

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

FÁBIO MAGALHÃES BARBETTA

**TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS HUMANOS: DOADORES EM POTENCIAL E
A AUTONOMIA DA VONTADE**

São Paulo

2023

FÁBIO MAGALHÃES BARBETTA

Trabalho de Graduação Interdisciplinar
apresentado como requisito para obtenção
do título de Bacharel no Curso de Direito
da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

ORIENTADOR. JOSÉ DE RESENDE JUNIOR

São Paulo

2023

FÁBIO MAGALHÃES BARBETTA

TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS HUMANOS: DOADORES EM POTENCIAL E A
AUTONOMIA DA VONTADE

Trabalho de Graduação
Interdisciplinar apresentado como
requisito para obtenção do título de
Bacharel no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Aprovad(o)a em:

BANCA EXAMINADORA

Examinador(a):

Examinador(a):

Examinador(a):

Resumo

O transplante de órgãos e tecidos humanos representa um dos maiores avanços da medicina desde o século XX, sendo, por vezes, a última alternativa terapêutica, em casos de falência de órgãos. No entanto, este assunto ainda desperta muitas polêmicas na sociedade. Uma série de estudos retrospectivos, em diversos países, demonstraram que as taxas de doação estão consideravelmente abaixo da demanda, o que justifica uma análise mais profunda sobre as causas, assim como o desenvolvimento de políticas públicas capazes de estimular a doação de órgãos e tecidos humanos. Com a introdução da Lei nº 10.211 / 2001, e alteração da Lei dos Transplantes, a previsão legal do consentimento presumido para a doação de órgãos é revogada do ordenamento jurídico brasileiro. Retoma-se, portanto, a obrigatoriedade da autorização familiar, independente da vontade do potencial doador, quando em vida, comprometendo-se a autonomia da vontade, princípio este fundamental na Bioética, na teoria Ética de Kant, e expresso Código Civil, de 2002, e Código de Ética Médica, de 2019. Ainda que o consentimento presumido seja considerado por alguns como uma importante inovação legislativa capaz de aumentar as taxas de doadores, e conseqüentemente, de transplantes, deve-se também resguardar o princípio da autonomia da vontade, ou seja, uma pessoa, consciente, e apta a decidir, por si, sobre seu próprio corpo após a morte.

Palavras chaves: Transplante de órgãos. Autonomia. Kant

Abstract

Transplantation of human organs and tissues represents one of the greatest achievements in medicine since the 20th century, sometimes being the last therapeutic alternative in cases of organ failure. However, this subject still raises many controversies in society. A series of retrospective studies in several countries have shown that donation rates are considerably below demand, which justifies a deeper analysis of the causes, as well as the development of public policies to increase donation rates of human organs and tissues. Following enactment of Law nº 10.211 / 2001, and amendment of the Law of Organ Transplantation, legal provision of presumed consent for organ donation was revoked from the Brazilian legal system. Therefore, requirement for family approval for donation was reestablished, regardless of the will of the potential donor, while he was alive. There is so forth a commitment of the autonomy of the will, a fundamental principle in Bioethics, in Kant's Ethical theory, and expressed in the Civil Code of 2002 and Code of Medical Ethics of 2019. Although presumed consent is considered by some as an important legislative innovation capable of increasing donor rates, and consequently, transplants, the principle of autonomy of will must also be safeguarded, that is, a person, aware and able to decide for himself about his own body after death.

Key words: Organ Transplantation. Autonomy. Kant.

Sumário

Introdução.....	7
1. Transplante de órgãos e tecidos humanos.....	9
1.1. Histórico.....	9
1.2. Terapias de substituição aos transplantes: Promessas para o futuro.....	12
1.3. Sistema Nacional de Transplante (SNT): Brasil.....	14
2. Transplante de órgãos: Aspectos jurídicos.....	18
2.1. Consentimento presumido e manifestação expressa da vontade: aspectos gerais.....	20
2.2. Consentimento presumido: histórico legislativo no Brasil.....	21
2.3. Consentimento presumido: Experiência internacional.....	23
2.4. <i>Organización Nacional de Transplantes</i> (ONT): Modelo espanhol.....	27
2.5. Taxas de doadores em potencial e efetivos: Recusa familiar.....	28
2.6. Consentimento informado e diretiva antecipada da vontade: aspectos gerais.....	31
2.7. Princípio da Solidariedade.....	33
3. Princípio da autonomia da vontade.....	36
3.1. Princípios da Bioética: Não maleficência, beneficência, autonomia e justiça.....	39
3.2. Teoria Ética de Kant: Imperativo categórico e autonomia.....	41
3.3. Doação de órgãos em Kant: Beneficência e automutilação.....	43
Conclusões.....	46
Referências.....	48

INTRODUÇÃO

O transplante de órgãos representa um dos maiores avanços da medicina no século XX, sendo, por vezes, a última alternativa terapêutica, em casos de falência de órgãos. No entanto, este assunto ainda desperta muitas polêmicas, ampliando o debate na sociedade. Trata-se de uma terapia definitiva em casos de falência renal, cardíaca, ou pulmonar, e estudos revelam que pacientes submetidos aos transplantes apresentam os melhores resultados em termos de sobrevida, qualidade de vida, assim como menores custos aos sistemas de saúde (ETHEREDGE, 2021).

De acordo com o Ministério da Saúde, doação de órgãos é o “ato por meio do qual podem ser doados partes do corpo, sejam órgãos ou tecidos de uma pessoa (doador), para serem utilizados no tratamento de outra pessoa (receptor), com a finalidade de se reestabelecer as funções de um órgão ou tecido doente”, podendo salvar vidas. Por transplante de órgãos, entende-se “um procedimento cirúrgico em que um órgão ou tecido presente na pessoa doente (receptor), é substituído por um órgão ou tecido sadio proveniente de um doador. De um doador é possível obter vários órgãos e tecidos para realização do transplante”.

No entanto, em análises de séries históricas, observa-se que, em diversos países, as taxas de doação de órgãos e tecidos humanos encontram-se consideravelmente abaixo da demanda.

Desta forma, com base em revisão bibliográfica, de publicações nacionais e internacionais, o estudo apresenta metodologia qualitativa-descritiva, com a apresentação de dados acerca da evolução dos transplantes nas ciências médicas, assim como as perspectivas para o futuro. Além disto, busca aprofundar a análise das causas da baixa taxa de doadores efetivos, incluindo dados sobre infraestrutura técnica, capacitação profissional e motivação cultural e / ou religiosa para a recusa da doação. Por meio de experiências internacionais, discute-se, também, a pesquisa aplicada acerca das políticas públicas mais eficazes para o aumento no número de doadores.

No segundo capítulo, são discutidos os aspectos jurídicos relacionados aos sistemas nacionais de transplantes de órgãos, incluindo o consentimento presumido, e a exigência de autorização da família após a morte. Com a retomada da exigência da autorização da família sobre a disposição do corpo do falecido para a doação de órgãos e tecidos humanos, pode-se inferir o comprometimento do princípio da autonomia da vontade.

