apresenta como o principal argumento ético favorável ao mercado regulado de órgãos e tecidos humanos.

Por essa razão, houve um maior aprofundamento no estudo sobre a autonomia, passando pela historicidade do conceito, transição entre autonomia da vontade e autonomia privada, suas dimensões e tensões imanentes.

Ao questionar a proibição normativa a partir do princípio da autonomia privada, concluiu-se que há um espaço para a argumentação, principalmente com fundamento no livre uso do corpo. Contudo, percebe-se que a abertura hermenêutica é muito tênue, de tal forma que o ônus argumentativo recairá de maneira acentuada sobre aquele que venha a questionar essas premissas. Isso ocorre porque existem proibições expressas em todo o ordenamento, inclusive na Constituição da República. Dessa maneira, entende-se que não há, em princípio, um direito fundamental a vender os próprios órgãos e tecidos. O que existe é uma possibilidade de desconstrução dessa proibição a partir do princípio da autonomia privada. Tendo em vista essas considerações, a pesquisa adotou um enfoque predominantemente zetético, aproximando-se de uma proposta de *lege ferenda*.

No segundo capítulo, buscou-se analisar o mercado regulado de órgãos e tecidos humanos a partir de perspectivas econômicas. Por um lado, houve uma investigação filosófica e sociológica a respeito da ampliação e dominação da lógica mercantil em esferas que antes eram regidas por normas de outra natureza. Por outro, utilizou-se das construções teóricas e instrumentais da Economia para verificar se um mercado regulado aumenta a oferta de órgãos e tecidos, enfraquece ou elimina o mercado negro, além de uma breve análise dos custos.

Um filósofo canadense, um sociólogo polonês e um filósofo americano, partindo de tradições teóricas e métodos distintos, chegaram a apontamentos similares. Primeiro, o diagnóstico: vive-se em uma sociedade de consumo em que quase todos os aspectos da vida foram abarcados pela esfera econômica. As conclusões apresentadas também caminham para a mesma direção. Charles Taylor evidencia os três mal-estares da modernidade: o individualismo, a primazia da razão instrumental e a restrição de liberdade. Esse contexto é caracterizado por um indivíduo que é autossuficiente e por um ambiente onde tudo pode ser utilizado para os propósitos

individuais. Desse modo, a solução seria o fortalecimento da ética da autenticidade, em que a pessoa é entendida como um ser relacional, dialógico, situada em um horizonte que é compartilhado. Michael Sandel entende que o mercado não deve tomar conta de tudo, havendo limites morais a serem respeitados. A equanimidade e a corrupção são barreiras que devem ser observadas, casuisticamente, frente à ampliação do mercado. Assim, conclui que nem tudo deve ser comprado e vendido. Zygmunt Bauman, por sua vez, aponta a transformação das pessoas em mercadorias. Observa que o mercado chegou ao ponto em que a própria subjetividade se tornou um bem que pode ser comprado e vendido. Desse modo, a pessoa se torna promotora da mercadoria e também a própria mercadoria que promove.

Sob a perspectiva instrumental da Economia, apresentou-se razões teóricas e empíricas para sustentar que um mercado regulado teria como principal consequência o aumento da oferta de órgãos e tecidos disponíveis para transplantes, o enfraquecimento do mercado negro exercido na forma de tráfico, além de ser viável em termos econômicos.

Tendo em vista os referidos benefícios práticos do mercado regulado de órgãos e tecidos humanos, argumenta-se que o fundamento para a proibição desse mercado deve ser de natureza ética. Afinal, além da preocupação com a eficiência, existe também uma preocupação com a equidade e a justiça, uma vez que a vida possui uma inegável dimensão moral. Dessa maneira, o terceiro capítulo examinou as principais objeções que reverberaram nesse debate: exploração, dano, coerção, injustiça, objetificação, sacralidade e altruísmo. Após a análise crítica dos argumentos contrários, buscou-se a apresentação de parâmetros mínimos para que um mercado regulado de órgãos e tecidos humanos seja considerado ético e enfraqueça as principais objeções envolvidas no debate. Por fim, investigou-se o caso do Irã – primeiro e único país a regulamentar um mercado de rins em vida de maneira ética.

