
A DOAÇÃO PRESUMIDA DE ÓRGÃOS PARA
TRANSPLANTE
PRESUMED CONSENT TO ORGAN DONATION
FOR TRANSPLANT PURPOSES

Edelberto Luiz da Silva
Consultor Jurídico do Ministério da Saúde

SUMÁRIO: Introdução; 1 Doação Presumida: Ética
x Legislação; 2 Conclusão; Referências.

RESUMO: O debate acerca da retirada de órgãos para fins de transplantes insere-se, obrigatoriamente, no campo da Ética, pois implica a salvação de uma vida diante de um dilema, preservar a vida ou a saúde de quem necessita de um órgão ou satisfazer o desejo da família, preservando o cadáver. Dentro desse contexto ressoa a discussão sobre a doação presumida de órgãos, que encontra na Ética o seu necessário suporte e na legislação brasileira sua discutível vedação, tendo em vista o poder do Estado para dispor sobre cadáveres e sua utilização para fins de transplantes. Assentou-se no direito positivo – Lei nº 9.434/97, com a alteração dada pela Lei nº 10.211/2001 – que, mesmo com a manifestação de vontade de doar órgãos expressa em vida, somente poder-se-á retirá-los com a anuência da família, o que não favorece a prática dos transplantes. Não se pretende esgotar o tema do transplante a partir da tese da doação presumida, apenas intenta-se perflhar a da não oponibilidade de fundamentos moralmente aceitáveis à retirada de órgãos, considerando, mormente, que as limitações ao aproveitamento de cadáveres, ou de parte deles, devem ter por fundamento a proteção do direito à vida.

DESCRITORES: Transplante de órgãos. Doação presumida. Direito à vida. Ética. Lei nº 9.434/1997.

ABSTRACT: The debate concerning the use of human organs for transplant purposes lies in the realm of Ethics, as it implies saving a human life in face of a dilemma: to preserve the life or the health of a person in need of an organ, or to fulfill the dead person's family's wish and preserve that person's body. Within this context, the discussion about presumed consent to organ donation arises and finds in Ethics its necessary support, and in the Brazilian legislation its arguable veto, as the State has the power to make dispositions about dead bodies and their use for transplant purposes. Act no. 9.434/97, amended by Act no. 10.211/2001, prescribes that, even if the dead person had claimed himself/herself as an organ donor while living, any organ from this person can only be removed if the family authorizes it, and this does not help transplant practices. We do not intend to put an end to the discussion regarding transplants by using the presumed consent to donation thesis. Our intention is to recognize the thesis that organ removal does not go against the morally accepted fundamentals, particularly considering that the limits to the use of dead bodies or parts of them must be based on the protection of the right to live.

KEYWORDS: Organ transplant. Presumed consent to donation. Right to live. Ethics. Act no. 9.434/1997.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, com a alteração dada pela Lei nº 10.211, de 23 de março de 2001, encerrou, apenas juridicamente, a polêmica em torno da doação presumida ao estabelecer que a retirada de órgãos do cadáver dependerá da autorização da família¹. No entanto, o dilema ainda encontra grande repercussão no campo ético, conduzindo-se ao incitamento sobre as motivações axiológicas de se adotar ou não a tese do doador natural no Direito brasileiro.

O presente artigo tem por finalidade contribuir para a discussão acerca da doação presumida de órgãos para fins de transplantes, perfilhando não somente a esfera jurídica, mas, principalmente, as implicações éticas que envolvem o tema, tendo em vista que o condicionamento da retirada de órgãos à anuência dos familiares, *post mortem*, dificulta a prática dos transplantes.

Dessa forma, procura-se suscitar os dilemas morais e os obstáculos jurídicos à tese do doador natural, questionando-se não apenas as razões da oponibilidade de sua adoção, como também, a natureza jurídica do cadáver e as circunstâncias que ocasionaram a promulgação da Lei nº 10.211/2001, a qual alterou substancialmente o parâmetro de retirada de órgãos anteriormente estabelecido pela Lei nº 9.434/1997, incluindo-se ainda, a perspectiva cível, penal e ética do tema.