Alguns defendem o consentimento presumido, nos termos de projetos de lei, em

trânsito no Congresso, como uma importante ferramenta para o aumento nas taxas de doação. Ainda que o referido instituto possa tomar por base o princípio constitucional da solidariedade, pode-se também inferir o risco a outro princípio constitucional, o da autonomia da vontade, em caso de ausência de conscientização e esclarecimentos necessários, ainda em vida, para a disposição do próprio corpo após a morte.

Enquanto isso, no terceiro capítulo, observa-se a relevante presença do princípio da autonomia da vontade, nos princípios da bioética, e na teoria ética de Kant, que são influentes teorias éticas na discussão acerca da doação de órgãos. Pode-se, desta forma, inclusive, correlacionar a discussão com um aparente conflito entre os princípios da autonomia da vontade e da solidariedade.

Por fim, busca-se aprofundar a discussão sobre os transplantes de órgãos, em território nacional, assim como sobre a necessidade de políticas públicas mais abrangentes, para além das inovações legislativas, com a finalidade de aumento da oferta de órgãos e tecidos humanos, e portanto, atendimento da demanda por transplantes, tanto no presente quanto em consideração às expectativas futuras.

1. TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS E TECIDOS HUMANOS

1.1. HISTÓRICO

Observam-se referências acerca dos transplantes de órgãos desde as civilizações antigas, por meio de lendas e mitologia, em que deuses e curandeiros, usavam corpos de cadáveres e animais. Os primeiros registros históricos de transplantes, no entanto, aconteceram por volta de 1500 a.c., sobre enxertia de pele como tratamento de queimaduras, sendo as primeiras cirurgias plásticas com enxertos da camada profunda da pele, por volta de 600 a.c (NORDHAM, 2022).

No entanto, o primeiro transplante de sucesso da epiderme (camada superficial da pele), foi devidamente documentado apenas em 1869. O cirurgião Otto Lanz teria dito, em 1874, para que seus colegas não zombassem das técnicas de substituição de órgãos não funcionais por outros saudáveis. Isto porque até 1800, o corpo humano era visto como uma unidade funcional de cada indivíduo, interagindo com o meio ambiente, sendo as doenças causadas por distúrbios no equilíbrio interno, em razão de fatores ambientais, ou maus hábitos de vida.

A substituição de um órgão foi considerada apenas após a segunda metade do século XIX, quando os cirurgiões passaram a entender o corpo humano como um conjunto de órgãos e tecidos com funções específicas, utilizando-se de técnicas cirúrgicas para a remoção de um órgão ou tecido doente ou a restauração de sua função (SCHILICH, 2011). A tireoidectomia (remoção da glândula tireoide), em casos de bócio, por exemplo, foi realizada pela primeira vez em 1872, numa época em que não se conhecia nem a função tireoidiana, nem a etiologia do bócio. Foram anos para que se percebesse os sinais e sintomas clássicos do hipotireoidismo pós-operatório, assim como o cretinismo em crianças. Desta forma, com o objetivo de reversão do hipotireoidismo pós-operatório, em julho de 1883, Kocher transplantou tecido tireoidiano a um paciente pós tireoidectomia radical, sendo este considerado o primeiro transplante de órgãos, da era moderna.

A deficiência de órgãos específicos passa a ser reconhecida, portanto, como importante causa de determinadas doenças, e o alotransplante (órgão vem de outro ser humano) e o xenotransplante (órgão vem de outra espécie), de pâncreas, ovários, testículos, glândulas suprarrenais, dentre outros, utilizados no tratamento destes pacientes (SCHILICH, 2011).

Em 1905, foi realizado o primeiro transplante de coração em um cachorro, e em 1906,

experimenta-se o xenotransplante renal de porcos e ovelhas para pacientes humanos. Por volta de 1900, consolida-se, portanto, a idéia de transplante de órgãos, com remoção de órgãos doentes e a substituição por saudáveis, com importantes avanços em pesquisa científica (SCHILICH, 2011).

Em 1914, teoriza-se que o sistema imunológico poderia ser a causa da rejeição após o transplante de órgãos, com pesquisas sobre o bloqueio linfocitário no hospedeiro com radiação, benzeno, ou esplenectomia, sendo os resultados satisfatórios apenas com a irradiação. Os imunossupressores conhecidos eram de alto risco, concluindo-se que ainda que os avanços em transplantes de órgãos fossem surpreendentes na época, as limitações técnicas impediram a adoção na prática clínica. Desta forma, o transplante de órgãos, foi gradualmente abandonado após a Primeira Guerra Mundial, sendo que em 1945, uma nova geração de cientistas e cirurgiões redescobriram o transplante de órgãos, até que em 1960 o transplante de órgãos tornou-se não apenas praticável, como também um método terapêutico representativo daquilo que a cirurgia moderna poderia atingir, não sendo mais passível de zombaria (SCHILICH, 2011).

O primeiro transplante renal de sucesso, com sobrevida de 8 anos, ocorreu em 1953, num paciente de 22 anos, com doação de rim de irmão gêmeo idêntico. Em 1959, foi realizado um transplante renal entre irmãos não gêmeos, com sobrevida de 25 anos, sendo o receptor submetido a uma dose subletal de irradiação de medula óssea, de corpo inteiro. Em 1962, Murray realizou o primeiro transplante entre indivíduos não relacionados, sendo um marco importante, por ser o primeiro caso de sucesso a partir de doador post mortem. Entre 1963 e 1964, seis pacientes receberam rins de chimpanzés (xenotransplante), com aumento da busca de alternativas aos escassos órgãos de fonte humana; situação esta que se estende até a atualidade; com sobrevida de 11 dias e 9 meses (NORDHAM, 2022).

Em 1963, um paciente com traumatismo craniano grave, com medidas de ressuscitação não satisfatórias, foi diagnosticado em estado de coma profundo. A ventilação artificial garantia a preservação da oxigenação dos órgãos. A direção do hospital, então, aprovou o transplante renal, sendo a primeira doação após a morte cerebral, como conhecida hoje. Nordham lembra que até 1959, conhecia-se apenas a morte cardíaca. Em 1967, Barnard, na África do Sul, transplantou o primeiro coração no mundo, sendo o doador de 25 anos, vítima de acidente automobilístico, com morte cerebral. A legislação sul-africana era vaga e dizia que um paciente seria considerado morto, após um médico atestar a morte. Barnard então desligou o suporte respiratório e em 6 minutos declarou ausência de atividade cardíaca. O receptor morreu em 18 dias após o transplante.

No entanto, enquanto o transplante cardíaco impressionava o mundo, muitos questionavam se a remoção do coração não seria a causa de morte do doador. (NORDHAM, 2022).

Pode-se afirmar, também, que o diagnóstico de morte encefálica se mostra um desafio até os dias atuais, contribuindo negativamente para a doação de órgãos e tecidos humanos.

