

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LÍVIA PORTO FIORIO

**DIREITO À VIDA *VERSUS* DIREITO DE ESCOLHA FAMILIAR: UMA ANÁLISE SOB
A PERSPECTIVA DA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS E TECIDOS NO BRASIL.**

VITÓRIA-ES
2022

LÍVIA PORTO FIORIO

**DIREITO À VIDA *VERSUS* DIREITO DE ESCOLHA
FAMILIAR: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS E
TECIDOS NO BRASIL.**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Diego Pimenta.

VITÓRIA-ES

2022

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo avaliar o atual modelo de doação de órgãos e tecidos adotado no Brasil. Busca-se entender a perpetuação desse sistema, o qual dá à família o poder de decisão final, colocando a escolha sobre o futuro de seus órgãos, manifesta em vida pelo doador e o direito à vida dos receptores em segundo plano. Para isso, fez-se necessária a análise da implantação desta metodologia, bem como, o apontamento crítico da adoção deste sistema, de modo a comparar os números de efetivas doações, possíveis doadores, lista de espera e os altos custos de manutenção da vida realizados pelo Estado.

Palavras-chave: Direito à Vida. Direito à Saúde. Doação de Órgãos. Direitos Fundamentais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	04
1 OS DIFERENTES TRATAMENTOS LEGISLATIVOS SOBRE DOAÇÃO DE ÓRGÃOS E TECIDOS NO BRASIL.....	06
2 O DIREITO À VIDA COMO VIABILIZADOR DA EFETIVAÇÃO DOS DEMAIS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	10
2.1 O DIREITO À VIDA COMO MÍNIMO EXISTENCIAL E O DEVER DO ESTADO COMO GARANTIDOR	15
3 A INCONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO DE ESCOLHA FAMILIAR NA EFETIVAÇÃO DA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS.....	12
4 PROPOSTA DE MUDANÇA LEGISLATIVA SOB A PERSPECTIVA DA ARQUITETURA DE ESCOLHAS.....	19
4.1 A EFICÁCIA DA ARQUITETURA DE ESCOLHAS QUANDO ACOMPANHADOS DE OUTRA ESTRATÉGIAS ESTATAIS E O SISTEMA DE DOAÇÃO DE ÓRGÃOS ADOTADO NA ESPANHA.....	24
5 CONCLUSÃO.....	28
REFERÊNCIAS	31

INTRODUÇÃO

As doações de órgãos no Brasil são geridas pelo Sistema Nacional de Transplantes (SNT), que tem como funções a regulamentação, o controle e o monitoramento de todo o processo de doação e transplantes de órgãos realizados pelo país.

Atualmente a autorização para a doação se dá por meio da família do doador, a qual, após o falecimento do potencial doador, se manifestará acerca da doação ou não dos seus órgãos, segundo a Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

O modelo de autorização adotado pela legislação enfrenta algumas dificuldades práticas, dentre elas as quais, pode-se citar a dificuldade dos familiares de aceitar a doação enquanto recebem a dura notícia da perda do familiar. Por si só, isto já constitui grande entrave à maximização das doações. Além da dificuldade da tomada de decisão, o poder de decisão dos familiares pode contemplar ainda problemas práticos de contraste com a vontade do doador manifestada em vida. Em outras palavras, o sistema tal como posto permite a indesejável situação em que o potencial doador em vida tenha manifestado o interesse de doação, mas a família o recusa, após seu falecimento.

A partir disso, o presente trabalho tem por objetivo fazer uma análise dos diferentes tratamentos legislativos no decorrer dos anos, referentes à temática da doação de órgãos e tecidos no Brasil, objetivando a defesa de uma mudança no sistema adotado.

Não obstante, ressalta-se que, embora o Brasil seja um país referência em transplantes, se comparado à quantidade de pessoas na lista de espera por um órgão, nota-se a inefetividade do sistema adotado, o que resulta, a depender do tempo de espera, no sofrimento prolongado de inúmeros pacientes, que precisam constantemente de tratamentos para se manterem vivos, podendo chegar à morte, por falta de um órgão compatível.

Dados do Registro Brasileiro de Transplantes (editorial de 2019) da Associação Brasileira de Transplante de Órgãos (ABTO), demonstraram que a negativa familiar é uma das principais causas para que um órgão não seja doado no Brasil. Em 2019, por exemplo, das 6.741 entrevistas familiares para autorização de doação, houve 2.674 negativas, ou seja, 40% das famílias entrevistadas recusaram a doação de órgãos de seus parentes, porcentagem que se mostra constante ao longo dos anos.

Ademais, em comparação ao número de pessoas que necessitam de transplantes, percebe-se que as doações feitas atualmente são insuficientes para atender ao grande contingente de pessoas que aguardam em listas de espera. Nesta perspectiva, dados extraídos da Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos (ABTO) mostram que em dezembro de 2019, os pacientes ativos na lista de espera para doação somavam 37.946 pessoas. Sendo que, o número de pessoas que faleceram nessa lista, ao longo do mesmo ano, foi de 2.484 e 77 pacientes pediátricos.

Diante disso, é possível perceber que ao trazer tal responsabilidade às famílias, perde-se o direito de livre escolha, feito ainda em vida pelo possível doador. Além disso, quanto aos que esperam pela doação, há a perda da saúde e o risco constante de morte, bem como ao Estado restam altos custos para a manutenção da vida daqueles que necessitam de tratamento continuado até a chegada de um órgão, demonstrando novamente a preocupação com o direito à vida.

Pelo exposto, levanta-se a discussão a respeito da responsabilidade do Estado em prover uma política de saúde àqueles cidadãos que necessitem do transplante de órgãos ou tecidos, de modo que a vontade do falecido a respeito da doação de seus órgãos sobreponha-se ao poder da família de dispor sobre o mesmo assunto. A dúvida, portanto, é a respeito da constitucionalidade do atual modelo legislativo quando a vontade do doador manifestada em vida não é confirmada pelos seus familiares. De modo secundário, também se questiona a arquitetura normativa de escolhas do nosso sistema.

Nesse contexto, para a realização de uma discussão sobre o objeto referido por essa pesquisa, será utilizado o método dialético, pois, para Mezzaroba e Monteiro, existem dois sentidos para a dialética, em que em um deles “Esse termo seria empregado ainda para designar o tipo de operação mental que torna possível promover a distinção das coisas, classificando-as, no intuito de melhor examiná-las” (MEZZAROBA, 2014, s/p).

Diante disso, entende-se o método dialético como o método adequado para a pesquisa, tendo em vista que há conflito de direitos e que as possíveis soluções para a garantia de um deles implicaria na negação de outro. Sendo assim, na busca por responder se cabe ou não a interferência estatal, tornando o consentimento presumido como regra à doação de órgãos e tecidos, as suposições seriam expostas e confrontadas, de modo que se deduziria admissível aquela com menos incoerências.

Ainda nesse sentido, para Marx “a dialética se apresenta como um método de investigação, uma forma de analisar o objeto sob um aspecto material transformado e transportado para a mente” (MEZZAROBA, 2014, s/p). Assim, por meio do embate entre as hipóteses de interferência do Estado ou não, será feita uma análise do objeto, para responder tal questão.

Desse modo, pela baixa aderência ao sistema adotado, tendo como consequência a morte de inúmeros pacientes na fila de espera por transplantes, aliado ao dever de garantia do direito à vida, por meio do qual poder-se-á usufruir de outros direitos, percebe-se que o método adotado atualmente não se mostra eficaz. Sendo assim, embora também se tenha como direito a escolha dos familiares, como regra à doação de órgãos e tecidos, sua ineficácia prova sua carência por mudanças.

1 OS DIFERENTES TRATAMENTOS LEGISLATIVOS SOBRE DOAÇÃO DE ÓRGÃOS E TECIDOS NO BRASIL

A permissão da doação de órgãos e tecidos apresenta a evolução científica, a qual possibilitou o transplante de órgãos, de pessoas em vida, ou *post-mortem*,

garantindo o prolongamento da vida, quanto a melhora da saúde daquele receptor do órgão transplantado.