Partindo da discussão delineada ao longo da pesquisa, faz-se necessária a apresentação de algumas considerações conclusivas. Os argumentos levantados em sentido contrário ao mercado regulado de órgãos e tecidos

humanos representam razões determinantes para um pensamento prudente. Entretanto, um mercado devidamente regulado se mostrou apto a eliminar ou enfraquecer grande parte das objeções.

Em relação ao mercado *post mortem*, entende-se ser a situação menos problemática. Em razão do sujeito já se encontrar morto, não se fala em exploração, nem em danos físicos, sociais e psicológicos. Em relação à impossibilidade de manifestar um consentimento válido e ao problema da justiça distributiva foram apresentadas maneiras para solucionar essas questões por meio da regulamentação. Os outros argumentos – objetificação, sacralidade e altruísmo – representam problemas intrínsecos a qualquer tipo de mercado regulado, fundados em razões axiológicas, abstratas e metafísicas. A única maneira de superar essas objeções ocorre pela desconstrução e ressignificação desses conceitos. Desse modo, pode-se concluir que, em relação ao mercado regulado de órgãos e tecidos humanos *post mortem*, não existem razões éticas fortes o suficiente para fundamentar a sua proibição.

Em relação ao mercado *inter vivos* a situação é mais complexa. Embora existam diversas razões que fundamentam a sua permissão, uma vez que a regulamentação consegue enfraquecer a maioria das objeções, a indeterminação em relação à ocorrência de exploração, coerção e danos aos envolvidos torna a questão menos nítida. Há, portanto, a necessidade de se adotar uma postura fundada na precaução e na prudência, especialmente em contextos marcados pela vulnerabilidade econômica e social.

Com base em tudo que foi construído ao longo dessa travessia acadêmica, conclui-se no sentido da hipótese inicial: um mercado regulado de órgãos *pode ser* uma alternativa viável para o problema da escassez de órgãos e tecidos humanos. Em outras palavras, entende-se que a proposta trabalhada ao longo da pesquisa não é intrinsecamente errada, bem como não deve ser rechaçada de antemão com base em razões acríicas, preconceituosas ou metafísicas. Desse modo, defende-se que a argumentação sobre o mercado regulado de órgãos e tecidos humanos deve passar do discursivamente *impossível* para o discursivamente *possível* – ainda que

não seja discursivamente *necessária*. Com isso não se está afirmando que essa proposta é a melhor opção possível ou que deva ser implementada a todo e qualquer custo, havendo espaço para um desacordo moral razoável. A conclusão aponta na direção de que o mercado regulado é uma alternativa que deve ser levada em consideração em face do problema da escassez de órgãos e tecidos para transplantes. Afinal, o objetivo precípua de todas as alternativas aventadas, seja o fortalecimento do altruísmo, xenotransplantes, clonagem terapêutica ou mercado regulado, é somente um: evitar que milhares de pessoas continuem morrendo a cada ano nas filas de espera.

A decisão sobre qual alternativa será mais adequada para solucionar o problema da escassez de órgãos e tecidos cabe somente aos partícipes da vida pública. Certamente, caminha-se para uma preponderância do mercado e da visão econômica da vida, todavia, como bem pontuado por Charles Taylor, as pessoas não estão presas em uma jaula de ferro, a um destino irremediável. Os caminhos da coletividade devem ser definidos pelas próprias pessoas que serão afetadas, sempre a partir de um horizonte valorativo que é compartilhado. Dessa maneira, a pergunta primordial a ser feita é levantada por Michael Sandel: “em que tipo de sociedade queremos viver”?

Partindo das razões aventadas ao longo da pesquisa, entende-se que o fundamento para a proibição ou permissão do mercado regulado de órgãos e tecidos humanos deve ser o consenso racional obtido em uma esfera pública de dialogicidade – deixando para trás a fundamentação metafísica e preconceituosa atrelada ao debate. Mais que uma questão jurídica, econômica e ética, o mercado regulado de órgãos e tecidos humanos também representa uma questão política.