1.2. TERAPIAS DE SUBSTITUIÇÃO AOS TRANSPLANTES: PROMESSAS PARA O FUTURO

A demanda por transplante de órgãos e tecidos, como terapia definitiva, deve aumentar nas próximas décadas, apesar das melhorias em saúde pública, com foco em diagnóstico precoce e tratamento regular de doenças crônicas. As estatísticas alertam para a maior expectativa de vida, e declínio gradual, relacionado à idade, da função do coração, rins, e outros órgãos. Além disso, métodos diagnósticos, em desenvolvimento, poderiam detectar doenças letais muito antes das manifestações clínicas, levando tanto os médicos quanto os pacientes à cirurgia de reposição preventiva de órgãos. Desta forma, “os transplantes preventivos” poderiam aumentar, dramaticamente, a demanda por órgãos, assim como modificar os conceitos sobre o que deve ser considerado boa qualidade de vida, ou função normal de órgãos e tecidos, por idade, por exemplo (CASCALHO; PLATT, 2006).

As técnicas relacionadas ao alotransplante evoluíram, consolidando o mesmo como a terapia mais importante para a falência de órgãos. Por outro lado, os xenotransplantes foram progressivamente abandonados (CASCALHO; PLATT, 2022). No entanto, a oferta de órgãos e tecidos humanos consideravelmente aquém da demanda por transplantes, tem motivado a pesquisa de terapias alternativas. O primeiro transplante cardíaco de um porco, geneticamente modificado, para um homem, de 57 anos, ocorreu em 2022. O enxerto funcionou aceitavelmente por 7 semanas, mas entrou em falência por razões ainda não esclarecidas, com óbito do receptor 11 dias após (GRIFFITH, 2022). Platt lembra que até 30 anos atrás, a incompatibilidade imunogênica entre as espécies seria um postulado do fracasso invariável nos xenotransplantes, no entanto, avanços científicos podem mudar significativamente esta realidade, retomando esta modalidade como uma promessa para o futuro (CASCALHO; PLATT, 2022). Dentre as vantagens principais dos xenotransplantes, citam-se as maiores reservas e custos mais baixos de produção.

Observa-se, também, crescentes investimentos em pesquisa científica em demais alternativas, como dispositivos implantáveis, engenharia de tecidos e medicina regenerativa, por exemplo (CASCALHO; PLATT, 2006).

É difícil imaginar, no entanto, que dispositivos implantáveis possam substituir o alotransplante num futuro próximo. O primeiro transplante de coração artificial, em humanos, ocorreu em 1982, nos EUA, tendo sido realizado em mais de 150 pacientes durante a década de 90, enquanto os receptores aguardavam doadores. Em relação às células pluripotentes, ainda

que possam se proliferar e diferenciar em células maduras de qualquer tecido, existem significativas limitações tecnológicas.

Desta forma, considerando a expectativa de aumento na demanda por órgãos e tecidos humanos, nas próximas décadas, assim como a inexistência de alternativas de substituição, para a prática clínica, no futuro próximo, deve-se reforçar a necessidade de políticas públicas capazes de garantir o aumento nas taxas de doação de órgãos humanos (CASALHO; PLATT, 2006).

1.3. SISTEMA NACIONAL DE TRANSPLANTES (SNT): BRASIL

A aceitação popular aos transplantes cresceu nas últimas décadas, inclusive pela maior regulamentação e organização dos serviços. O primeiro envolvimento governamental em transplantes foi o *National Uniform Anatomical Gift Act*, nos EUA, em 1967, permitindo que doadores em potencial doassem seus órgãos ou tecidos após a morte. Critérios para a morte cerebral foram estabelecidos em 1968 por um comitê na *Harvard Medical School*, reduzindo controvérsias acerca da doação de órgãos post mortem, entre familiares e hospitais (NORDHAM, 2022).

Nos EUA, até a década de 60, cada serviço era responsável, isoladamente, pelo reconhecimento dos potenciais doadores, assim como pela recuperação dos órgãos, sem integração com os demais serviços. Em 1977, a implantação do *United Network for Organ Sharing* (UNOS), aumentou as chances de compatibilidade entre doadores e receptores em diversas instituições. Em 1984, o *National Organ Transplant Act* criou uma rede nacional para doação e transplante de órgãos (NORDHAM, 2022).

Ainda nos EUA, em 2013, expandiram-se os critérios para doadores, com maiores possibilidades de compatibilidade com os receptores. Uma vez excluídos das doações, pacientes portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV), por exemplo, hoje podem doar para pacientes com o mesmo estado sorológico. Tratamentos atuais contra o vírus da hepatite C permitem o transplante de órgãos de doadores positivos para o vírus da hepatite C, e na sequência o tratamento e a cura. Desde o início da série histórica do *Organ Procurement and Transplant Network*, em 1988, mais de 800.000 transplantes foram realizados apenas nos EUA. Ainda assim, em 2022, mais de 110.000 pacientes aguardavam na lista de espera do UNOS, com a esperança de sobrevivência ou melhora na qualidade de vida (NORDHAM, 2022).

No Brasil, foi realizado em 1964, o primeiro transplante de rim e em 1968, de coração, fígado e pâncreas, estabelecendo-se uma política nacional apenas em 1997. Naquela época, haviam menos de 3 doadores por milhão de população (pmp), com crescimento para 20 pmp, em 2014 e queda para 16,9 pmp, em 2019, sendo a meta atual de 24 pmp (CRUZ, 2019).

Nos termos da Lei dos Transplantes, o Sistema Nacional de Transplantes (SNT), do Ministério da Saúde, integra as secretarias de saúde de todos os estados e municípios (BRASIL, 1997). A Portaria 2.600, de 2009, aprova o regulamento técnico do SNT, que atua desde a captação de órgãos até o seguimento dos pacientes transplantados, concentrando-se principalmente na redução do tempo de espera dos pacientes em lista para receber órgãos e na melhoria da qualidade de vida dos pacientes (SAÚDE, 2009). O Brasil possui o segundo maior

programa público de transplante de órgãos, tecidos e células do mundo. Em números absolutos, está atrás apenas dos EUA, e o Sistema Único de Saúde (SUS) é responsável pelo financiamento de 95% dos transplantes realizados no país.

Observa-se também diferenças regionais na taxa de doadores por milhão de população. Em Santa Catarina e Paraná, por exemplo, as taxas foram maiores que nos EUA, enquanto no Amapá não houve registro de doadores. Enquanto 39.663 pessoas aguardavam na fila de espera, em 2018, em todo o território brasileiro, 22.668 transplantes foram realizados em 2017. Segundo Valter Garcia, “[...] o ideal seria que o número de transplantes no país fosse o mesmo do que a quantidade de pessoas nas filas. Mas a condição ideal não existe em qualquer país do mundo. A Espanha está próxima disso, mas não alcançou ainda”. Ele reforça a importância tanto do aumento no número de doadores, quanto da melhor utilização dos órgãos doados, com correção das disparidades regionais (CRUZ, 2019).