1 DOAÇÃO PRESUMIDA: ÉTICA X LEGISLAÇÃO

Carne Dada aos Vermes. Alguns gramáticos extravagantes vêm nas sílabas iniciais da expressão latina CARO DATA VERMIBUS a origem da palavra cadáver. A Ciência, no seu esforço de salvar vidas, logrou, no entanto, dar-lhe outra finalidade mais nobre: a de suprir a falência de órgãos de pessoas vivas, substituídos por partes que dele possam ser retiradas. Contra esse benefício para a humanidade, levantam-se barreiras à utilização de órgãos removidos de cadáveres, se não há,

1 BRASIL. Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. 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.

para isso, consentimento familiar, com a invocação de princípios que orientam a ética médica.

Benjamin Bentham já estabelecera que o direito e a moral ocupam círculos concêntricos; o raio maior seria o da moral. O direito, portanto, seria o mínimo ético. Posta esta premissa, o debate da retirada de órgãos de cadáveres deve necessariamente ferir-se no campo da Ética. Contudo, grande diferença vai entre a Ética, como é considerada no âmbito da Filosofia, e a disciplina imposta ao exercício de profissões liberais pelos seus órgãos de classe. Na Axiologia, os valores são vistos dentro de uma escala, estabelecida segundo os costumes e a cultura dos povos. O sentido dessa escala é o de oferecer fundamentos para dirimir o conflito que se instale entre esses valores. O conflito é inerente à vida de relação, tanto que, na organização do Estado, é prevista a instituição de um poder só para dirimí-lo: o Judiciário. Nenhum país, com fôros de civilização, há de colocar a vida em segundo plano na escala de valores. Tudo o que se fizer para a salvação de uma vida é, por princípio, ético. A Ética, aplicada no uso de partes do cadáver, para restituir a saúde de pessoas ou salvar-lhes a vida, põe-se diante do seguinte dilema: preservar a saúde ou a vida contra a morte ou a doença ou preservar o cadáver para satisfazer o desejo da família?

A discussão da doação presumida de órgãos é, diante da Ética, absolutamente estéril. Os primeiros transplantes não dependeram de lei e ainda hoje, como antes, a Ética lhes dá o necessário suporte. A retirada de órgãos de cadáver, para transplante, é ética até contra a vontade, em vida, do morto. O direito, ainda dentro do mínimo ético, colocaria este ato em face do estado de necessidade, que o Código Penal considera excludente de ilicitude. O artigo 24 do Código Penal, calha, no caso, como uma luva. Se a única alternativa para salvar uma vida é o transplante de órgão de cadáver, a sua retirada, para esse fim, é inteiramente abonada pelo estado de necessidade. Conduta em sentido inverso é relevante para a configuração de crime por omissão, se o médico podia e devia evitar a morte ou curar a doença. É inconcebível que todo o pensamento penal tenha sido formulado contra a Ética. Não há ética que se sustente contra a vida. Por sentimento da família, leve-se em maior conta o daquela ligada ao paciente que espera pelo órgão. Se é inevitável o sofrimento de uma, pela falta do órgão, ou de outra, pela sua retirada, a solução dessa situação, sempre conflituosa, deve ser buscada na escala de valores. O cadáver servirá aos vermes ou ao paciente vivo. Este morrerá ou viverá penosamente. Vida ou saúde *versus* morte ou doença. Para que lado deveria pender a Ética?

Entre nós, sem reconhecimento de força a divagações dessa natureza, buscou-se introduzir no direito positivo solução para a retração da oferta de órgãos, diante da legião de pessoas carentes de transplante para continuar vivendo. Em seu texto original, a Lei nº 9.434, de 1997², consagrou, inegavelmente, avanços em relação à legislação anterior, ao superar questão polêmica, com a instituição do princípio da doação presumível, se, em vida, não houve manifestação expressa de vontade em sentido contrário à retirada de órgãos *post mortem*. Sem desconsiderar outras inovações introduzidas na prática dos transplantes, convém se detenha mais demoradamente nesse aspecto, certamente o de mais profunda indagação. Pretendeu-se, com o princípio, revolucionar a retirada de órgãos, ainda um percalço na regularidade desse processo terapêutico, que as aquisições científicas puseram ao alcance da medicina, na sua inarredável vocação para aprimorar os processos de salvação de vidas.