No Brasil, a primeira legislação a abordar o tema foi a Lei n. 4.280/63, prevendo a autorização escrita, além do poder de intervenção do cônjuge e dos parentes, até o segundo grau, como pode ser extraído do artigo 1º desta lei:

Art. 1º É permitida a extirpação de partes de cadáver, para fins de transplante, desde que o de cujus tenha deixado autorização escrita ou que não haja oposição por parte do cônjuge ou dos parentes até o segundo grau, ou de corporações religiosas ou civis responsáveis pelo destino dos despojos. (BRASIL, 1963)

Nota-se que o referido artigo trazia a união entre a manifestação de vontade do doador e a manifestação dos familiares, de maneira alternativa, para que se efetivasse a doação.

A Lei n. 5.479 de 1968 trouxe mudanças quanto a manifestação de vontade do doador, de modo a priorizar a doação. Vejamos:

Art. 3º A permissão para o aproveitamento, referida no art. 1º, efetivar-se-á mediante a satisfação de uma das seguintes condições:
I - Por manifestação expressa da vontade do disponente;
II - Pela manifestação da vontade, através de instrumento público, quando se tratar de disponentes relativamente incapazes e de analfabetos;
III - Pela autorização escrita do cônjuge, não separado, e sucessivamente, de descendentes, ascendentes e colaterais, ou das corporações religiosas ou civis responsáveis pelo destino dos despojos;
IV - Na falta de responsáveis pelo cadáver a retirada, somente poderá ser feita com a autorização do Diretor da Instituição onde ocorrer o óbito, sendo ainda necessária esta autorização nas condições dos itens anteriores. (BRASIL, 1968)

Nota-se que a satisfação de apenas um dos requisitos era suficiente para a efetivação da doação na nova legislação, de modo a garantir que a manifestação de vontade do disponente fosse suficiente para a realização da doação, mas, não havendo a manifestação expressa deste, subsidiariamente, se oportunizava ao cônjuge e parentes, a manifestação para que decidissem acerca da doação ou não dos órgãos.

Posteriormente, a Lei n. 8.489 de 18 de novembro de 1992, instituiu o consentimento presumido como regra à doação de órgãos e tecidos no Brasil, de modo que a redação do texto legislativo consistiam em:

Art. 4º Salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta Lei, presume-se autorizada a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para finalidade de transplantes ou terapêutica post mortem. (BRASIL, 1992)

O consentimento presumido se demonstra como uma saída eficaz para a efetivação da vontade do doador, pois, ao se implementar a manifestação desse como requisito a ser primeiramente analisado, se garante sua satisfação. Ademais, impede que a vontade de terceiros se sobreponha ao decidido em vida pelo doador.

Ressalta-se que, tais alterações foram posteriores à Constituição de 1988, a qual trouxe previsão de disposição em Lei Ordinária, acerca da “facilitação da remoção de órgãos e tecidos para fins de transplantes” (BRASIL, 1988).

Nesse diapasão, o consentimento presumido se mostrou como uma alternativa para o maior alcance de doadores, visto que, trouxe a opção de doar ou não, mas a não doação como o resultado de uma ação daquele que optasse por não dispor de seus órgãos.

Passando à legislação atual, a figura do consentimento presumido, acompanhou as mudanças no novo texto, editado pela Lei nº 9.434 de 1997, reiterando que a negativa à doação apenas seria possível se houvesse manifestação pela não doação.

Observa-se que a interferência legislativa não foi acompanhada pela sociedade. A presunção legal não foi bem recebida e logo caiu. Assim, a Medida Provisória nº 2.083-32, de 2001, afastou o regime de presunção e inseriu a autorização de familiares, sendo aceita a autorização de quaisquer dos parentes maiores, em linha reta ou colateral, até o segundo grau ou do cônjuge.

A Medida Provisória previa, no parágrafo único do artigo 4º, que regulamentava a atuação dos familiares, a possibilidade de manifestação em vida da doação, de modo a priorizar a vontade expressa em vida daquele que figuraria como doador. No entanto, o parágrafo único foi vetado, com as seguintes razões:

“A inserção deste parágrafo induz o entendimento que, uma vez o potencial doador tenha registrado em vida a vontade de doação de órgãos, esta manifestação em si só seria suficiente como autorização para a retirada dos órgãos. Isto além de contrariar o disposto no caput do art. 4º - a autorização familiar, contraria a prática da totalidade das equipes transplantadoras do País, que sempre consultam os familiares (mesmo na existência de documento com manifestação positiva de vontade do potencial doador) e somente retiram os órgãos se estes, formalmente, autorizarem a doação.”(BRASIL, 2001)

No ano seguinte a legislação foi alterada para a regra que temos atualmente, passando para a família o dever de decidir acerca da doação ou não dos órgãos e tecidos, conforme a Redação dada pela Lei nº 10.211, de 2001:

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.” (NR) (BRASIL, 2001)

José Roberto Goldim aponta que a nova legislação constitui posição intermediária entre as anteriores:

O Governo Federal, através de uma Medida Provisória, proposta em outubro de 1998, alterou esta lei. Foi instituída a doação de órgãos pela família. É uma nova situação que se cria, onde a família assume a responsabilidade pelo destino dos órgãos. É uma posição intermediária a proposta pelas legislações de 1992, doação voluntária individual, e de 1997, consentimento presumido. Esta proposta retira do indivíduo e da sociedade o processo de tomada de decisão (GOLDIM, 2001).

Posto isto, a atual legislação, por adotar uma postura intermediária entre as anteriores, resulta em 6 possibilidades, sendo que os familiares, agora detentores do poder de escolha do futuro dos órgãos, possam i) se opor à vontade do falecido, de maneira contrária à doação, ii) se opor à vontade do falecido, de maneira favorável à doação, iii) confirmarem a escolha do doador, optando pela doação; ou iv) confirmarem a escolha do doador, que optou pela não doação; v) optar pela doação,

quando não há manifestação do doador; vi) negar a doação, quando não há manifestação do doador.

Diante disso, voltando ao cerne da questão, percebe-se que o atual modelo de consentimento adotado na legislação brasileira, que concentra a decisão nos familiares, permite a indesejável situação em que a vontade do falecido de doar seus órgãos não seja efetivada por escolha dos familiares.

2 O DIREITO À VIDA COMO VIABILIZADOR DA EFETIVAÇÃO DOS DEMAIS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O direito à vida é intrínseco a todo ser humano, de modo que, pode ser encontrado desde o direito natural, perpassando por diversas crenças e religiões, como um direito pertencente a cada indivíduo e que não pode ser violado por outrem ou por si mesmo.

A Declaração Internacional de Direitos Humanos, ratificada por vários países em 1948, dentre eles o Brasil, declara em seu artigo 3, que “Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.”. Em consonância a isso, o Pacto Internacional Sobre Direitos Cíveis e Políticos adotado pela XXI Sessão da Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 1966, estabelece, em seu artigo 6, que “O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei.”.

Nesse mesmo sentido, a Constituição Brasileira de 1988, traz sua proteção ao listá-lo no rol de direitos e garantias fundamentais, o que presume seu dever de cuidado por parte do Estado e de todos, sendo este, indisponível, e irrenunciável, previsto como cláusula pétrea, no artigo 5º, inciso XLVII, alínea “a”, a impossibilidade de se instituir a pena de morte, salvo nos casos de guerra, demonstrando que nem mesmo o Estado detém o poder de violar este direito.

No entanto, para além de sua posição no rol de direitos fundamentais, este pode ser pontuado como o principal direito, visto que, nas palavras de Alexandre de Moraes,

“o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais”. (2005. p.30).