Valter Garcia também reforça as dificuldades de notificação de morte encefálica no Brasil, já que “apenas 70% das mortes encefálicas que ocorrem no país são detectadas. De cada 100 pessoas que morrem, uma morre em morte encefálica. E só essa pode ser doadora de órgãos. A gente imagina que tenha hoje, no Brasil, em torno de 20 mil mortes encefálicas por ano”, com limitações em equipamentos diagnósticos e especialistas capacitados (CRUZ, 2019).

Coelho informa que em 2006, o Tribunal de Contas da União (TCU), apresentou o “Relatório de avaliação de programa: Programa Doação, Captação e Transplante de Órgãos e Tecidos”, que reconhece a oportunidade do Brasil por ser o compor o maior sistema público de transplantes, no entanto, afirma que mesmo após 10 anos da Lei dos Transplantes, constata-se que “o sistema ainda não opera de forma plena, com falhas de planejamento, gestão, controle e avaliação [...] afetando a captação e o uso de órgãos quando não podem ser aproveitados no local onde foram obtidos” (COELHO, G.H.F; BONELLA, A.F, 2019).

Relata também as seguintes limitações: dificuldades para os exames pré-transplante pelo SUS; suspensão de serviços públicos de transplante e dificuldades de acesso (mais crítico para a população de baixa renda, já que “[...] os pacientes que realizam os exames para o transplante, pagando ou por meio de um plano de saúde, conseguem inscrever-se mais rapidamente nas listas de espera, e, por isso, são beneficiados [...]” (COELHO, G.H.F; BONELLA, A.F, 2019).

A revisão de 2014, da ONG Amar Brasil, aponta também, além das irregularidades identificadas pelo TCU em 2004: “o baixo índice de notificações de morte cerebral; insegurança dos responsáveis pelo diagnóstico de morte encefálica; falta de treinamento dos encarregados de entrevistar os familiares; baixo desempenho operacional das unidades qualificadas; sistema

de comunicação obsoleto; e falta de transporte (terrestre e aéreo) (COELHO, G.H.F; BONELLA, A.F, 2019).

Coelho conclui que:

“[...] apesar do grande número absoluto de transplantes no Brasil, o desempenho efetivo ainda é baixo. Em 2017, notificaram-se 10.629 potenciais doadores, mas apenas 3.415 procedimentos foram efetivados. A recusa familiar, como já mencionado, é o maior motivo de perda de doadores. Entre outras causas, além dos 1.232 casos de parada cardíaca do doador e 1.683 perdas atribuídas a outras razões, geralmente relacionadas a problemas logísticos ou operacionais, houve também 1.559 doações não concretizadas por contraindicação médica” (COELHO, G.H.F; BONELLA, A.F, 2019).

Coelho cita outras causas de insucesso, relacionadas à qualidade do órgão, de acordo com o estudo da AmarBrasil: avaliação clínica imprecisa do potencial doador; manutenção inadequada do corpo; problemas técnicos e demora na retirada dos órgãos; condições de embalagem; e elevado tempo de isquemia fria; falta de deslocamento adequado e eficiente.

Além disso, afirma que:

“[...] observando o cenário das últimas décadas e o que ocorre na Europa, para aumentar a quantidade de doadores, e principalmente lidar melhor com a questão da recusa familiar, é preciso desenvolver mais estratégias de marketing social com o objetivo de atribuir mais valor social à doação. Além disso, é necessário esclarecer o público quanto à irreversibilidade do estado de morte encefálica e atualizar a legislação em vigor, na direção da doação presumida, consentida ou combinada. Porém, devem ser realizados estudos-piloto sobre o custo e a eficácia de estratégias variadas e comparativas para aumentar a disponibilidade de órgãos de modo a monitorar os efeitos dessas políticas” (COELHO, G.H.F; BONELLA, A.F, 2019).

Dentre os aspectos éticos, cita-se a prioridade em:

“[...] conciliar os interesses dos que necessitam de órgãos (e de potenciais doadores) com a opinião da sociedade em geral e, no âmbito particular, com a família dos doadores. O segundo ponto diz respeito à articulação sistêmica entre legislação, publicidade, formação e organização de protocolos, além do financiamento adequado para que o aumento de doadores e transplantes seja mais rápido e consistente. Não basta apenas sensibilizar a população, é necessário também que existam profissionais de saúde capacitados para coordenar eficientemente o processo de doação, em seus aspectos operacionais e humanos. Ainda que a população esteja predisposta à doação de órgãos, o país precisa de um sistema de transplantes que realmente funcione, pois caso contrário a doação não se concretiza.” (COELHO, G.H.F; BONELLA, A.F, 2019).

No entanto, a lista de espera para receber um órgão ainda é grande, sendo fundamental a conscientização da população sobre a importância da doação de órgãos, assim como sobre as etapas do processo (SAÚDE, 2022).

2. TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS: ASPECTOS JURÍDICOS

Conforme a Lei dos Transplantes (1997), “A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica [...]” (BRASIL, 1997, Art. 3º).

Os critérios para o diagnóstico da morte encefálica foram atualizados pela Resolução nº 2.173 / 2017, do Conselho Federal de Medicina (CFM), como uma condição do corpo humano em que ocorre a perda completa e irreversível das funções encefálicas cerebrais (CFM, 2017).

Vale ressaltar, no entanto, que nos termos da Lei dos Transplantes, “A retirada de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano poderá ser efetuada após a morte encefálica, com o consentimento expresso da família [...]” (BRASIL, 1997, Art. 7º). Observa-se, portanto, a exigência da autorização expressa da família, independente da vontade da doador, o que compromete o princípio da autonomia da vontade, nos termos, inclusive, da diretiva antecipada da vontade (ETHEREDGE, 2021).

Em relação à doação em vida, o Decreto nº 9.175, que regulamenta a Lei dos Transplantes, traz que:

“Qualquer pessoa capaz, nos termos da lei civil, poderá dispor de órgãos, tecidos, células e partes de seu corpo para serem retirados, em vida, para fins de transplantes ou enxerto em receptores cônjuges, companheiros ou parentes até o quarto grau, na linha reta ou colateral.” Entre indivíduos vivos não relacionados, no entanto, a doação dependerá “[...] de autorização judicial, que será dispensada no caso de medula óssea” (BRASIL, 2017, Art. 27 e 28).

A doação em vida somente será permitida:

“[...] quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos, células e partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e de sua saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável.” (BRASIL, 2017, Art. 29),

Além disso, deve o doador, em vida, ser devidamente esclarecido sobre as consequências e riscos.

Observa-se, conforme discutido ao longo deste capítulo, a retomada da discussão acerca do consentimento presumido, como uma iniciativa necessária para o aumento do número de doadores efetivos, na sociedade brasileira.