Infelizmente, a perplexidade em face dessa nova postura motivou, surpreendentemente, pelos próprios médicos, uma reação à responsabilidade depositada em suas mãos para a retirada de órgãos, sem consentimento familiar, de que resultou a inversão do princípio do doador natural, em prol do qual, convém se teçam algumas considerações para justificar a sua inteira procedência.

O direito positivo, até recentemente, não se preocupou com o cadáver, porque era coisa considerada fora do comércio, destinada à natural deterioração. Com os progressos da Ciência, o cadáver já poderia ter destinação diferente e passa, a partir daí, a interessar os estudiosos do direito, que não lograram, ainda, chegar a uma conclusão definitiva, além das que, de longa data, o recomendam ao respeito de todos, constituindo a sua profanação fato punível com pena privativa de liberdade. O tempo decorrido, desde que a questão entrou em debate é, ainda, relativamente curto para a sedimentação de um entendimento definitivo acerca de possíveis direitos sobre o cadáver. Enfim, quem poderia legitimamente reclamar a propriedade do cadáver e, pois, dele dispor segundo a sua vontade? O Estado, a família?

O cadáver, até aqui, não se compreende no rol das coisas apropriáveis, matéria que é para ser discutida na vala do Código Civil, como primeiro passo para a definição de quem pode legitimamente reclamar a sua propriedade. Antes, não havia como se afirmar a existência de direitos sobre o cadáver, na medida em que remotas

2 BRASIL. Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências.

seriam as possibilidades de alguém desejá-lo para fim útil ou até mesmo rentável. Mas, com o interesse que passou a despertar, o cadáver deveria necessariamente ser objeto de preocupação dos legisladores, em face da evolução científica que logrou dar-lhe outra sorte diversa da simples decomposição a que estava condenado.

A doutrina encaminhava-se para considerar as pessoas usufrutuárias do próprio corpo, de que, então, não poderiam dispor ao seu alvedrio. O ser humano tem, antes de tudo, uma função social e a sua existência não se compreende unicamente no plano da satisfação de seus desejos individuais, senão enquanto desempenha um papel de interesse da comunidade em que vive. A prevalência do interesse coletivo sobre o individual, princípio basilar do direito, indubitavelmente encerra essa discussão. Ora, se o Estado é a soma das vontades individuais, porque nasce da sociedade politicamente organizada, segue-se que atribuir-lhe a interpretação do interesse coletivo, por intermédio de suas instituições, livres para funcionar, corresponde com as funções que o povo lhe delegou. O Estado pode, por via de consequência, dispor sobre cadáveres, desde que não são sujeitos de direito, do mesmo modo que não são igualmente apropriáveis, a induzir suposto poder reconhecido à família de opor-se à sua destinação para fins humanitários. Se ele passa a ser útil, é forçoso reconhecer a necessidade de disciplinar o seu aproveitamento, sem uma incursão no questionamento de quem dele pode apropriar-se. As disposições sobre algumas coisas são adotadas pelo Poder Público, por exclusão da propriedade privada e não porque se afirme um direito de propriedade do Estado. A utilidade do cadáver, desde quando se positivou, obriga necessariamente a que a dicotomia, inicialmente levantada, seja assim definida.

Com efeito, se toda a discussão deriva da utilidade que passou a ter o cadáver, seria absurdo adotar atitude que tornasse praticamente impossível o seu aproveitamento. O direito de propriedade resume-se, afinal, numa expressão econômica. Ora, se o cadáver é consensualmente tido como coisa fora do comércio, de que forma a sua utilização resultaria em benefício da família, para reconhecer-lhe o direito de dispor a respeito? Ao contrário, sem ser comerciável, interessa para o bem dos cidadãos que eventualmente venham a precisar de transplante de órgãos.