Referências

- ABTO. *Entenda a doação de órgãos*. Brasil: Associação Brasileira de Transplante de Órgãos. Disponível em: <<https://goo.gl/Yf2NRC>>. Acesso em 1 set. 2016.
- ABTO. *Registro Brasileiro de Transplantes*: Ano XXI, n. 4. Brasil: Associação Brasileira de Transplante de Órgãos, Jan./Dez., 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/3PzKjE>>. Acesso em 1 set. 2016.
- ABTO. *Registro Brasileiro de Transplantes*: Ano XXIII, n. 4. Brasil: Associação Brasileira de Transplante de Órgãos, Jan./Dez., 2017. Disponível em: <<https://goo.gl/edhveR>>. Acesso em 7 mai. 2018.
- ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito*. Organização, tradução e estudo introdutório por Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- AMERICAN TRANSPLANT FOUNDATION. *Living Donation Guide*. Disponível em: <<https://goo.gl/7gOXBN>>. Acesso em 1 set. 2016.
- ARAMESH, Kiarash. A closer look at the Iranian model of kidney transplantation. *The American Journal of Bioethics*, v. 14, n. 10, p. 35-37, 2014.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. O “fundamento do direito”: entre o direito natural e a dignidade da pessoa. In: Maria de Fátima Freire de Sá; Diogo Luna Moureira; Renata Barbosa Almeida (org.). *Direito privado: revisitações*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.
- ÁVILA, Gustavo Noronha *et al.* Comércio de órgãos humanos: até onde vai a autonomia do indivíduo? *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 34, n. 1, p. 22-40, jan./jun., 2008.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECKER, Gary S. How Uncle Sam could ease the organ shortage. *Bloomberg*, 20 jan. 1997. Disponível em: <https://goo.gl/eQCLWA>>. Acesso em: 1 jan. 2016.

BECKER, Gary S. Should the purchase of organs for transplant surgery be permitted? *The Becker-Posner Blog*, 1 jan. 2006. Disponível em: <<https://goo.gl/nCenxg>>. Acesso em 1 jun. 2016.

BECKER, Gary S; ELÍAS, Julio Jorge. Introducing incentives in the market for live and cadaveric organ donations. *Journal of Economics Perspectives*, v. 21, n. 3, p. 3-24, 2007.

BERLINGUER, Giovanni. Corpo humano: mercadoria ou valor? *Revista Estudos Avançados*, v. 7, n. 19, p. 167-192, 1993.

BERLINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei. *O mercado humano: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo*. 2. ed. Brasília: Editora UnB, 2001.

BRASIL. *Código Civil de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. *Comissão Parlamentar de Inquérito: com a finalidade de investigar a atuação de organizações criminosas atuantes no tráfico de órgãos humanos*. Relator: Deputado Pedro Ribeiro. Câmara dos Deputados: novembro, 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. *Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997*. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. *Lei n. 10.205, de 21 de março de 2001*. Regulamenta o § 4º do art. 199 da Constituição Federal, relativo à coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e derivados, estabelece o ordenamento institucional indispensável à execução adequada dessas atividades, e dá outras providências. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. *Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005*. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB. São Paulo: Saraiva, 2016.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.512-6 Espírito Santo. Ministro Relator: Eros Grau. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília: 15 fev. 2006.
- BRUGGER, Walter. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Saraiva, 1962.
- CARNEY, John. A Human Harvest: China's organ trafficking exposed in shocking documentary that alleges the illegal trade is now worth a staggering US\$1 billion a year. *Daily Mail*: 6 abr. 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/htnSbd>>. Acesso em 1 set. 2016.
- COHEN, I. Glenn. A fuller Picture of organ markets. *The American Journal of Bioethics*, v. 14, n. 10, p. 19-21, 2014.
- CONSEJO DE EUROPA. *Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra el tráfico de órganos humanos*, 9 jul. 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/yjkv9d>>. Acesso 28 nov. 2016.
- CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciados da I Jornada de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução CFM n. 2.168, de 21 de setembro de 2017*. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <<https://goo.gl/CpohDk>>. Acesso em 3 abr. 2018.
- CORTINA, Adela; NAVARRO, Emilio Martínez. *Ética*. 5. ed. São Paulo: Loyola, 2005.
- CURY, Paula Maria Nasser. Liberdade. In: Alexandre Trivisonno (org.). *Dicionário de teoria e filosofia do direito*. São Paulo: LTr, 2011.
- DECLARAÇÃO DE ISTAMBUL. *Declaração de Istambul sobre tráfico de órgãos e turismo de transplante*. Turquia: 2008. Disponível em: <<https://goo.gl/TIRIEk>>. Acesso em 28 out. 2016.
- DONNE, John. *Devotions Upon Emergent Occasions* (1624). Disponível em: <<https://goo.gl/17sw1a>>. Acesso em 6 jul. 2015.
- DWORKIN, Gerald. Market and Morals: The case for organ sale. In: *Morality, Harm and the Law*, p. 155-161. Westview, 1994.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

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

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: reais*. 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FIUZA, César. Crise e interpretação no Direito Civil da escola da exegese às teorias da argumentação. In: Bruno Torquato de Oliveira Naves; César Fiuza; Maria de Fátima Freire de Sá (org.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FLEISCHACKER, Samuel. *A short history of distributive justice*. Cambridge: Harvard Press, 2004.