Nesse mesmo sentido, se manifesta o jurista Cleber Francisco Alves:

Um ponto crucial, que suscita vivos debates e discussões no campo da dignidade da pessoa humana, é aquele relativo ao direito à vida. Muito se fala em direitos humanos, em dignidade da pessoa humana, mas esquece-se de sua premissa elementar que é exatamente o direito à vida. Sem a vida, qualquer outro direito inexistente. (ALVES, 2001, p. 166) (grifo nosso)

Assim, tais autores defendem que, embora haja igualdade entre todos direitos, sem a garantia do direito à vida, todos os demais direitos inexistem. Isso porque, a efetivação de todos os direitos, para além deste, precisam que o indivíduo tenha o que se defende como principal neste trabalho, a vida.

Ademais, acerca do interesse do Estado em tutelar o direito à vida e sua importância no Ordenamento Jurídico Brasileiro, temos a proteção quanto à própria escolha individual quanto ao direito de viver ou não, de modo que o Estado impede que seja efetivada a manifestação de vontade do indivíduo, como é o caso da eutanásia, sendo no Brasil tratada como homicídio, mesmo que o paciente se manifeste pela interrupção de sua vida.

Dessa forma, na busca do verdadeiro controle nesses casos, há interferência do Estado Brasileiro em casos como eutanásia, pena de morte e aborto, onde este sempre se manifesta à favor da garantia da vida.

No mesmo sentido, destaca-se a interferência estatal para garantir o direito à vida daqueles pacientes que necessitam de um órgão, mas ainda não o receberam, mesmo que isso impacte na atividade financeira estatal, de forma que o Estado assume gastos elevados com tratamentos, demonstrando, mais uma vez, seu interesse em tutelar o direito à vida, ante os demais direitos.

Além disso, em casos em que o tratamento é contínuo, como quando há necessidade de um novo rim, os tratamentos podem durar anos, sendo um gasto

para o Estado e/ou para o paciente, que só será sanado com a obtenção de um novo órgão ou, no pior dos casos, com o falecimento do indivíduo.

Enfim, para assegurar o direito à vida, o Estado assume comportamentos ativos, muitas das vezes limitando outros direitos. Tal constatação, aponta para o cerne do presente trabalho. Na doação de órgãos, o Estado deve adotar medidas tendentes de forma a afastar o direito de escolha da família a fazer prevalecer a doação de órgãos.

2.1 O DIREITO À VIDA COMO MÍNIMO EXISTENCIAL E O DEVER DO ESTADO COMO GARANTIDOR

O entendimento jurisprudencial e doutrinário acerca do direito à vida trata este, não apenas como o direito à existência, mas como um dever estatal de garantia de parâmetros mínimos para uma existência digna, que vai além da mera sobrevivência.

Com isso, a ideia de mínimo existencial está constantemente presente em debates, para que se encontre quais as prestações são, efetivamente, deveres do Estado, de modo a ponderar as necessidades de cada indivíduo, observadas as possibilidades Estatais.

Gilsilene Passon e Julia Carone ressaltam que o mínimo existencial surgiu para assegurar condições mínimas para a sobrevivência do indivíduo:

O mínimo existencial surgiu, então, com o objetivo de garantir ao cidadão o fundamento da República, denominado dignidade da pessoa humana, que possui status de princípio na ordem normativa brasileira, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal e, de outro lado, como uma maneira de obrigar o Estado a garanti-la. De acordo com tal princípio, o indivíduo deve ter assegurado, pelo Estado, um mínimo de condições para sua existência digna. (FRANCISCHETTO, CARONE, 2009, online)

Rodrigo Bassetti Tardin, em sua dissertação de mestrado, reflete sobre o mínimo existencial como um conteúdo essencial dos direitos fundamentais, em que este atua como parâmetro mínimo, quando não se puder garantir sua integralidade:

O mínimo existencial, que doravante se quer conceituar, leva a uma ideia imaginária de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais, sobretudo daqueles que, não garantidos integralmente, avalizem, pelo menos, a quantia mínima de dignidade ao cidadão. (TARDIN, 2011, p.68)

Ainda nesse sentido, temos o argumento da garantia do mínimo necessário, para que o cidadão tenha condições mínimas de sobrevivência, como dito por Cármen Lúcia Antunes Rocha:

A constituição Federal garante o mínimo necessário (material, psicológico e social) para que o cidadão tenha condições de sobrevivência. O Estado deve garantir o direito à liberdade, à igualdade, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à educação, à previdência, ao amparo, à assistência aos necessitados (ROCHA, 2009, p. 23).

Da mesma forma, Tardin traz como um pressuposto para a dignidade humana, pontuando o dever do Poder Judiciário de resguardá-lo em caso de violação por algum dos demais Poderes. Vejamos:

Visto que os Poderes estão entrelaçados constitucionalmente, o Poder Judiciário, guardião da Constituição, é instado, então, a intervir na esfera daquele Poder desobediente para prestar ao cidadão o mínimo de dignidade humana que lhe foi subtraído. Esse mínimo diz respeito, sobretudo, à implementação dos direitos sociais e ao mínimo existencial (TARDIN, 2011, p. 53)

Posto isso, ao se analisar os casos em que o indivíduo carece de um transplante para continuar a viver, constata-se a necessidade de uma posição de interferência do Estado, em busca de tornar efetivo o direito, dentro de seus limites, o que também será uma forma de garantia das suas condições de sobrevivência, ou seja, do mínimo existencial.

Além disso, Cármen Lúcia reflete sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal, quando há necessidade de algum procedimento que possa ameaçar a vida de algum paciente:

Devemos refletir se o mínimo existencial é obrigação do Estado. Quando alguém pede uma liminar no Supremo Tribunal Federal para garantir a realização de alguma operação cirúrgica de alto risco pelo SUS com algum medicamento especial, a tendência do juiz é deferir o pedido, ainda mais se a pessoa corre risco de morte. Sabemos da existência de abusos e fraudes, mas também sabemos que a pessoa pode morrer em virtude de alguma negligência por parte de quem deveria oferecer assistência. (ROCHA, 2009, p. 23-24)

Com isso, o argumento da vida como um parâmetro de mínimo existencial deve ser considerado, ao se falar de doação de órgãos e tecidos, pois o direito à vida é um direito essencial para a sobrevivência de qualquer indivíduo e, que, se interrompido, trará consigo a impossibilidade de garantia de outros direitos, visto que estes só seriam usufruídos pelo indivíduo em vida.

Portanto, é consistente falar que há muitas perspectivas a serem consideradas ao se discutir qual método para a doação de órgãos e tecidos no Brasil apresentará maior eficácia e aderência. Seja por um embate de direitos, como a priorização do direito à vida e liberdade do indivíduo, em detrimento do direito de escolha familiar, dado pela atual legislação, seja trazer uma proposta de repensar um método, já testado anteriormente, resultando em mudanças, mas que estas podem ser relacionadas à formação do pensamento da sociedade da época, que se encontra ultrapassado na sociedade atual.

Os dados trazidos pela Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos (ABTO) referentes ao ano de 2019, trazem que, das 6.741 entrevistas familiares para autorização de doação, houve 2.674 negativas, que representam em torno de 40% das famílias entrevistadas, porcentagem que se mostra constante ao longo dos anos, sendo 44% em 2015, 43% em 2016, 42% em 2017 e 43% em 2018.

Ao se comparar com o número de pessoas que necessitam de transplantes, os dados da própria ABTO, demonstram que no mesmo ano, em dezembro, os pacientes ativos na lista de espera para doação somavam 37.946 pessoas. Sendo que, o número de pessoas que faleceram nessa lista, ao longo do ano de 2019, foi de 2.484 e 77 pacientes pediátricos.

Cabe pontuar que, de uma mesma pessoa falecida, é possível extrair diferentes órgãos e/ou tecidos para serem transplantados a diferentes pessoas, não representando cada doador apenas um receptor, mas múltiplos.