Apresenta-se, também a experiência internacional, nas últimas décadas, com a inovação do consentimento presumido, encontrando-se, no entanto, resultados aparentemente contraditórios, o que sugere a análise mais profunda acerca de outras causas responsáveis pela baixa oferta, assim como a necessidade de iniciativas mais eficazes.

2.1. CONSENTIMENTO PRESUMIDO E MANIFESTAÇÃO EXPRESSA DA VONTADE: ASPECTOS GERAIS

Dalal apresenta dois modelos principais sobre a condição de doador de órgãos após a morte: o consentimento presumido (*opt-out*), e a manifestação expressa da vontade (*opt-in*). No primeiro, supõe-se que todos os indivíduos sejam doadores, a não ser que tenham se atestado, em vida, pela condição de não doadores, enquanto no segundo, requer-se que o indivíduo se manifeste expressamente, em vida, pela condição de doador, após a morte (DALAL, 2015).

Etheredge também qualifica a força da manifestação expressa da vontade do potencial doador, em vida, em dois grupos (ETHEREDGE, 2021). No primeiro, é necessária a autorização da família, ainda que para reafirmar a vontade do potencial doador (*soft consent*), enquanto que no segundo, a manifestação expressa do doador é suficiente, independente da autorização da família (*hard consent*) (DALAL, 2015).

Ainda que, internacionalmente, a opinião pública majoritária defenda que os familiares detenham certos direitos legais sobre o corpo do falecido, os tribunais, geralmente, decidem pelos desejos do falecido, quando em vida, sobre seu corpo (DALAL, 2015).

Por fim, Coelho também defende que a preocupação com a vulnerabilidade social seja justificativa, em parte, para as restrições legislativas, no Brasil, como a exigência de autorização familiar para a doação, ainda que o falecido haja se manifestado favorável à doação em vida. No entanto, esclarece que a vulnerabilidade daqueles em espera, com urgência, por órgãos e tecidos humanos, deva também justificar a revisão legislativa, com recuperação da autonomia da vontade e consentimento do paciente. “Trata-se de princípio normativo constitucional e legal, além de valor ético e social que merece o devido reconhecimento” (COELHO, G.H.F; BONELLA, A.F, 2019).

2.2. CONSENTIMENTO PRESUMIDO: HISTÓRICO LEGISLATIVO NO BRASIL

No Brasil, a Lei nº 4.280, de 1963, estabeleceu os primeiros dispositivos a respeito da doação de órgãos e tecidos após a morte. Determinou a manifestação expressa da vontade, do doador ou da família, como condição para a doação, em que a doação post mortem pode ser realizada em caso de autorização, em vida, do de cujus, “ [...] 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, Art. 1º).

A Lei nº 5.479, de 1968, não trouxe inovações relevantes, de forma que:

“ [...] a disposição gratuita de uma ou várias partes do corpo “post mortem”, para fins terapêuticos é permitida 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; [...] ” (BRASIL, 1968, Art. 3º).

O consentimento presumido aparece no ordenamento jurídico brasileiro na Lei nº 8.489, de 1992, em que a permissão para o aproveitamento de uma ou várias partes do corpo post mortem, para fins terapêuticos e científicos, pode se efetivar mediante: “I – [...] desejo expresso do disponente manifestado em vida, através de documento pessoal ou oficial; II - na ausência do documento referido no inciso I deste artigo, a retirada de órgãos será procedida se não houver manifestação em contrário por parte do cônjuge, ascendente ou descendente” (BRASIL, 1992, Art. 3º).

A redação inicial da Lei dos Transplantes, reforçava o consentimento presumido, em que “ [...] salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta Lei, presume-se autorizada a doação de órgãos ou partes do corpo humano, para finalidade de transplantes ou terapêutica post mortem” (BRASIL, 1997, Art. 4º).

No entanto, o consentimento presumido foi responsável por polêmicas e profunda discussão na sociedade, o que motivou, portanto, a Medida Provisória nº 1.718, de 05 de novembro de 1998, em que “ [...] na ausência de manifestação de vontade do potencial doador, o pai, a mãe, o filho ou o cônjuge poderá manifestar-se contrariamente à doação, o que será obrigatoriamente acatado pelas equipes de transplante e remoção”. Retoma-se, portanto, a obrigatoriedade da manifestação expressa da vontade, em vida.

Por fim, a Medida Provisória nº 2.083-32, de 2001, convertida na Lei nº 10.211, de 23 de março de 2001, alterou a Lei dos Transplantes, excluindo definitivamente a previsão legal do consentimento presumido, e com a retomada da obrigatoriedade da autorização familiar, independente da vontade do potencial doador. A reedição do Art. 4º da referida Lei traz o seguinte texto:

“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” (FREIRE DE SÁ, 2021)

Desta maneira, pode-se também inferir uma aparente contradição entre o Art. 4º da Lei dos Transplantes, com o Art 14 do Código Civil, em que “É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte” (BRASIL, 2002), ampliando, portanto, a discussão acerca da relação entre os princípios da autonomia privada e da solidariedade pública.

Além disto, a ordem de prelação descrita no Art. 4º, pode ser também causa de potencial conflito entre familiares de mesmo grau, quando discordantes em relação à autorização para a doação de órgãos do falecido, com risco, inclusive, de judicialização da demanda.

2.3. CONSENTIMENTO PRESUMIDO: EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

Defensores do consentimento presumido, argumentam que a mudança legislativa resulta, automaticamente, no aumento do número de doadores, apesar das barreiras culturais, religiosas, ou falta de informação sobre os transplantes na sociedade. Etheredge, no entanto, sinaliza para uma série de publicações, em diferentes países, que após a adoção do novo modelo, observou-se um aumento da manifestação, expressa em vida, contrária à condição de doador após a morte. Além disso, o modelo *opt-out* exige altos investimentos públicos em infraestrutura nos SNT, o que não se observa em muitos países, como na África, por exemplo. Associa-se também a imposição do *opt-out* à redução da confiança no sistema de saúde pública, assim como ao comprometimento dos direitos humanos (ETHEREDGE, 2021).

Etheredge lembra que graças à mudança do modelo *opt-in* para *opt-out*, por muitos países, nos últimos 20 a 30 anos, tem-se hoje importantes estudos longitudinais com resultados detalhados, ainda que alguns contraditórios e inconclusivos (ETHEREDGE, 2021). Dentre os fatores de maior influência no número efetivo de doadores num país, Etheredge cita: conscientização popular acerca da importância da doação de órgãos, obstáculos religiosos ou socioculturais, capacitação da equipe multiprofissional de transplantes, e posicionamento político de legisladores e governantes, assim como de outros influenciadores de opinião na sociedade (DALAL, 2015).

Em um estudo comparativo entre 18 países da *Organisation for Economic Cooperation and Development* (OECD), não se observaram diferenças significativas nos números absolutos da doação de órgãos entre os dois modelos. Algumas conclusões são reforçadas, no entanto, como por exemplo: países em desenvolvimento estão consideravelmente atrás dos desenvolvidos; a cada doador, após a morte, pode-se salvar até sete vidas; países *opt-in* perdem até cinco doadores por milhão de população ao ano, em comparação aos *opt-out*; países *opt-in* contam com 61,7 transplantes p.m.p, enquanto *opt-out* com 63,6; sistemas *opt-in* perdem em número de doadores após a morte, mas ganham em doadores vivos, sendo ao final os números absolutos de transplantes semelhantes entre os modelos (DALAL, 2015).