FRY-REVERE, Sigrid. The truth about Iran. *The American Journal of Bioethics*, v. 14, n. 10, p. 37-38, 2014.

GALLAGHER, James. *Incisão pioneira com células-tronco regenera olhos de crianças com catarata*. BBC Brasil, 10 mar. 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/u47ASG>>. Acesso em 1 set. 2016.

GARRAFA, Volnei. O Mercado de estruturas humanas. *Revista Bioética*, v. 1, n. 2, 1993.

GHODS, Ahad J.; SAVAJ, Shekoufeh. Iranian model of paid and regulated living-unrelated kidney donation. *Clinical Journal of the American Society of Nephrology*, n. 1, p. 1136-1145, 2006.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume 1. Tradução de Flávio Beno Siebenecheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Lourival de Queiroz Henkel. Rio de Janeiro: Ediouro, 1993.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.
- KANT, Immanuel. *La Metafísica de las Costumbres*. Tradução de Adela Cortina Orts. Madrid: Tecnos, 1999.
- KOPLIN, Julian. Assessing the likely harms to kidney vendors in regulated organ markets. *The American Journal of Bioethics*, v. 14, n. 10, p. 7-18, 2014.
- LARA, Mariana. *O direito à liberdade de uso e (auto) manipulação do corpo*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2014.
- LARA, Mariana et al. Um mercado lícito como alternativa para o problema da escassez de órgãos e tecidos: desafios e proposta. In: *XIX Jornadas de Jóvenes Investigadores de la Asociación de Universidades del Grupo Montevideo*. Ciudad del Este: 2011.
- LARIJANI, B.; ZAHEDI, F.; TAHERI, E. Ethical and legal aspects of organ transplantation in Iran. *Transplantations Proceedings*, n. 36, p. 1241-1244, 2004.
- MACINTYRE, Alasdair. *Depois da virtude: um estudo em teoria moral*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: EDUSC, 2001.
- MACKEEY, Ejan; ROSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Estudo prévio: a morte. In: Maria de Fátima Freire de Sá; Diogo Luna Moureira. *Autonomia para morrer*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

- MAHDAVI-MAZDEH, Mitra. The Iranian model of living renal transplantation. *Kidney International*, n. 82, p. 627-634, 2012.
- MALMQVIST, Erik. Are bans on kidney sales unjustifiably paternalistic? *Bioethics*, v. 28, n. 3, p. 110-118, 2014.
- MAÑAS, José Luis Piñar. Prólogo. In: Stefano Rodotà. *La vida y las reglas: entre el derecho y el no derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2010.
- MANKIW, Gregory. *Introdução à Economia*. Tradução de Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Cengage Learning, 2005.
- MATAS, Arthur J. Why we should develop a regulated system of kidney sales: a call for action. *Clinical Journal of the American Society of Nephrology*, v. 1, p. 1129-1132, 2006.
- MELLO, Leana. *Da (im)possibilidade de um comércio lícito de órgãos: Diálogos éticos e jurídicos*. 2014. 158f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação, Belo Horizonte.
- MINAHIN, María Auxiliadora. Clonación: reflexiones necesarias sobre lo imaginario. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, v. 30, p. 63-92, 2009.
- MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD. *Nota de Prensa: España es líder mundial en trasplantes por 24º año consecutivo, según los datos del Registro Mundial de Trasplantes gestionado por la ONT*. España: 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/dPfxQI>>. Acesso em 1 set. 2016.
- MOUREIRA, Diogo Luna. *Pessoas: a co-relação entra as coordenadas da personalidade e as coordenadas da personalidade jurídica*. 2009. 194f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação, Belo Horizonte
- MUJICA, José. *Human: entrevista com José Mujica*. Documentário por Yann Arthus-Bertrand, 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/ozjCRX>>. Acesso em: 1 set. 2016.
- NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *O direito pela perspectiva da autonomia privada: relação jurídica, situações jurídicas e teoria do fato jurídico na segunda modernidade*. 2ª ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

NELKIN, Doroth; ANDREWS, Lori. Homo Economicus: commercialization of body tissue in the age of biotechnology. *Hasting Center Report*, v. 28, n. 5, p. 30-39, 1998.