A Lei nº 10.211, de 2001³, voltou a prever que o consentimento da família substitua o silêncio, em vida, do morto e não se logrou, com isso, grande resultado na disponibilidade de órgãos, índice de que a atitude,

3 BRASIL. Lei nº 10.211, de 23 de março de 2001. Altera dispositivos da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que "dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento".

em tais circunstâncias, é de grande hesitação, quando não de recusa. O estado emocional dos parentes, chocados com a perda do ente querido, conspira inevitavelmente contra uma decisão isenta. Decididamente, a intervenção da família não favorece a prática dos transplantes, contrariamente às expectativas dos elaboradores da atual legislação.

No direito privado, como se viu, não se admite um direito do cadáver, muito menos um direito sobre o cadáver, mas há um direito da pessoa sobre o seu cadáver, que receberá as atenções estipuladas nos codicilos, por exemplo. Tanto isso é verdade que os crimes contra o respeito aos mortos são de ação pública, cuja iniciativa não cabe, em princípio, à família ou a quem quer que seja. Claramente, aí, o cadáver entra na faixa de tutela do Estado, que poderá, no interesse da saúde e da vida, descaracterizar, por lei, o crime previsto no artigo 211 do Código Penal, no referente à subtração de parte dele. Há mesmo certa unanimidade em que somente a pessoa pode, em vida, dispor a respeito de seu cadáver, como só ela poderia dispor de si própria, se maior e capaz, dentro, é óbvio, das limitações da lei, fundadas sempre no interesse coletivo.

Essas imposições legais, suportáveis em vida, evidenciam que outro tanto pode ser disposto em relação ao cadáver, segundo a valoração que se estabeleça entre ele e o ser vivo, a demonstrar que seria incôngruo um tratamento diferenciado, com favorecimento daquele, imune às conseqüências do interesse coletivo, a que este deve sujeitar-se. Não se concebem, portanto, objeções ao aproveitamento do cadáver, em nome do cadáver, já cadáver. Não se deve transigir, contudo, com restrições ao direito à vida, insculpido na primeira plana dos postulados constitucionais e, assim, tão eloqüentemente proclamado, embora com limitações como a morte, como risco inerente do serviço militar obrigatório no *front* de guerra.

A questão deve, assim, ser encarada do ponto de vista dos enunciados filosóficos e ideológicos que informam a organização política do povo brasileiro, com ênfase para o resguardo dos direitos individuais. Entre os direitos individuais, está o direito à vida, que não pode ser restringido por excessivo apego a uma suposta inviolabilidade do cadáver, valores que, na escala axiológica, sequer podem ser colocados em confronto. Aqui, em poderosa síntese, fundem-se interesses coletivos e individuais, numa perfeita harmonia, nem sempre encontrada.

Não se suscite o temor de provável açodamento nas retiradas de partes do corpo de quem ainda pudesse estar vivo, embora sem esperança alguma de sobrevivência. É compreensível atitude de reserva no trato do assunto, que, sob esse prisma, mereceu cuidadosa atenção na Lei nº

9.434/1997, já citada, seja na definição do fato como crime, seja na previsão de o ato ser assistido por familiares do falecido, sem mencionar controles intrínsecos que ressaem da matéria então aprovada no Congresso. Nessa linha de raciocínio, as limitações ao aproveitamento de cadáveres devem ter por inspiração única a possibilidade de lesões do direito à vida, pelo mesmo imperativo constitucional que o assegura a quem carece de transplante como última alternativa para não morrer ou para recuperar a sua saúde. Disso cuidou, com proficiência, texto da lei em exame.

Essa última associação entre o direito à vida e a retirada de órgãos é fortemente acentuada nos casos de morte natural, mas tende a reduzir-se ou mesmo a desaparecer nas mortes resultantes de atos ou fatos violentos, porque nestes há uma agressão externa aos centros vitais, atingidos de forma tão fatal, que só o milagre explicaria a sobrevivência. As estatísticas demonstram que as retiradas de órgãos são efetuadas, em sua esmagadora maioria, em pessoas com morte cerebral, decorrente de infaustos dessa espécie, com o que a universalização da regra do doador presumível, na prática limita-se a situações em que ninguém, em verdade, se imagina por antecipação.

Sem razão no encurtamento da vida, não há obstáculo à retirada de órgãos, tal deve ser o princípio norteador da legislação, se, de outro lado da questão, muito se alcançará em termos de benefício para a humanidade. Vale registrar que a legislação de alguns países, em verdade, permite muito mais, dentro da linha de pensamento que considera as pessoas doadoras naturais do próprio cadáver, independentemente de manifestação de vontade em vida, seja em que sentido for.