Com isso, nota-se que o número de famílias que optaram pela negativa de doação representa um número de receptores ainda maior, o que diminuiria relativamente à quantidade de pessoas à espera de um órgão, e conseqüentemente, a possibilidade de falecimento dos que estão à espera da doação de um deles.

Diante disso, conclui-se que, ao se colocar a garantia do direito à vida como requisito essencial do mínimo existencial devido ao indivíduo, deve o Estado interferir para buscar maximizar garantir que este seja usufruído pela população.

Desse modo, a temática da mudança do modelo de doação de órgãos e tecidos, adotado atualmente no Brasil, conflita ao considerar-se outros direitos, como o direito de escolha da família, adotado no atual sistema, além de somente o direito à vida. Assim, a ponderação sobre qual deles mostra-se mais eficiente, ou necessário, bem como a criação de critérios convincentes é um trabalho que deve ser feito.

3 A INCONSTITUCIONALIDADE DO DIREITO DE ESCOLHA FAMILIAR NA EFETIVAÇÃO DA DOAÇÃO DE ÓRGÃOS

Ainda sob a óptica da violação aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, temos a violação ao direito à Liberdade, especificamente sobre o prisma de escolha do indivíduo sobre o destino de seus órgãos ao fim de sua vida, representando também a manifestação de suas crenças, de sua vontade e solidariedade como ser, ainda em vida.

Isso porque, como exposto, o modelo de doação de órgãos utilizado no Brasil transfere a escolha da doação aos familiares, tornando irrelevante a decisão tomada pelo possível doador, visto que essa necessita da confirmação dos familiares, que podem, inclusive, ir de encontro.

Nesse contexto, em uma análise acerca da constitucionalidade desse sistema, é perceptível que este modelo retira do doador o poder de escolher sobre o futuro de seus órgãos, bem como, retira dos potenciais receptores desses órgãos, a possibilidade de recebê-los.

Dessa forma, ao se analisar que a vida e a liberdade estão abordados na Constituição Federal como direitos fundamentais, eventual restrição só é legítima se feita pela própria Constituição Federal.

Ocorre que, ao estabelecer a escolha familiar como regra, a Lei nº 10.211, de 2001 transgride tais direitos, priorizando a escolha de terceiros, em detrimento da autonomia do indivíduo para determinar o que será feito com seus órgãos.

Nas palavras de Barroso, a autonomia como o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, o que possibilita que este defina as regras que vão reger sua vida. Vejamos:

A autonomia é o elemento ético da dignidade humana. É o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa. A noção central aqui é a de autodeterminação: uma pessoa autônoma define as regras que vão reger a sua vida. Em seção anterior, foi apresentada a concepção kantiana de autonomia, entendida como a vontade orientada pela lei moral (autonomia moral). Nesse tópico, o foco volta-se para a autonomia pessoal, que é valorativamente neutra e significa o livre exercício da vontade por cada pessoa, segundo seus próprios valores, interesses e desejos. (BARROSO, 2014, p. 81)

No artigo publicado por Sarah Goiatá e Bruno Navesn, estes entendem a autorização dos familiares como um empecilho à materialização da vontade individual. Vejamos:

E, nesse sentido, a Lei nº 10211/2001 afere que é necessária a autorização expressa da família para que se efetive a doação de órgãos do falecido, gerando então um significativo empecilho quanto a materialização da decisão autônoma do indivíduo sobre o seu corpo post mortem. (GOIATÁ, NAVESN, 2015)

Esse empecilho pode ser justificado porque, ao decidirem de forma contrária ao decidido pelo doador, sua autonomia sobre que será feito com seu corpo, é

desprezada e invalidada, cabendo essa responsabilidade aos familiares, que podem não ter conhecimento da decisão do doador, ou manifestarem-se contrários a ela, podendo chegar a ferir tudo o que foi pregado em vida por aquele.

Como visto, a negativa à doação por parte dos familiares tem diversos fundamentos, sejam eles fundados no momento de luto vivido, em crenças, em falta de conhecimento quanto à decisão do falecido etc. No entanto, retiram o poder de decisão firmado em vida.

O artigo 3 da Declaração dos Direitos Humanos prevê, ao lado do direito à vida, o direito à liberdade, sendo a redação do texto constitucional, regida da mesma forma, demonstrando que vida e liberdade caminham juntas.

Se tratando do direito de escolha de doação de órgão e tecidos *post-mortem*, estes representam a liberdade se expressar quanto a vontade de propiciar a outrem a utilização de partes do seu corpo, que não terão mais serventia a ele, para que se dê continuidade à vida do receptor, ou representar a melhora de uma condição de suas vidas. Sendo assim, se mostra contraditória a opção do Estado em instituir mecanismos que inviabilizam a realização dessa decisão.

Destaca-se que a inconstitucionalidade ocorre quando há a manifestação de vontade do doador, mas a família opta por uma posição divergente à adotada por ele em vida. No entanto, o objetivo do presente trabalho visa fazer uma análise priorizando o direito à vida, o que resulta na crítica às hipóteses em que o doador, ao decidir pela doação, tem seu direito suprimido.

Ao se fazer um paralelo com as Diretivas Antecipadas de Vontade - Resolução CFM Nº 1.995, de 9 de agosto de 2012-, que são a expressão da vontade do paciente acerca dos cuidados a serem adotados com ele, quando este estiver em estado terminal, sem o poder de exprimir sua vontade, nota-se que a vontade expressa pelo paciente é respeitada, conforme seu desejo, o que demonstra um avanço do Conselho de Medicina acerca desse tema, mas ainda de forma insatisfatória, pois não se manifestam acerca do tema relativo à doação de órgãos e tecidos.

Ressalta-se que a mudança legislativa, trazida pela Medida Provisória nº 2.083-32, de 2001, passou a desprezar a manifestação de vontade em vida do potencial doador, tem seu voto justificado pois a prática das equipes transplantadoras sempre foi a de consultar aos familiares, passando, assim, à efetivação da doação.

Dessa forma, nota-se uma mudança, ainda parcial, da atuação das equipes médicas entre 2001 e 2012, que atualmente, podem ser ainda mais favoráveis ao respeito da opção em vida do falecido quanto à doação, levando em conta as mudanças sociais.

Embora tenha sido apresentado o Projeto de Lei do Senado (PSL) 453/2017, o qual tem como proposta:

Altera o caput do art. 4º da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, a fim de tornar explícito que o consentimento familiar, no caso de doação de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para depois da morte, só se faz necessário quando o potencial doador não tenha, em vida, se manifestado expressa e validamente a respeito. (MARTINS, 2017)

Posto isto, uma forma de preservar o texto da legislação que temos atualmente, afastando seu conflito com a Constituição Federal, é por meio da aplicação da técnica de Interpretação Conforme à Constituição. Nas palavras de Barroso, a interpretação conforme a Constituição:

Destina-se ela à preservação da validade de determinadas normas, suspeitas de inconstitucionalidade, assim como à atribuição de sentido às normas infraconstitucionais, da forma que melhor realizem os mandamentos constitucionais. Como se depreende da assertiva precedente, o princípio abriga, simultaneamente, uma técnica de interpretação e um mecanismo de controle de constitucionalidade. Como técnica de interpretação, o princípio impõe a juízes e tribunais que interpretem a legislação ordinária de modo a realizar, da maneira mais adequada, os valores e fins constitucionais. Vale dizer: entre interpretações possíveis, deve-se escolher a que tem mais afinidade com a Constituição. (BARROSO, 2020, online)

No mesmo sentido, Gilmar Mendes pontua o uso da interpretação conforme à constituição quando alguma das possibilidades de interpretação de uma norma for incompatível com a Constituição:

Oportunidade para interpretação conforme a Constituição existe sempre que determinada disposição legal oferece diferentes possibilidades de

interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a própria Constituição. (MENDES, 2005, p. 222)

Nesse mesmo contexto, Barroso traz o Princípio da Interpretação Constitucional como um mecanismo de controle de constitucionalidade, para a continuidade da aplicação legislativa, que demonstra-se inconstitucional, até que nova legislação sobre o tema entre em vigor:

Como mecanismo de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição permite que o intérprete, sobretudo o tribunal constitucional, preserve a validade de uma lei que, na sua leitura mais óbvia, seria inconstitucional. Nessa hipótese, o tribunal, simultaneamente, infirma uma das interpretações possíveis, declarando-a inconstitucional, e afirma outra, que compatibiliza a norma com a Constituição. (BARROSO, 2020, online)

Dessa forma, em vistas dos princípios da autonomia do indivíduo e do direito à vida, com os contornos já delimitados nos tópicos anteriores, o direito de a familiar escolher o destino dos órgãos do falecido, estabelecido na constituição federal, só é compatível com a Constituição se foram ao encontro da posição do falecido já manifestada em vida. Por outro lado, eventual posição contrária dos familiares é inconstitucional.

