

P  
R Jurd Cons  
n.2  
1997

REVISTA JURÍDICA

# consulex<sup>®</sup>

ANO I - Nº 2 - FEVEREIRO DE 1997

R\$ 15,50

FERNANDO DA COSTA TOURINHO NETO



## DANO AMBIENTAL

**DOAÇÃO PRESUMIDA DE ÓRGÃOS HUMANOS:  
Prós e contras de uma lei polêmica**



# HUMBERTO DE BARROS

## Ministro do Superior Tribunal de Justiça - STJ

*Revista CONSULEX* – Nos assinantes não são apenas juristas, magistrados, membros do Ministério Público, advogados, mas também estudantes de Direito e, até pessoas leigas em matéria penal. Em razão disso, poderia V.Exa. distinguir o que vêm a ser as penas de **detenção** e de **reclusão** mencionadas na Lei nº 9.434/97, que dispõe sobre doação de órgãos, na seção que versa sobre os crimes?



**Humberto de Barros** – São penas da mesma natureza, penas de prisão, sendo a de detenção, diríamos assim, uma prisão mais leve, menos rigorosa. A detenção é prisão que hoje é em regime fechado. A diferença entre uma e outra é simplesmente de grau. Em termos de rigor, não há como, em poucas palavras aprofundar essa diferença.

*CONSULEX* – Há vícios de inconstitucionalidade no projeto de lei analisado?

**Humberto de Barros** – Não encontrei vício algum. Embora tenha ouvido alguns juristas afirmarem que eles existem, na medida que compromete o direito de dispor do corpo. Mas me parece que não, pois a Lei estabelece uma presunção. O direito funciona, em vários aspectos à base de presunções. Se presume, hoje, que aquela pessoa que não autorizou expressamente a disposição dos órgãos de seu cadáver (e aí eu não diria da disposição de seus órgãos, porque se dispõe de órgãos de um cadáver) estaria proibido que se fizesse isso. Simplesmente se inverteu essa presunção, sem nenhuma interferência no direito de escolha.

*CONSULEX* – E nesta inversão, a qualificação de “não-doador” nos documentos de identificação que o projeto menciona, não seria uma forma de discriminação contra as pessoas que não desejassem manifestar-se a respeito, publicamente?

**Humberto de Barros** – Sim, é discriminação porque significa dizer que essa pessoa é diferente daquela outra. Eu acho, simplesmente, que a presunção seria a mesma discriminação que ocorreria ao se inscrever qualquer outra

coisa na carteira, ou doador ou não-doador. Ao se inscrever doador, quem não tivesse essa tarja na carteira seria também discriminado da mesma forma. Não vejo como isso possa implicar em tratamento pejorativo para quem não seja doador.

*CONSULEX* – A Constituição Federal autoriza ao Estado a legislar sobre a disposição presumida de órgãos humanos, independentemente da manifestação de vontade do doador?

**Humberto de Barros** – Parece-me que sim. Não encontrei nenhuma vedação em relação a isso.

*CONSULEX* – Conforme o § 1º do art. 21, que versa sobre as sanções administrativas, se a instituição particular incidir nos crimes previstos nos arts. 14 a 17, poderá ser multada e, em caso de reincidência, ter suas atividades suspensas temporária ou definitivamente, sem direito a qualquer indenização ou compensação por investimentos realizados. A “não-indenização” ou “compensação por investimentos realizados” não constitui forma de enriquecimento ilícito, tendo em vista que a aplicação de tais

sanções são de natureza meramente administrativa, pela autoridade competente?

**Humberto de Barros** – Parece-me que não. Pois o que há é uma sanção. Indenização significa que quem vai pagá-la é aquele que cometeu um ato culposo. A indenização é uma consequência da responsabilidade civil, que normalmente resulta de um ato culposo. O artigo 21 diz que aquele que infringiu a lei fica proibido de trabalhar com transplantes e não receberá nenhuma indenização pelos investimentos que tiver efetuado para esse fim. Me parece que esse dispositivo *chove no molhado*, porque só haveria e serviria de falar em indenização se essa cassação decorresse de um ato discricionário do Estado, sem que a pessoa que está sofrendo a punição houvesse cometido algum ato culposo. Mas, neste caso, não; a punição se destina a quem cometeu uma infração. Então esse indivíduo está proibido, e não há de se falar em indenização porque a culpa foi dele, da pessoa que sofreu a sanção. A infração é tão grave que a Lei deveria prever até a expropriação e o confisco dos aparelhos adquiridos por quem a cometeu. Me parece que não seria nem descalabro. É tão grosseira, tão violenta, que deveria gerar este confisco.