Não é necessária, no entanto, permissão de tamanha latitude, que tornaria a norma endereçada a todos indistintamente, de modo a suscitar justos receios em expressiva parcela da população, que não pode ainda, em seu estágio cultural, entender o alcance de uma disposição assim. Bem por isso, não cabe redargüir com o constrangimento, se a lei em questão franqueou a manifestação de vontade contra a retirada. Constrangimentos legais existem muitos, por imposição da ordem e da paz social, não sendo o argumento razão considerável para uma procedente objeção à medida que ali se intentou.

Outro risco a evitar seria a ortotanásia, pela qual poderiam ser negligenciados os mínimos cuidados para a manutenção da vida do moribundo, sobretudo se, pelos dados conhecidos de sua ficha médica, seus órgãos revestirem-se das características exigíveis para paciente, já, ali, selecionado para recebê-los. O argumento tem muito a ver com a infração ética, em tal caso configurada. Não há porque se generalizar essa suspeita, ainda se lancem dúvidas sobre as decisões dos Conselhos

que a apuram, diante das penalidades que foram previstas, em reforço àquelas já constantes da nossa legislação criminal. De outro lado, ensaia-se no mundo uma visão mais tolerante em relação à morte com dignidade, se recursos técnicos apenas prolongam uma agonia, sem oferecer perspectivas reais de sobrevivência. Até Sua Santidade, o Papa João Paulo II, já teria adotado posição mais flexível em relação à manutenção artificial da vida. Os moribundos, vitimados por patologias incuráveis, não são, ademais, os doadores ideais e nem há necessidade de que se universalize, a esse ponto, a retirada de órgãos, porque nem haveria em quem implantá-los.

Mas, a última e mais ponderável resistência à tese sempre situou-se nas dificuldades para controlar as retiradas, ao fito de evitar os excessos. A par da presença da família no ato de confirmação da morte, como se assegurou, estabeleceu-se também uma necessária dissociação entre médicos assistentes, tanatologistas e as equipes de retirada e transplante por forma a evitar o risco de uma conjuração contra a vida do doador em potencial.

Para não se chegar a esse extremo, a redução do campo em que se situariam os doadores, pela exclusão natural da maioria da população brasileira, até por fatores geográficos, além da sempre possível manifestação contrária, parece ser medida abrandada e com boas perspectivas de ser assimilada, sem muitas fricções, em face da premente necessidade de incrementar a oferta de órgãos, em nível pelo menos em que não torne tão dispendioso para o Sistema Único de Saúde a manutenção de milhares de pacientes numa cronicidade de tratamento, sem qualquer outra expectativa de cura, bem considerado o que isso representa de limitação da vida do paciente, susceptível de tornar-se economicamente ativo, pela erradicação definitiva de seu mal, com repercussão também na sua dependência da Previdência Social, desobrigada dos custos de sua incapacidade para o trabalho.

Não se perfilha, aqui, a tese do doador natural, mas a da não oponibilidade de fundamentos moralmente aceitáveis à retirada de órgãos. A lei civil entende que, com a morte, cessa a personalidade e, portanto, a possibilidade de ser sujeito de direitos ou de exercê-los, entre outras, pela razão óbvia da privação dos meios de manifestação da vontade.

Se os demais riscos podem ser perfeitamente contornados, como se dispôs no texto original da Lei de Transplantes, as objeções da família só se fixam em razões pias, as únicas realmente relevantes, de forma mais acentuada quando a morte decorre de processo natural, sem o comprometimento da integridade física do corpo do falecido, que seria rompida com a retirada de órgãos. Não há motivação aceitável

para impedir a extração de partes internas, quando a incolumidade do cadáver, pelo evento de que decorreu a morte, estará inevitavelmente comprometida e comprometidos também os alegados sentimentos de piedade. O trauma dos familiares, nesse caso, decorre não da retirada de órgãos, mas das próprias condições da morte, responsáveis pela desfiguração do corpo ou determinantes da necropsia, que importa em intervenção obrigatória no cadáver.