4 PROPOSTA DE MUDANÇA LEGISLATIVA SOB A PERSPECTIVA DA ARQUITETURA DE ESCOLHAS

A declaração de inconstitucionalidade da interpretação do direito de a família contrariar a vontade do doador, proposta no tópico anterior, responde ao problema inicial do presente trabalho. No entanto, a medida se limita às situações em que o doador tenha manifestado em vida seu intento de doar. Para aquelas hipóteses em que tenha se silenciado, persistirá o desejo da família.

Assim, Roberta Marina Cioatto e Adriana de Alencar Gomes Pinheiro apresentam os dois modelos para a obtenção de órgãos de pessoas falecidas, conforme a OMS:

No que se refere à obtenção de órgãos de pessoas falecidas, existem dois sistemas, segundo a OMS.

O primeiro é o sistema de consentimento expresso (opting in/contracting in), segundo o qual a pessoa falecida manifestou expressamente, antes de morrer, a autorização para a extração; ou um familiar, para o caso de a pessoa não ter deixado nenhuma declaração em sentido contrário. (CIOATTO e PINHEIRO, 2017)

Neste sentido, propõe-se uma mudança legislativa no sentido de se reestabelecer o sistema de doações presumidas. O aludido sistema, já adotado no Brasil, mostra-se como uma forma de atender os anseios da sociedade atual, com pensamentos voltados à liberdade individual, em conformidade com os demais preceitos fundamentais, e que vise o aumento do número de doadores, por meio da arquitetura de escolhas, possibilitando ao indivíduo a escolha entre ser um doador futuro ou não, e em consonância às novas formas de atuação do corpo médico, em face de seus pacientes.

O atual modelo de doação, adotado pelo Sistema Nacional de Transplantes (SNT), trazido pela lei Lei nº 10.211, de 2001, não atende ao grande contingente de pessoas à espera de um transplante, resultando na minimização da garantia do direito à vida, bem como, resulta na privação do direito de liberdade de escolha dos indivíduos, que se manifestam em vida sobre o destino de seus órgãos e, por meio do sistema atual, tem sua vontade contrariada.

Índices da Associação Brasileira de Transplantes demonstram que entre os anos de 2012 a 2019, por meio do modelo de doação de órgãos e tecidos adotados, o percentual de recusa familiar nas entrevistas tem se mostrado constante, sempre em torno de 40% (quarenta por cento). Vejamos:

QUADRO 1 - DADOS BRASILEIROS DE DOAÇÃO DE ÓRGÃOS 2012 - 2019

	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Número de doadores efetivos	2.406	2.526	2.713	2.854	2.981	3.415	3.534	3.768
Número de doadores efetivos (pmp)	12,6	13,2	14,2	14,1	14,6	16,6	17,0	18,1
Número de notificações (potenciais doadores)	8.025	8.871	9.351	9.698	10.158	10.629	10.782	11.399
Número de notificações (pmp)	42,1	46,5	49,0	47,8	49,7	51,6	51,9	54,7
Recusa familiar	2.315	2.622	2.610	2.613	2.571	2.740	2.753	2.674
Percentual de recusa das entrevistas	41%	47%	46%	44%	43%	42%	43%	40%
Parada cardíaca	1.188	1.292	1.156	1.164	1.136	1.232	988	927
Contraindicação médica	836	1.150	1.349	1.416	1.594	1.559	1.545	1.761
Outros	1.280	1.281	1.523	1.651	1.876	1.683	1.961	2.269

Fonte: Registro Brasileiro de Transplantes (ABTO, 2019)

Não obstante, conforme o gráfico apresentado, o número de doadores efetivos pmp (por milhão de população) tem mostrado um aumento significativo. Todavia, esse aumento ainda não se mostra eficaz, frente às necessidades da fila de transplantes.

Assim, conforme relatam Adriano Sant'ana Pedra e Diego Pimenta, o principal problema do Sistema Nacional de Transplantes consiste em encontrar novos doadores:

Os maiores desafios do sistema de transplantes nacional residem na busca por novos doadores e na organização de uma lista de espera transparente, com critérios justos. A participação popular no processo de composição da lista de receptores pode apresentar soluções importantes para esses desafios. (PEDRA, MORAES, 2011 p. 157)

Assim, ao reconhecer tal dificuldade no atual sistema, e em conformidade com os índices registrados pela ABTO, a ineficácia do sistema adotado se demonstra evidente, fazendo-se necessária a adoção de um modelo capaz de aumentar o número de doadores.

Ademais, o modelo de doação adotado no Brasil diz-se baseado na solidariedade e altruísmo, mas despreza exatamente essas qualidades do doador, cabendo à família a demonstração deste, o que não tem se mostrado eficaz, resultando, em muitos casos, na perda do direito à vida daqueles que esperam na fila por um órgão, como pontuam Sarah Rêgo Goiatá, Bruno Torquato de Oliveira Navesn:

Toda a fundamentação da doação de órgãos puramente gratuita concentra-se na solidariedade e no altruísmo, como um dever de todo ser humano. E, do panorama apresentado, extrai-se que há muito mais pessoas na fila aguardando por um transplante do que doadores altruístas e solidários. O que leva a crer que novas regras serão necessárias para o parque humano (SLOTTERDIJK, 2000), pois o Humanismo clássico não está sendo suficiente para fornecer respostas vivas para certas demandas vivas. (RODRIGUES, FERREIRA, 2013, p.96) (GOIATÁ, NAVESN, 2015)

Nesse contexto, nota-se que as propagandas de incentivo à doação de órgãos abordam a doação como um ato de amor, ressaltando a importância de comunicar à família sobre a decisão. Ocorre que, mesmo com inúmeras campanhas e com a decisão tomada pelo doador de ser solidário, a escolha familiar ultrapassa a vontade do falecido e, para além disso, diminui a chance de um potencial receptor aumentar suas chances de continuar vivo.

Em conformidade a isto, gráficos do editorial do ano de 2019 da Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos traz que o número de óbitos na fila de transplantes no ano decorrido totalizou 2.484 pessoas, vejamos:

QUADRO 1 - DADOS DA LISTA DE ESPERA DE DOAÇÃO DE 2019

		RIM		FÍGADO		CORAÇÃO		PULMÃO		PÂNCREAS		PÂNCREAS/ RIM		CÓRNEA		TOTAL	
		Total	Pediátrico	Total	Pediátrico	Total	Pediátrico	Total	Pediátrico	Total	Pediátrico	Total	Pediátrico	Total	Pediátrico	Total	Pediátrico
Total - Brasil	Ingresso	13.194	297	3.635	309	558	61	179	13	60	0	218	1	21.625	513	39.469	1.194
	Mortalidade	1.301	17	645	26	116	21	39	3	3	0	77	0	303	10	2.484	77

Fonte: Registro Brasileiro de Transplantes (ABTO, 2019)

Ressalta-se que a ineficiência do sistema de doações adotado pode ser aferido por meio da análise das famílias que efetivamente doam os órgãos de seus entes falecidos e da quantidade de pessoas que morrem na fila dos transplantes, a espera de uma família, que mesmo em um momento de perda, se solidarize, sem sequer conhecer o receptor.