*CONSULEX* – O que significa a locução “pessoas não identificadas”, mencionadas no art. 6º? São aquelas desprovidas de identificação civil, ou as de identificação de doador presumido?

**Humberto de Barros** – Parece-me que a Lei estaria se referindo às duas hipóteses, porque não existe a identificação de doador presumido. Hoje, com a presunção, quem não proibiu, automaticamente, consentiu. Então, não pode haver esta dúvida. Ela se refere às pessoas que não tiveram a sua identificação estabelecida, ou seja, alguém de quem não se conseguiu estabelecer a identidade civil, seja através de impressões digitais ou outros meios.

*CONSULEX* – Por fim, gostaríamos que o Senhor acrescentasse um comentário sobre a Lei.

**Humberto de Barros** – Quando tomei conhecimento da Lei, me ocorreram duas coisas em

FOTO: NSP



JANAINA WANDERLEY  
Estudante

“A favor, embora ache que o tema deveria ter sido amplamente discutido nas escolas de 2º Grau.”

FOTO: NSP



Tatiana Serique  
Secretária

“Quem possui filhos necessitando de órgãos, tem obrigação de ser doador.”

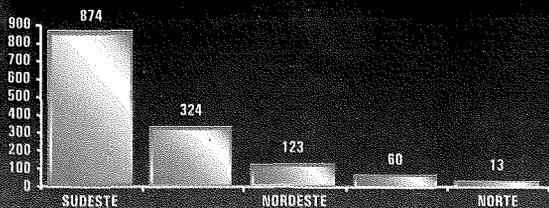
torno de seu preceito: a primeira é que essa polêmica que se gerou em torno do texto, esquece a observação de que, no transplante, se levando em conta que os órgãos destinados a esse fim são retirados de um cadáver, não há, a rigor, juridicamente, que se falar em doador porque a personalidade termina com a morte. Então, ao se retirar órgãos de um corpo que, como pessoa, já deixou de existir e que, como organismo, começa a se deteriorar, estar-se-á usando esses órgãos para perpetuá-lo. Na verdade, uma pessoa que recebeu, em doação, órgão de um morto é, em parte, aquele morto. A doação, longe de resultar em mutilação, é uma perpetuação do organismo, pelo menos parte do organismo. Se observarmos a questão sob este aspecto, deixamos de imaginar que um ente querido, desaparecido prematuramente, terá ido para a sepultura mutilado. Não, vamos imaginar que uma parte dele continua a viver e continua a ser útil neste mundo.

Outro aspecto em torno da conjectura do doador presumido, é que hoje, e cada vez mais, se deve presumir nas pessoas, o sentimento de generosidade. Então, se deduz que as pessoas sejam generosas. O potencial doador é uma pessoa generosa. Então, que se identifiquem aquelas pessoas que fogem ao preceito da generosidade. Me parece que é extremamente salutar esse preceito.

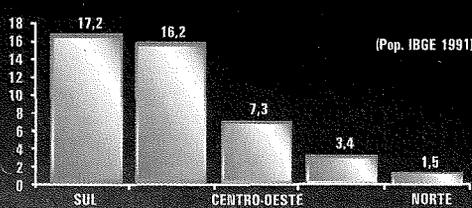
Outra observação que eu faria, diz respeito às sanções: a Lei tem um preceito que proíbe as equipes, que tenham infringido a legislação, de voltar a realizar transplantes. Mas não existe um preceito que imponha aos integrantes das equipes, aos médicos, a proibição de exercer a medicina. O que, me parece, seria a mais dura das sanções que se pode impor a um médico. No Brasil, principalmente, nós temos uma preocupação muito grande com a sanção penal sempre transformada em pena de prisão, que é a pior de todas as sanções, e que é uma sanção que já não corresponde, assim como a tortura, ao estágio atual da humanidade.

As sanções administrativas, proibição do exercício da profissão, a multa pesada, são muito mais eficazes e muito mais justas do que uma pena de prisão. Se fosse possível trocar essa pena de prisão por uma sanção pecuniária e por esta vedação do exercício da medicina, eu acredito que as sanções seriam muito mais eficazes do que como são postas na Lei. ■

Transplantes de Rins por Região



Projeção de Transplantes de Rins por 1.000.000 de hab./ano



Dados estatísticos fornecidos pela Associação Brasileira de Doadores e Transplantes de Órgãos - ABDTO