Além desses óbices, não existem outros previsíveis, desde quando não se poderia jamais considerar valor econômico atribuível ao cadáver, de modo a fazer nascer suposto direito subjetivo à sua exploração. A necropsia, obrigatória, por lei, elide as objeções às intervenções em cadáver, porque estas são da essência mesma do procedimento, que já abria, assim, excepcional oportunidade para transpor objeções situadas apenas na imaginária reação de quem não pode mais reagir. Esses mesmos escrúpulos, curiosamente, são, sem cerimônia, transpostos no embalsamamento e na cremação, esta com a destruição total do cadáver.

Ainda que não seja o modo mais operacional de obtenção de órgãos, não tem sentido manter a proibição de retirada de partes do cadáver, sem consentimento da família, quando este deva ser necropsiado. O escopo da norma processual penal foi o de assegurar a indestrutibilidade dos elementos indispensáveis à verificação do crime ou do seu descarte. O que se procede na necropsia, no entanto, é justamente a obtenção de elementos para essa verificação, ou seja, nela já se apura se houve ou não crime, ainda que tal conclusão não seja do legista. Mas é seguramente o seu relatório que orientará a conduta dos órgãos encarregados da persecução criminal. O corpo de quem faleceu no mesmo instante de uma violenta agressão externa só vai à autópsia, porque o óbito ocorreu sem assistência médica, suficiente esta, na hipótese contrária, para oferecer os elementos de interesse para a investigação criminal.

Além dessa observação, vale registrar também que o órgão atingido em mortes violentas ou suspeitas não tem qualquer utilidade posterior. Se, ao contrário, se apresenta íntegro, a sua retirada não prejudica a prova criminal, excluído que fica da análise para a determinação da *causa mortis*, conforme certificará o legista em seu relatório. A incorreta interpretação da legislação processual penal faz supor que somente após alguma conclusão quanto à ocorrência de crime é que o cadáver estaria liberado para o sepultamento ou qualquer outro fim permitido. Essa conclusão, todavia, só é possível com a realização da necropsia, que afirma ou infirma a suspeita. Assim, se a necropsia é o meio para averiguar a ocorrência de morte criminoso, não servirá ela jamais de obstáculo à retirada, antes mesmo de iniciada ou concluída, porque, se

os órgãos extraídos são destinados a transplantes, devem estar hígidos e, desse modo, não têm qualquer relação com a *causa mortis*. Aliás, o que se deveria ter procurado preservar não seria a intocabilidade do cadáver, antes da necropsia, mas a realização desta, porque há mortes sujeitas ao procedimento, que, no entanto, não têm causa criminosa.

Com alguma boa-vontade dos legistas, especialmente diante da regra estabelecida pelo parágrafo único do artigo 162 do Código de Processo Penal, muito se poderia progredir na oferta de órgãos, explícita, como é, em que *bastará o simples exame externo do cadáver, quando não houver infração penal que apurar, ou quando as lesões externas permitirem precisar a causa da morte e não houver necessidade de exame interno para a verificação de alguma circunstância relevante.*

A remissão às informações sobre a necropsia, conquanto o procedimento possa ser inútil para a retirada de órgãos, com as condicionantes de hoje, tem aqui a serventia de apenas estabelecer paralelo entre uma e outra intervenção no cadáver, para demonstrar, com viva evidência que aquela se faz em benefício da prova criminal, enquanto que esta é realizada em proveito da vida, embora tenham em comum a mesma mutilação do corpo sem vida. Vencemos os nossos pruridos naquela circunstância e ainda estamos a suscitá-los quando um valor muito mais alto se alevanta.

Na retirada, como na necropsia, o cadáver continuará inapropriável, tanto que, recomposto, será restituído aos familiares para que lhe devam o mesmo respeito e lhe prestem as mesmas homenagens póstumas de sempre. Não obstante, não trará a retirada nenhuma modificação na situação de cadáver. A retirada, após a preparação do corpo para o sepultamento, seria até mesmo imperceptível.