Em outra perspectiva, Cristiano Dias Lopes Neto, em sua dissertação de mestrado, pontua sobre a necessidade da Administração Pública agir de maneira mais eficiente possível, cumprindo a constituição, sem necessitar de intervenção jurisdicional:

Assim, o novo papel do Estado, a partir da Administração Pública, deve ser vislumbrado a partir do princípio da eficiência e sua pertinente e íntima relação com as escolhas de políticas públicas. (...) Assim, antes de se cuidar de instrumentos remediativos que assegurem a via jurisdicional disponível para o controle das escolhas públicas, é preciso atuar profilaticamente e direcionar a atividade administrativa, para que, sozinha, seja o mais eficiente possível e possa alcançar os objetivos constitucionais sem uma intervenção jurisdicional. (NETO, 2014, p.27)

Dessa forma, o poder legislativo, visando promover à Administração Pública o aumento de sua eficiência, deve propor mudanças legislativas que diminuam a onerosidade dos gastos com a saúde dos que esperam na fila por transplantes, para que estes não necessitem de manutenção de meios para garantirem a vida desses pacientes, de maneira onerosa à Administração Pública.

Uma das formas de maximizar o número de doadores de órgãos e tecidos é por meio do consentimento presumido, o que torna todos doadores como regra, permitindo que aqueles que não quiserem ser doadores tenham sua manifestação dificultada, invertendo o sistema atual, e retira da família o poder de decisão.

Esse modelo pode ser justificado por meio dos chamados “*nudges*”, ou “arquitetura de escolhas”, que consistem em induzir um comportamento de forma previsível, sem que se restrinjam suas opções. Marcelo de Oliveira Nunes e Luís Antônio da Rocha Dib utilizam Thaler e Sunstein para definir “*nudges*”:

Thaler e Sunstein (2008) definiram amplamente *nudges* como qualquer intervenção feita na arquitetura de escolhas das pessoas, que as induza a se comportarem de uma forma previsível, para seu próprio bem estar, sem restringir suas opções e sem alterar significativamente seus incentivos econômicos. (Thaler; Sunstein, 2008 apud, DIB; NUNES, 2022)

Partindo desse mecanismo, a retomada do consentimento presumido como regra à doação de órgãos se mostra como uma estratégia para influenciar o comportamento dos indivíduos, de modo que se dificulta ao não doador que se manifeste, induzindo que este prossiga a doação.

Nesse sentido, o Projeto de Lei do Senador Major Olimpio (PL 3.176/2019), ainda em tramitação, coloca a doação de órgãos e tecidos como sendo de consentimento presumido como regra à doação de órgãos e tecidos, a partir dos 16 (dezesesseis anos), salvo manifestação em contrário. Assim, a nova redação trazida pelo Senador dispõe:

“Art. 4º Fica presumida a autorização para doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, de pessoas maiores de 16 (dezesesseis) anos, para finalidade de transplantes ou terapêutica post mortem, salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta Lei.

§ 6º Todo indivíduo que não queira ser doador de órgãos e tecidos deverá registrar em documento público de identidade, o seu desejo de não ser doador de órgãos e tecidos.

§ 7º A manifestação de vontade em documento público de identidade poderá ser reformulada a qualquer momento, devendo o órgão responsável realizar imediatamente, no documento, a nova declaração de vontade, bem como, comunicar o Sistema Nacional de Transplantes – STN.

§ 8º A autorização para doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano de menor de 16 (dezesesseis) anos ou de pessoa que por deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, dependerá da autorização do parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o quarto grau inclusive.

§ 9º No caso de dois ou mais documentos legalmente válidos com opções diferentes, quanto à condição de doador ou não, do morto, prevalecerá aquele cuja a manifestação for mais recente.” (NR)

Observa-se que, a nova redação proposta não limita a manifestação de vontade daquele que escolhe se manifestar contrário. Entretanto, se utilizando das técnicas da arquitetura de escolhas, torna a manifestação em contrário como uma ação a ser

tomada pelo indivíduo, bem como, a não manifestação, como a aceitação tácita à doação, sem que seja necessária uma ação.

Nesse contexto, observa-se que ainda existem as duas possibilidades: ser ou não o doador de órgãos. No entanto, a mudança ocorre na apresentação das possibilidades ao indivíduo, que terá sua inércia resultando na doação, de modo a buscar influenciar sua escolha.

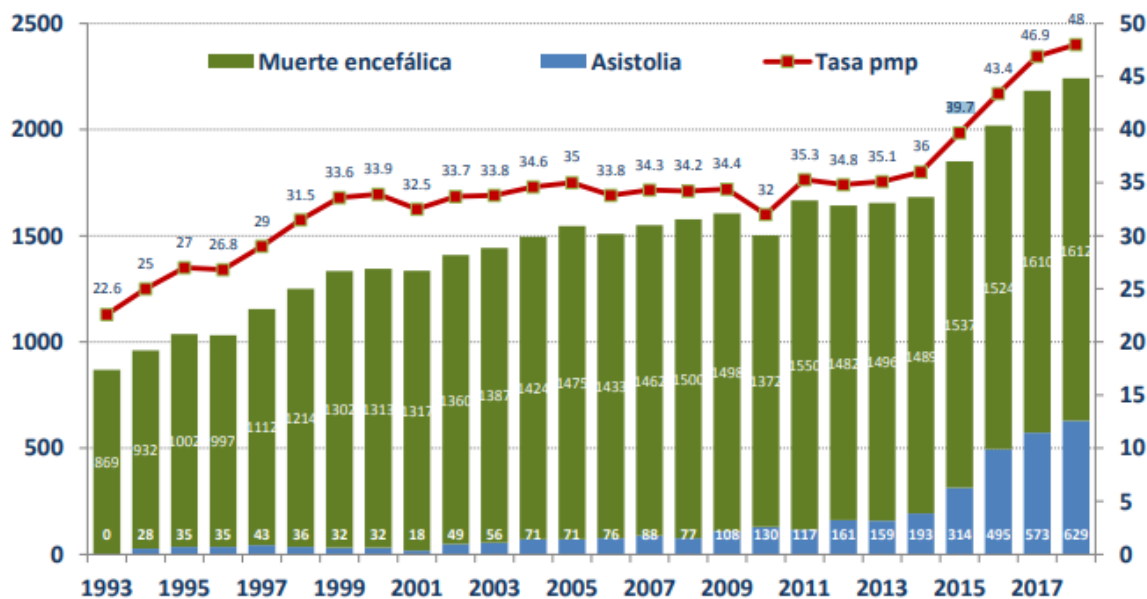
4.1 A EFICÁCIA DA ARQUITETURA DE ESCOLHAS QUANDO ACOMPANHADOS DE OUTRA ESTRATÉGIAS ESTATAIS E O SISTEMA DE DOAÇÃO DE ÓRGÃOS ADOTADO NA ESPANHA

O modelo de doação presumida, o qual é apresentado no capítulo anterior, já adotado e rapidamente revogado no Brasil, não permitiu que se pudesse auferir sua eficácia, no entanto, este é o modelo adotado por alguns países por todo o globo, dentre eles a Espanha.

A Espanha é líder mundial em doadores de órgãos, e segundo dados do MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, no ano de 2019 atingiu a marca de 48,9 doadores p.m.p. O país conta com um plano de doação, que estabelece como meta de doação a marca de 50 doadores pmp, até o ano de 2022, o chamado “Plan 50x22”, mas que sofreu interferência em 2020 e 2021, por conta da pandemia do Covid-19. no entanto, gráficos do próprio Ministério de Sanidad, Consumo y Bienestar Social indicam que o país, entre 2015 e 2019 passou de 39,7 doadores p.m.p, no ano de 2015, para 48,9 doadores p.m.p, no ano de 2019.