Por outro lado, há estudos comparativos que identificam números absolutos significativamente maiores em países *opt-out*. Os EUA, por exemplo, poderiam contar com um adicional de 4.753 a 17.201 em números absolutos anuais de transplantes com a implantação do consentimento presumido. Deve-se considerar, no entanto, as vantagens da complexa e

sofisticada infraestrutura técnica disponível nos EUA para os transplantes.

A Espanha, considerada um caso de sucesso, a nível global, que conta com 49.6 doadores após a morte, p.m.p, em comparação aos 36.8 nos EUA, representa um modelo misto, por muitos considerada mais *opt-in* do que *opt-out*, sendo a família sempre consultada antes da doação (DALAL, 2015). Na Espanha, registrou-se aumento de doadores após a morte apenas 10 anos após a introdução do modelo *opt-out*, sendo os resultados mais atribuídos às iniciativas à nível hospitalar, com capacitação dos profissionais de saúde e interligação dos diferentes níveis do sistema de saúde nacional, além do reconhecimento precoce dos potenciais doadores. No Chile, registrou-se aumento no número de doadores muitos anos após a introdução do modelo *opt-out* (DALAL, 2015). Etheredge lembra, também, a experiência brasileira de implantação abrupta do modelo *opt-out*, em 1997, que não foi bem recebida nem pela população, nem pelos profissionais de saúde, sendo, portanto, revogada em 1998.

Deve-se ressaltar, que neste momento, tramitam, no Congresso Nacional, projetos de lei para a alteração do art. 4º, da Lei nº 9.434, com a finalidade de reintrodução do consentimento presumido para a doação de órgãos, no ordenamento jurídico brasileiro. Justifica-se a inovação legislativa por ser esta uma forma de incremento na disponibilidade de órgãos para transplantes.

Pode-se citar os seguintes projetos de lei: n.º 405 / 2012, n.º 453 / 2017, n.º 10.800 / 2018 e n.º 3.176 / 2019.

O projeto de lei de n.º 405 / 2012 propõe, portanto, o consentimento presumido, com exceção dos casos em que manifestação expressa contrária, em vida:

“Art. 4º Salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta Lei, presume-se autorizada a doação post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para transplantes ou outra finalidade terapêutica. § 6º A pessoa que não desejar dispor de seus órgãos, tecidos ou partes do corpo para a doação referida no caput deverá solicitar a gravação da expressão “não doador de órgãos e tecidos” em documento público de identidade.”

Nos termos do projeto n.º 453 / 2017, a alteração proposta do art. 4º expressa a exclusão da obrigatoriedade da autorização familiar:

“Art. 4º. A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, somente 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, nos casos em que o doador não tenha se manifestado em vida expressa e validamente a respeito.”

Enquanto isso, no n.º 10.800 / 2018, o art. 4º seria:

“Fica presumida a autorização para doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para finalidade de transplantes ou terapêutica post mortem, salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta Lei”

O projeto de lei n.º 3.176 / 2019 propõe alterações semelhantes:

“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.”

Desta forma, os projetos de lei em trânsito no Congresso Nacional defendem o consentimento presumido, a não ser que haja manifestação expressa da vontade contrária à doação em vida, sem a autorização familiar, predominantemente excluída do ordenamento jurídico. Ainda que garantam maior autonomia da vontade, deve-se constatar os aspectos culturais, apresentados anteriormente, dificultadores para a implantação de uma política eficaz de doação de órgãos, com frequentes referências à desconfiança no sistema e na equipe técnica, o que pode motivar conflitos com a família após a morte do potencial doador.

Mahenthiran afirma que sistemas nacionais de transplantes de sucesso contam com múltiplos fatores favoráveis, como equipe médica altamente especializada, preparação do paciente e seguimento pós operatórios adequados, assim como financiamento regular para os serviços, incluindo cuidados intensivos, prevendo inclusive, que a mudança para o modelo *opt-out* deve aumentar o número de cirurgias, e portanto, maior demanda por centros e profissionais especializados (MAHENTHRAN, 2021).

Por fim, as evidências sugerem que a inovação legal, isolada de iniciativas capazes de suprir a carência de informações na população, assim como a infraestrutura pública desigual e deficitária no território nacional, não é suficiente para aumentar a oferta de órgãos e tecidos humanos, e atender a demanda por transplantes.

Citam-se, também, como medidas necessárias: aprimoramento técnico e tecnológico do Sistema Nacional de Transplantes, com detecção precoce dos casos potenciais à doação; maior aproveitamento dos órgãos; interligação entre os centros de transplantes em território nacional; a sensibilização e a conscientização popular sobre a doação de órgãos, a morte encefálica, e a solidariedade pública; a capacitação profissional especializada, incluindo meios de comunicação sobre a morte encefálica à família, pautadas, inclusive, pelo princípio da autonomia da vontade, da Bioética, e da Teoria Ética de Kant; teorias estas apresentadas com

mais detalhes adiante.

2.4. ORGANIZACIÓN NACIONAL DE TRANSPLANTES (ONT): MODELO ESPANHOL

Enquanto o Brasil tem o maior sistema público de transplantes de órgãos do mundo, a Espanha lidera nos números de doadores efetivos, por milhão de pessoas, há algumas décadas. Coelho afirma 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. Em 2017, das 2.509 entrevistas familiares feitas na Espanha em relação ao ente falecido, registrou-se consentimento familiar em 2.183 casos (87,1%), enquanto apenas 326 (12,9%) famílias recusaram.” (COELHO, G.H.F.; BONELLA, A.E, 2019)

Em 1989 foi criada, na Espanha, a *Organización Nacional de Trasplantes* (ONT), e em 1992, o país se tornou líder mundial nos transplantes, posição que se mantém até o presente momento (2019). Foram aplicadas várias medidas, como por exemplo, mudanças legislativas, e adequações em infraestrutura técnica e médica (capacitação e auditoria em morte encefálica), assim como, políticas e em recursos econômicos (como políticas de reembolso). “O modelo espanhol também conta com um sistema de educação e de divulgação na mídia e com um canal telefônico aberto, no qual estão disponíveis informações acerca do processo de doação e transplante para o público em geral”, além de reuniões anuais com os jornalistas, com a finalidade de melhor divulgação das campanhas (COELHO, G.H.F; BONELLA, A.F, 2019).

Coelho informa que dentre os fatores mais relevantes para o sucesso do modelo espanhol estão: o papel central atribuído ao coordenador do transplante e a preocupação com o treinamento para comunicar “más notícias” e convencer a família da importância de autorizar a doação. Coelho também afirma que “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”. A Espanha também colabora com a OMS no combate ao tráfico de órgãos e turismo de transplantes, gerenciando o Registro Mundial de Transplantes, desde 2008 (COELHO, G.H.F; BONELLA, A.F, 2019).