Desse modo, afastado o entendimento de atribuir-se valor econômico ao cadáver, lesão alguma será praticada a direito de quem quer que seja. Essa evidência é definitiva para a consagração do princípio do doador natural. Não se refute a tese com a perspectiva de abusos, que existem em vários outros planos do relacionamento humano. É de velha sabedoria o brocardo que sentencia: *o abuso não tolhe o uso.*

Se não há, como exaustivamente demonstrado, fundamento de direito contrário à retirada de órgãos do corpo de pessoas falecidas, a decisão posta para o Governo cinge-se a aspectos político-culturais, especialmente se, como mecanismo de dinamização do Estado, visto abstratamente, considera possível, com os instrumentos disponíveis e a legislação vigente, fazer face às violações do direito à vida, embora não se possa dele esperar, nesse caso, eficiência absoluta, de resto, impossível de ser garantida diante da perspectiva de qualquer conduta anti-social,

por razões sobejamente conhecidas, que não são privilégio apenas do nosso país. Ainda com assente na teoria axiológica, a salvação de vidas admite até mesmo o risco de perda de vidas, se o balanço pender para a primeira alternativa. É o que se dá com as atividades policiais, notadamente dos bombeiros, em operações de perseguição ao crime organizado ou de salvamento de pessoas em sinistros.

2 CONCLUSÃO

Em arremate a esse ponto da questão, poder-se-ia, assim concluir:

- a) o cadáver, resultante de óbito superveniente a uma grave agressão externa, tem a sua integridade física comprometida, não pela retirada de órgãos, mas pelas próprias circunstâncias da morte;
- b) o cadáver é inapropriável, nos termos da lei civil, para que alguém possa dele dispor. É de inspiração pia e não jurídica a recusa da família para autorizar qualquer intervenção no cadáver. No entanto, não se logrou, até aqui, contar com a sua colaboração nos níveis desejados;
- c) embora não possa dispor do cadáver, o Estado pode dispor sobre o cadáver, desde que passou a ter utilidade, para fazer prevalecer o interesse público sobre o individual, como elementar regra de direito;
- d) até mesmo o direito à vida pode ser limitado pelo Estado, sob o fundamento do interesse público, como sói acontecer na prestação de serviço militar no teatro de operações, com evidente risco de morte, quando o país estiver em guerra, inclusive com a aplicação da pena de morte, especialmente em casos de deserção, como prevê a Constituição;
- e) os direitos e garantias individuais não são absolutos, conquanto eloqüentemente proclamados pela Constituição, mas sob as reservas que ela própria estabelece, entre elas a da preservação do bem supremo: a vida;
- f) no que pese à universalização do doador presumido, a retirada de órgãos ainda se circunscreve praticamente aos casos de morte em decorrência de irreversível agressão externa ao corpo do falecido, sem alcançar grandes contingentes populacionais;

- g) a revogação dessa disposição implicou no ressurgimento das dificuldades sentidas para o incremento dos transplantes, enquanto a sua elevação à categoria de norma legal resolveria a expressiva demanda de órgãos, porque são pouco significativas as hipóteses restantes, além de mutilar pessoas vivas, no sacrifício extremo para salvar a vida ou restituir a saúde de um familiar; esse drama estaria praticamente extirpado.
- h) a doação expressamente autorizada em vida, para a retirada após a morte, é de difícil, senão impossível operacionalização, desde a localização do corpo do doador, dada a incerteza do lugar onde ocorrerá a morte, até a imprestabilidade dos órgãos já debilitados pela causa do óbito;
- i) o assunto sempre aflorou na imprensa, sem forte reação contrária à inovação que se pretendeu introduzir na ordem jurídica;
- j) a sua reintrodução desfaria o dilema ou o constrangimento da família na tomada de decisão sobre a retirada de órgãos, quando instada a autorizá-la e, possivelmente, trazer alívio à consciência de seus membros, receosos de praticar violência contra a vontade desconhecida do morto, motivo mais observado nas recusas;
- l) as razões que levaram o Estado a instituir a necropsia obrigatória nos casos de mortes violentas são muito mais relevantes para a retirada de órgãos: lá, tratava-se de favorecer a prova criminal; aqui, busca-se o salvamento de vidas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 10.211, de 23 de março de 2001. Altera dispositivos da *Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997*, que “dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento”.