Enquanto isso, o Brasil contava com 18,1 doadores p.m.p no ano de 2019, sendo que no ano de 2015 este contava com 14,1, o que representou um aumento de 4 doadores p.m.p em 4 anos, contra 9,2 p.m.p de aumento na Espanha, nos mesmos 4 anos, como pode ser aferido pelo gráfico à seguir:

GRÁFICO 1 - NÚMERO TOTAL E TAXA ANUAL (pmp) DE DOADORES DE ÓRGÃOS NA ESPANHA
1993 - 2018



Fonte: ACTIVIDAD DE DONACIÓN Y TRASPLANTE ESPAÑA 2018 (ONT, 2018)

O sucesso do modelo de doação de órgãos adotado pela Espanha é inegável e, no ano de 2017, conforme informações do jornal The Guardian, a França tornou o consentimento presumido como regra para doação de órgãos e tecidos, visando aumentar o número de doadores. Tal mudança passou a considerar todos como doadores, a menos que houvesse a inscrição em um registro oficial de optantes pela não doação. A nova legislação acompanha o modelo espanhol de transplantes, o qual é considerado um país referência em doação e transplantação e adota o modelo de presunção.

Tal mudança se deu após a morte de 553 pacientes que faziam parte da lista de espera, conforme relatam Coelho e Bonella:

Em sentido contrário, com 5.746 transplantes realizados em 2015 e após a morte de 553 dos 21 mil pacientes que aguardavam na lista de espera, a França promulgou sua Lei de Saúde. A deliberação estabelecia que, a partir de 1º de janeiro de 2017, quem se opusesse ao consentimento presumido deveria se manifestar formalmente e inscrever sua recusa no registro nacional, pela internet ou em documento assinado entregue a um parente. A mera recusa oral por parte dos familiares não é mais aceita no país.(COELHO, BONELLA, 2019, online)

Posto isto, é possível atribuir a adoção do modelo de doação presumida como uma estratégia para aumento do número de doações efetivas, que implicará diretamente no aumento do número de pessoas alcançadas pela obtenção de um novo órgão. Outrossim, com uma maior oferta de órgãos, é possível que se ocorra a desestimulação do mercado negro de órgãos, visto que estes serão mais facilmente encontrados no Sistema Único de Saúde.

Ademais, como já pontuado, as razões para o veto da legislação brasileira que presumia a doação traz a inaplicabilidade pela comunidade médica, no entanto, Gustavo Henrique de Freitas Coelho e Alcino Eduardo Bonella, ao realizarem um estudo comparativo entre o modelo de transplantes adotado na Espanha e no Brasil pontuam que:

De acordo com a lei espanhola, toda pessoa falecida é presumidamente doadora de órgãos, a menos que tenha manifestado opinião contrária em vida. Ainda assim, na prática, os familiares são sistematicamente consultados, tendo sua opinião respeitada. (COELHO, BONELLA, 2019, online)

Assim, mesmo com o modelo de doação presumida, o corpo médico continua a consultar os familiares respeitando sua opinião, demonstrando que a utilização de apenas estratégia de rompimento total com a relação familiar não é a adotada na prática do país que é um exemplo internacional. Nesse contexto, os autores também pontuam que “Portanto, fica evidente que não é possível atribuir o sucesso do “modelo espanhol de transplantes” e o crescimento do índice de doação PMP a uma só estratégia, mas à estruturação geral do sistema de saúde.”(COELHO; BONELLA, 2019, online)

Isso demonstra que o modelo de presunção se mostra como uma mudança inicial, que deve ser acompanhada por outras medidas, que viabilizem a aceitação familiar e incentive o indivíduo a confiar no sistema, pois este se demonstra eficaz para seus fins.

Diante disso, é preciso pontuar que os mesmos esforços para incentivar as pessoas a conscientizarem seus familiares, no modelo de doação atual, deve ser empregado como forma de expor à população os benefícios da doação presumida, não bastando a mudança, se esta não for acompanhada da aceitação da população.

CONCLUSÃO

O Sistema Nacional de Transplantes (SNT), responsável por gerir a doação de órgãos e tecidos no Brasil, é regido pela Lei nº 10.211, de 2001. Assim, embora com diversas mudanças na legislação, esta impõe a necessidade de autorização familiar para a efetivação da doação dos órgãos do ente familiar falecido.

Ocorre que, esse sistema tem se mostrado ineficaz para atender ao contingente de pessoas que têm esperado na fila para receberem um transplante de órgãos, o que tem resultado em números elevados de mortes de pessoas cadastradas. Dessa forma, a garantia do direito à vida foi colocada em segundo plano, priorizando a vontade familiar acerca do destino dos órgãos.

Ademais, ao se observar outros casos em que o Estado é chamado a ponderar quais dos direitos deverá prevalecer, nota-se a prioridade estatal em garantir que o direito à vida seja efetivado, frente aos demais direitos, o que não ocorre quando trata-se da doação de órgãos e tecidos.

Diante disso, no presente trabalho objetivou-se discutir quais dos direitos devem prevalecer na temática da doação de órgãos e tecidos no Brasil, haja vista que a Constituição Federal elenca no rol de direitos fundamentais o direito à vida e à liberdade. Assim, aborda-se que a previsão legislativa que impõe a consulta aos familiares acerca do destino dos órgãos do ente falecido entra em conflito com os direitos fundamentais de vida e liberdade, de forma contrária à previsão constitucional.

Na busca pela resolução do conflito entre a norma e a constituição, apresenta-se como uma alternativa imediata a aplicação de uma interpretação conforme a

constituição, de modo a aplicar a previsão de consulta aos familiares, trazida pela Lei nº 10.211, de 2001, apenas aos casos em que não houver expressa manifestação do potencial doador, favorável à doação.

Não obstante, ressalta-se que a legislação atual sobre o tema das doações entra em conflito não apenas com o direito à vida dos indivíduos que podem ser beneficiados com os órgãos transplantados dos indivíduos falecidos, mas também suprime o desejo daquele que em vida decide por doar seus órgãos, seja com a finalidade solidária e altruísta ou por acreditar em algo para além disso, no momento em que opta por retirar do indivíduo o direito de manifestação em vida e entregá-lo aos seus familiares, permitindo que estes sejam contrários àquilo que o pertencente dos órgãos desejava para si.

Sob a perspectiva de que há violação do direito à vida dos que já esperam na fila dos transplantes, bem como, daqueles que no decorrer dos anos irão fazer parte desta longa espera, a proposta de mudança legislativa, resgatando o disposto na Lei nº 9.434 de 1997, revogada pela legislação atual, faz-se como uma tentativa de aumentar o número de doadores efetivos, ao estabelecer que todos serão doadores, em regra, sem que haja o questionamento da família no ato do falecimento.

No entanto, para garantir o direito à liberdade de escolha daquele de quem serão retirados os órgãos, permite-se àquele que optar pela não doação, que em vida se manifeste contra a doação, necessitando de uma ação de para que este faça parte da lista de não doadores e possua em seus documentos o registro de sua escolha.

O modelo de doação presumida, embora já tenha sido adotado no Brasil, não foi adotado por tempo suficiente para se aferir seus resultados. Dessa forma, para efeitos de comparação, utilizou-se de índices dos resultados da Espanha, país que adota a doação presumida como regra na doação de órgãos e se mostra há longos anos como líder mundial em doação de órgãos e tecidos.

Tal comparação tem por objetivo demonstrar que a doação presumida não retira dos que não possuem interesse em doar seus órgãos sua autonomia de decidir sobre o

seu *post-mortem*, e amplia as possibilidades daqueles que possuem o interesse de doar e que em países como o Brasil, em que a doação passa por aprovação familiar, mas que, em muitos casos não teriam sua decisão respeitada.