2.5. TAXAS DE DOADORES EM POTENCIAL E EFETIVOS: RECUSA FAMILIAR

Conforme reportagem da Agência Brasil, da Empresa Brasil de Comunicação (EBC), em 2019, a negativa familiar foi um dos principais motivos para que um órgão não fosse doado no Brasil. De acordo com a Associação Nacional de Transplantes de Órgãos (ABTO), em 2018, 43% das famílias “recusaram a doação de órgãos de seus parentes após morte encefálica comprovada”. O Ministério da Saúde também registrou em torno de 42% de recusa nos últimos anos, sendo o desconhecimento sobre a morte encefálica considerada a principal causa (CRUZ, 2019).

Moraes afirma que “A recusa familiar representa um entrave à realização dos transplantes, em conjunto com outros problemas, como falha na identificação e notificação dos potenciais doadores, bem como o elevado índice de contra-indicação clínica à doação” (MORAES, 2009). De acordo com dados do Registro Brasileiro de Transplantes, em 2015, o número de potenciais doadores foi de 47,8 pmp/ano. No entanto, o número de doadores efetivos foi de 14,1 pmp/ano, sendo os principais motivos para a não realização dos transplantes a não autorização familiar (44%), a contra-indicação médica (33%) e a parada cardíaca de 28% (BARRETO, 2016).

Estudos realizados nos Estados Unidos, Alemanha e Reino Unido também apontam a recusa familiar como o principal obstáculo à efetivação da doação. Na Bélgica, constatou-se que o maior impedimento foi o “desinteresse” da equipe da Unidade de Terapia Intensiva (UTI) em realizar o diagnóstico de morte encefálica (ME), seguido pela contra-indicação médica, recusa familiar e a não solicitação da doação pelos profissionais (CRUZ, 2019). No Brasil, além destes fatores, observa-se também a falta de conhecimento e adequado preparo das equipes, no diagnóstico e conduta em casos de ME, justificando, portanto, atenção aos programas de educação permanente da equipe multiprofissional, assim como sensibilização e conscientização em relação aos princípios da ética, legalidade e humanização, como dever profissional (MORAES, 2009).

Quanto aos motivos para a recusa familiar observa-se que fatores culturais são os mais prevalentes: espera de um milagre; crença religiosa; não compreensão do diagnóstico de morte encefálica e crença na reversão do quadro; não aceitação da manipulação do corpo (desfiguração, mutilação); medo da reação da família; inadequação da informação e ausência de confirmação da morte encefálica; desconfiança na assistência e medo do comércio de órgãos; inadequação no processo de doação (quando a equipe médica solicita a doação dos órgãos antes

da confirmação do diagnóstico observa-se revolta e indignação para os familiares); desejo do paciente falecido, manifestado em vida, de não ser um doador de órgãos e medo da perda do ente querido (MORAES, 2009).

Observa-se profundo desconhecimento sobre a morte encefálica na população brasileira, em que “a própria condição do corpo, mantido funcionando artificialmente na UTI, quente, com o coração batendo, contrasta muito com a idéia que se tem de um cadáver”. Além disso, as motivações para doar ou não se mostram mais complexas. “A solidariedade, embora importante, não parece ser suficiente para motivar a doação de órgãos.” Assistência aos familiares, informação sobre o processo de doação, assim como suporte emocional por parte da equipe, parece ser essencial para o encorajamento. O conhecimento do desejo da pessoa, em vida, em relação à doação de órgãos foi também importante na tomada de decisão. Registra-se, também, o impacto da “propaganda negativa sobre a corrupção na doação de órgãos, veiculada pelos meios de comunicação” (MORAES, 2009).

Barreto reconhece que “o transplante de órgãos representa um dos maiores avanços da medicina neste século, sendo muitas vezes a última alternativa terapêutica. Contudo, essa área ainda desperta grandes polêmicas que estimulam interesse e debate em vários segmentos da sociedade.”, sendo necessário “o desenvolvimento de um processo educativo baseado em campanhas de conscientização, incentivando a população a manifestar seu desejo em doar e discutir em família a decisão tomada”, assim como “medidas de educação contínua entre profissionais sobre a importância do registro no prontuário de todas as informações de forma fidedigna, fator imprescindível para tomadas de decisão gerenciais.” (BARRETO, 2016).

De acordo com a *National Kidney Foundation*, em geral, as religiões não se opõem à doação e transplante de órgãos (KIDNEY, 2023), desconhecendo-se qualquer uma que proíba (BRUZONNE, 2008).

O Papa João Paulo II se manifestou em 2000, dizendo que qualquer tentativa de comercialização de órgãos humanos é imoral, já que a objetificação do corpo humano representa a violação da dignidade da pessoa humana. Além disso, afirmou que os critérios para a doação de órgãos não devem ser discriminatórios, com base em idade, sexo, raça, religião, aspectos socioeconômicos, ou utilitários, ou seja, baseado em capacidade para o trabalho, utilidade social etc. O cristianismo, considera a doação de órgãos e tecidos humanos por doadores vivos um ato de caridade e amor, opondo-se, no entanto, à doação por anencefálicos ou após a eutanásia ativa (BRUZONNE, 2008). A religião islâmica, por sua vez, acredita fortemente no princípio de se salvar vidas, princípio este previsto inclusive na lei islâmica, permitindo-se o transplante de órgãos para um fim digno (KIDNEY, 2023).

Observa-se, no entanto, que judeus ortodoxos apresentam relativa objeção à manifestação expressa da vontade, por parte do doador (KIDNEY, 2023), apesar de acreditarem que por salvar vidas, a doação seja uma obrigação (BRUZONNE, 2008). A doação post mortem é desestimulada por americanos nativos, população roma, confucianos, xintoístas, ou rabinos ortodoxos (KIDNEY, 2023).

Desta forma, ainda que as religiões rejeitem a utilização dos cadáveres como “reservas de órgãos” para a humanidade, pode-se dizer que, em geral, as religiões sejam favoráveis à doação de órgãos (KIDNEY, 2023).

Por fim, pode-se dizer que a motivação cultural, mais frequentemente por desinformação, seja mais relevante do que as religiosas, para recusa à condição de doador de órgãos e tecidos humanos.

2.6. CONSENTIMENTO INFORMADO E DIRETIVA ANTECIPADA DA VONTADE: ASPECTOS GERAIS

No contexto da autonomia da vontade, a ser discutida no próximo capítulo, vale considerar as regulamentações específicas acerca da diretiva antecipada da vontade e do consentimento informado.