NIETZSCHE, Friedrich. *Crepúsculo dos ídolos (ou como filosofar com o martelo)*. Tradução de Marco Antonio Casa Nova. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.

NOUR, Soraya. Autonomia. In: Vicente de Paulo Barreto (org.). *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 13ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Lucas Costa de. Mercado regulado de órgãos: el caso de Irán. *Revista de Bioética y Derecho*, v. 44, p. 73-88, 2018.

OLIVEIRA, Lucas Costa de. Reflexões sobre o princípio da autonomia privada. In: Leonardo Macedo Poli; Fernanda São José (Org.). *Direito Civil na contemporaneidade*, p. 249-273. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

OLIVEIRA, Lucas Costa de. Seriam os direitos da personalidade mercadorias? Reflexões sobre a existência de um mercado de direitos existenciais. In: *Direito Civil Contemporâneo II*, p. 161-176. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

ONT. *Memoria de Actividad: trasplante hepático*. España: Organización Nacional de Trasplantes, 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/GHZdDL>>. Acesso em: 1 set. 2016.

PAJOUHI, Atieh *et al*. Paid living kidney transplantation in Iran: rethinking the challenges. *The American Journal of Bioethics*, v. 14, n. 10, p. 40-42, 2014.

PASSOS, Carlos Roberto Martins; NOGAMI, Otto. *Princípios de Economia*. 5. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: volume I*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, Rodolfo Vianna. Estado Democrático de Direito. In: Alexandre Trivisonno (org.). *Dicionário de teoria e filosofia do direito*. São Paulo: LTr, 2011.

- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PUYOL, Ángel. Hay bioética más allá de la autonomía. *Revista de Bioética y Derecho*, p. 45-58, n. 25, 2012.
- QUIGLEY, Muireann. Property and the body: applying Honoré. *Journal of Medical Ethics*, n. 33, p. 631-634, 2007.
- RADCLIFFE-RICHARDS, Janet. Commentary. *Journal of Medical Ethics*, v. 3, n. 40, p. 152-153, 2014.
- REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Habermas e a desobediência civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- RIBEIRO, Daniel Mendes. *De coisas a pessoas: sistemas, emergência e reconhecimento a partir de um estudo da escravidão no Brasil*. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.
- RIPPON, Simon. Imposing options on people in poverty: the harm of a live donor organ market. *Journal of Medical Ethics*, n. 40, p. 145-150, 2014.
- RODOTÀ, Stefano. *La vida y las reglas: entre el derecho y el no derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2010.
- ROMEO-CASABONA, Carlos María. Aspectos actuales de los transplantes. *Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal*, v. 5, n. 1, p. 77-87, 2000.
- ROUCHI, A.; MAHDAVI-MAZDEH, M.; ZAMYADI, M. Compensated living kidney donation in Iran: donor's attitude and short-term follow up. *Iranian Journal of Kidney Diseases*, v. 3, n. 1, p. 34-39, 2009.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito e Direito ao próprio corpo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de. Cuerpo Humano. In: Carlos María Romeo Casabona. (Org.). *Enciclopédia de Bioderecho y Bioética*, p. 500-506. Granada: Comares, 2011.

- SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. Os novos rumos da reprodução humana: turismo reprodutivo e aspectos polêmicos das técnicas de reprodução. In: Michael César Silva (Org.). *Transformações do Direito na Contemporaneidade: reflexões sobre direito, mercado e sustentabilidade*, p. 19-36. Belo Horizonte: Centro Universitário Newton Paiva, 2015.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de; OLIVEIRA, Lucas Costa de. Mercado regulado de órgãos: uma possibilidade contra o tráfico? *Revista Quaestio Juris*, v. 10, p. 434-453, 2017.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de; SOUZA, Iara Antunes de. Panorama atual da legislação brasileira sobre doação e transplante de órgãos. In: Carlos María Romeo Casabona; Maria de Fátima Freire de Sá (Org.). *Direito Biomédico: Espanha-Brasil*, volume 1, p. 319-333. Belo Horizonte: Editora Puc Minas, 2011.
- SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade*. Belo Horizonte: UFMG, 1986.
- SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.
- SATZ, Debra. *Why some things should not be for sale: the moral limits of markets*. New York: Oxford, 2012.
- SAVULESCU, Julian. Is the sale of body parts wrong? *Journal of Medical Ethics*, n. 29, p. 138-139, 2003.
- SCHEPER-HUGHES, Nancy. Human traffic: exposing the brutal organ trade. *New Internationalist*, v. 4, 2014. Disponível em: < <https://goo.gl/cbxeCJ> >. Acesso em 1 set. 2016.
- SCHEPER-HUGHES, Nancy. The global traffic in human organs. *Current Anthropology*, v. 41, n. 2, p. 191-224, 2000.
- SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

SINGER, Peter. Altruism and Commerce: a defense of Titmuss against Arrow. *Philosophy and Public Affairs*, vol. 2, n. 3, p. 312-320, 1973.

SOUZA, Iara Antunes de; FAGGION, Vinicius de Souza. Mercado de comercialização de órgãos humanos: é possível sua implantação para suprir as demandas de transplante no Brasil? In: Carlos Athayde Valadares Viegas et al (Org.). *Ensaios críticos de direito privado*, p. 231-259. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

STANCIOLI, Brunello. Geração X: lei não prevê crime para compra de óvulos. *Consultor Jurídico*, 28 de abril de 2013. Disponível em: <<https://goo.gl/pGxoqb>>. Acesso em 1 nov. 2016.

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

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

STANCIOLI, Brunello; CARVALHO, Nara Pereira. Da integridade física ao livre uso do corpo: releitura de um direito da personalidade. In: Ana Carolina Brochado Teixeira; Gustavo Pereira Leite Ribeiro (Org.). *Manual de Teoria Geral do Direito Civil*, p. 267 – 285. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

STANCIOLI, Brunello et al. O Sistema Nacional de Transplantes: saúde e autonomia em discussão. *Revista de Direito Sanitário*, v. 11, n. 3, p. 123-154, nov.2010/fev.2011.

SWISSINFO. *Governo suíço quer restringir "turismo da morte"*. Disponível em: <<https://goo.gl/I6tooM>> Acesso em 28 out. 2016.

TAYLOR, Charles. *A ética da autenticidade*. Trad. Talyta Carvalho. São Paulo: É Realizações, 2011.

TITMUS, Richard. *The gift relationship: from human blood to social policy*. New York: The New York University Press, 1997.

TRIBUNAL INTERNACIONAL DE NUREMBERG. *Código de Nuremberg (1947)*. Disponível em: <<https://goo.gl/cGkSMh>>. Acesso em 13 out. 2016.

- TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. O rigorismo da ética de Kant e a situação ideal do discurso de Habermas – um ensaio comparativo. In: Alexandre Trivisonno; Jean-Christophe Merle (org.). *A moral e o direito em Kant: ensaios analíticos*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.
- VILLELA, João Baptista. *Direito, Coerção & Responsabilidade: por uma ordem social não-violenta*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1982.
- VILLELA, João Baptista. Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana. In: *Superior Tribunal de Justiça*. Doutrina. Edição Comemorativa 20 anos. Superior Tribunal de Justiça, 2009.
- WHO. *Guiding principles on human cell, tissue and organ transplantation*. Disponível em: <<https://goo.gl/1QnxfW>>. Acesso em 28 out. 2016.
- WHO. *Human organ and tissue transplantation (WHA63.22)*, 21 mai. 2010. Disponível em: <<https://goo.gl/COjzuv>>. Acesso em 28 nov. 2016.
- WILKINSON, Stephen. *Bodies for sale: ethics and exploitation in the human body trade*. New York: Routledge, 2003
- ZARGOOSHI, Javaad. Iranian kidney donors: motivations and relations with recipients. *The Journal of Urology*, v. 165, p. 386-392, 2001a.
- ZARGOOSHI, Javaad. Quality of life Iranian kidney “donors”. *The Journal of Urology*, v. 166, p. 1790-1799, 2001b.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org