Outrossim, por meio da arquitetura de escolhas, estima-se ampliar o número de doadores, apenas pelo fato de sua inércia levar à doação e de a não doação necessitar de uma ação. Isso porque, embora as mesmas possibilidades estejam disponíveis no modelo de doação presumida que permite manifestação contrária, para se demonstrar contrário, deve se fazer um esforço maior. Assim, aqueles que deixarem sua decisão para um outro momento, ou não quiserem se manifestar, serão considerados doadores, o que resultará numa maior oferta de órgãos e tecidos.

Por todo exposto, a adoção do modelo de doação de órgão e tecidos de maneira presumida, com a opção de manifestação de vontade contrária se mostra com diversos benefícios ao Estado brasileiro, na busca pelo aumento de doadores. Assim, a interferência estatal de maneira efetiva, se inspirando em um modelo adotado pelo país líder por vários anos na doação de órgãos, pode ser vista como uma forma de garantir o mínimo para a existência de todo ser humano residente no Brasil, mas garantindo o direito de se manifestar de forma contrária, de modo a aliar vida e liberdade.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, S.C.S. **Doação de órgãos e tecidos: a vivência dos familiares de crianças e adolescentes doadores.** Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/8858/silvia_final%20PDF.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 25 mar. 2020.

ALVES, Cleber Francisco. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTES. **Dimensionamento dos Transplantes no Brasil e em cada estado.** Disponível em <<http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/RBT/2019/RBT-2019-leitura.pdf>> Acesso em 26 mar. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial;** tradução Humberto Laport de Mello. – 3. reimpressão. – Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo /** Luís Roberto Barroso. – 9. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. 576 p. Livro Digital. Acesso em: 03 set. 2022.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. **Decreto N° 592, de 6 de julho de 1992.** Atos Internacionais. Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Executivo. 06 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 05 out. 2022.

BRASIL. **Lei n. 4.280, de 06 de nov. de 1963.** Dispõe sobre a extirpação de órgão ou tecido de pessoa falecida. Brasília, DF nov. 1963 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm> Acesso em: 08 abril 2020.

BRASIL. **Lei n. 5.479, de 10 de ago. de 1968.** Dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes de cadáver para finalidade terapêutica e científica, e dá

outras providências. Brasília, DF ago. 1968 Disponível em:<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htmhttp://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> Acesso em: 08 abril 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.489, de 18 de nov. de 1992.** Dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, com fins terapêuticos e científicos e dá outras providências. Brasília, DF. nov. 1992 Disponível em:<
<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8489-18-novembro-1992-363720-publicacaooriginal-1-pl.html>> Acesso em: 08 abril 2020.

BRASIL. **Lei n. 9.434, de 04 de fev. de 1997.** Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Brasília, DF fev. 1997 Disponível em:<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm> Acesso em: 08 abril 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Doação de Órgãos: transplantes, lista de espera e como ser doador.** Disponível em:
<<https://saude.gov.br/saude-de-a-z/doacao-de-orgaos>> Acesso em: 25 mar. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Mensagem de veto nº 242 de 23 de março de 2001.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/2003/Mv07-03.htm>.
Acesso em: 25 set. 2022.

CIOATTO, Roberta Marina; PINHEIRO, Adriana de Alencar Gomes. **Transplante de órgãos no Brasil: a temática não pode ser declarada morta.** Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, v. 18, n. 3, p. 177-214, set./dez. 2017.
Disponível em:
<<https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1130>>. Acesso em: 27 out. 2022.

COELHO, Gustavo Henrique de Freitas; BONELLA, Alcino Eduardo. **Doação de órgãos e tecidos humanos: a transplantação na Espanha e no Brasil.** Disponível em: <https://www.scielo.br/j/bioet/a/Y85LHYRFXvFLsYzT4qDXQkK/?lang=pt>. Acesso em: 30 out. 2022.

ESPAÑA. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. **La Organización Nacional de Trasplantes presenta su balance de actividad en 2019.** Madrid: MSSSI; 2020. Disponível:
<http://www.ont.es/Documents/BALANCE%20DE%20ACTIV%20DONACI%C3%93N%20Y%20TRASPLANTE%202019_2.pdf> Acesso em: 28 out. 2022.

ESPAÑA. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. **Memoria actividad donación y trasplante. España 2018**. Madrid: MSSSI;2018. 2022. Disponível em: <<http://www.ont.es/infesp/Memorias/Actividad%20de%20Donaci%C3%B3n%20y%20Trasplante.pdf>> Acesso em: 28 out.2022.

FRANCISCHETTO, Gilsilene Passon P. e CARONE, Julia Silva. **A regularização do território quilombola de retiro: os desafios para o atingimento do mínimo existencial**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 6, p. 81-115, jun./dez. 2009. Disponível em: <<https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/72>>. Acesso em: 23 out. 2022.

GOIATÁ, Sarah Rêgo; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **As diretivas antecipadas de vontade na política de doação de órgãos**. Jus Navegandi, nov. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/33626/as-diretivas-antecipadas-de-vontade-na-politica-de-dacao-deorgaos>>. Acesso em: 20 out. 2022.

GOLDIM, José Roberto. **Consentimento presumido para doação de órgãos A situação brasileira**. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/trancpbr.htm>> Acesso em: 29 maio 2020.

LOPES NETO, Christiano Dias. **Controle judicial de políticas públicas: a legitimidade do poder judiciário interferir nas escolhas administrativas para garantir a concretização do mínimo existencial**. 2014. 109 f. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais) - Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2014. Disponível em: <<http://repositorio.fdv.br:8080/handle/fdv/219>>. Acesso em: 24 set. 2022.

MARTINS, Senador Lasier. **Projeto de Lei do Senado nº 453/2017**. Altera o caput do art. 4º da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, a fim de tornar explícito que o consentimento familiar, no caso de doação de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para depois da morte, só se faz necessário quando o potencial doador não tenha, em vida, se manifestado expressa e validamente a respeito. Brasília: Senado, 21 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131654>>. Acesso em: 08 abril 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. São Paulo: Saraiva, 2014. Livro digital.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

OLIMPIO, Senador Major. **Projeto de Lei nº 3176/2019**. Altera a Lei nº 9.434/97 e a Lei nº 8.072/90, para tornar presumida a doação de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, tornar hediondos os crimes que especifica, permitir campanhas para arrecadação de fundos para financiamento de transplante ou enxerto e dá outras providências. Brasília: Senado, 28 de maio de 2019. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137006>>. Acesso em: 08 abril 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Artigo 3: Direito à vida**. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>> Acesso em 26 maio 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal de Direitos Humanos**, 1948 Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>> Acesso em 11 de out. de 2021.

PEDRA, Adriano Sant'Ana; MORAES, Diego Pimenta. **A criação de microrregiões como critério preponderante na fila única de transplantes de órgãos: uma proposta de participação popular por aproximação**. Revista de Direito Sanitário, São Paulo v. 11, n. 3 p. 155-173 Nov. 2010/Fev. 2011. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13226>>. Acesso em 03 out. 2022.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **A dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 252, p. 15-24, set-dez 2009.

TARDIN, Rodrigo Bassetti. **O mínimo existencial como pressuposto à intervenção do poder judiciário no controle de políticas públicas**. 2011. 163 f. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais) - Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2011. Disponível em: <<http://repositorio.fdv.br:8080/handle/fdv/80>>. Acesso em: 20 out. 2022.

THALER, R. H., & SUNSTEIN, C. R. (2008). **Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness**. London: Penguin Books. Apud NUNES, Marcelo de Oliveira; DIB, Luís Antônio da Rocha. **Arquitetura de escolhas na tomada de decisão de turistas no contexto da pandemia de covid-19**. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbtur/a/7xJkYvBLdMZVL759CGGh7zm/>. Acesso em: 02 nov. 2022.