Na Resolução nº 1.995, de 2012, o CFM “Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes”, e em seu art. 1º resolve:

Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade (CFM, 2012)

Enquanto isso, o termo de consentimento informado é regulamentado em 2016, pelo CFM, em que: “Nas decisões sobre assistência à saúde dos pacientes, os médicos devem levar em consideração o documento Consentimento Livre e Esclarecido, [...]” (Art. 1º). Dentre as exigências, o termo deve conter:

“a) O esclarecimento claro, pertinente e suficiente sobre justificativas, objetivos esperados, benefícios, riscos, efeitos colaterais, complicações, duração, cuidados e outros aspectos específicos inerentes à execução tem o objetivo de obter o consentimento livre e a decisão segura do paciente para a realização de procedimentos médicos.” (CFM, 2016, Anexo I)

Nos termos do Código Civil, de 2002, observa-se que (FRANCO, 2019):

“ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou à intervenção cirúrgica”, ou seja, trata-se de “uma manifestação da vontade do paciente, seu direito de autodeterminação, de assentir ou não com o tratamento de saúde, após ser devidamente esclarecido” (BRASIL, 2002, Art. 15).

Para ser válido, juridicamente, o agente deve ser capaz, o objeto lícito e o consentimento propriamente dito, livre e esclarecido (BRASIL, 2002, Art. 104), estando os incapazes expressos nos artigos 3º e 4º, do Código Civil:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e

os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigos.

O Código de Ética Médica, de 2018, também reforça o princípio da autonomia do paciente, sendo vedado ao médico “deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo” (BRASIL, 2018, Art. 24). Ainda assim, é de competência do médico o aprimoramento contínuo de seus conhecimentos, e o uso do melhor progresso científico em benefício do paciente e da sociedade.

No tocante ao consentimento presumido, deve-se considerar, inclusive, o potencial comprometimento do princípio da autonomia do doador em caso de ausência de consentimento informado, suficiente e necessário, previamente a sua morte. Ou seja, aqueles, que ainda que capazes civilmente, não foram adequados informados, em vida, sobre a sua condição de doadores após a morte, sem garantias, portanto, da tomada de decisão consciente, com autonomia.

O princípio da autonomia da vontade, presente no texto constitucional, é apresentado com mais detalhes no próximo capítulo.

2.7. PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

Por fim, deve-se trazer o princípio da solidariedade, em que Rosso afirma:

“Muito comumente encontram-se operadores jurídicos frustrados com a efetividade do direito. Embora a Constituição brasileira de 1988 tenha trazido evidentes inovações à ordem jurídica, incorporando conceitos de democracia, liberdade, solidariedade, participação popular e outros temas hoje considerados de primeira grandeza, a realidade esbarra nas limitações materiais do Estado ou na própria natureza humana daqueles que deveriam zelar pelo cumprimento de tão nobres objetivos. Sem razão, entretanto, afiguram-se as queixas. O direito é, propriamente, um objetivo a ser alcançado. A lei, apenas, não muda a sociedade, embora sirva como contribuinte para mudanças. E o direito é, e sempre será uma aspiração, um ideal (ROSSO, 2007).

Pode-se definir solidariedade como “sentimento que leva os homens a ajudarem-se mutuamente”, sendo, eventualmente, sinônimo de fraternidade. O termo tem sua origem no latino *solidarium*, que vem de *solidum*, *soldum* (inteiro, compacto) (ROSSO, 2007).

Rosso também lembra que no “Estado clássico, de orientação liberal, a solidariedade não é posta como um princípio básico de atuação estatal. Embora não chegue a ser desestimulada a liberdade é tomada como valor mais importante parecendo que a solidariedade é vista como preocupação da sociedade civil e não do Estado”. Enquanto isto, no moderno Estado social, almeja-se não apenas garantir a liberdade, mas também estimular toda a sociedade em prol da igualdade (ROSSO, 2007).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, traz elementos relacionados à solidariedade, sendo que o art. 1º dispõe que todos “devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”. O Art. 3º da Constituição de 1988 expressa que “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I — construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]”. Ainda assim, observa-se que este princípio aparece tacitamente ao longo de toda a Constituição. Rosso afirma, no entanto, que ao lançar este princípio como fundamental, a carta de 1988 inovou em relação a todas as anteriores. Além disso, dispõe sobre os direitos fundamentais para depois adentrar na regulamentação do Estado. Desta forma, “[...] a atual Constituição vê a sociedade como formadora e conformadora o Estado e não o contrário” (ROSSO, 2007).

Rosso ressalta porém os desafios da aplicação do princípio da solidariedade

numa sociedade tão desigual quanto a brasileira.

Ainda que muita discussão acerca da classificação dos direitos da solidariedade na terceira ou quarta dimensão, pode-se reconhecer os mesmos na “na mais recente ‘onda’ de direitos, ou seja, a quarta dimensão, havendo óbvia interligação, por exemplo, ente solidariedade e meio ambiente [...], ou solidariedade e democracia”. Rosso reforça também a importância da diferenciação entre os direitos da solidariedade, que é uma designação genérica de direitos, e o princípio da solidariedade, que seria um princípio constitucional específico. Concluindo que “princípio da solidariedade tem íntima relação com os chamados direitos de terceira dimensão o que não significa dizer que não represente, também, direito de quarta dimensão, já que uma nova onda de direitos não suplanta a anterior” (ROSSO, 2007).

Rosso defende que cidadania e solidariedade sejam conceitos correlatos, e devem ser considerados um dever não apenas do Estado, mas também uma obrigação de toda a sociedade civil. Ele cita alguns dispositivos constitucionais, em que se comprova a “direta interferência do princípio da solidariedade sobre o pensamento constitucional”:

“O princípio da igualdade (*caput* do art. 5º da Constituição Federal), por exemplo, encontra-se interligado à idéia de solidariedade, pois se constituímos um todo, somos, ao menos em direitos, iguais, não se podendo vislumbrar sociedade efetivamente solidária sem que haja igualdade.”

“A liberdade para criação de associações e cooperativas (art. 5º, inc. XVIII) [...]”

“[...] a possibilidade de representação judicial desses grupamentos de indivíduos pelas entidades criadas por eles (art. 5º, inc. XXI).”

“Ao lado do princípio de cunho individualista, que garante o direito de propriedade (art. 5º, inc. XXII) a Constituição dispõe, também, que a propriedade deve atender sua função social (art. 5º, inc. XXIII) [...]”

“ [...] a possibilidade de desapropriação ou direito de uso da propriedade pelo Poder Público em determinadas circunstâncias (art. 5º, incs. XXIV e XXV).”

“ [...] a Constituição repudia de maneira especial atitudes anti-solidárias como a prática do racismo, tangendo-o como crime inafiançável (art. 5º, inc. XLII). No mesmo tom, o Poder Constituinte originário repudiou outras práticas tidas como graves atentados à solidariedade social, como o tráfico

ilícito de entorpecentes, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos (art. 5º, inc. XLIII).”

“[...] a Constituição prevê uma série de limites às penas legais, assegurando ao preso direitos intocáveis pelo Estado e, ao cidadão comum, instrumentos (garantias) que lhe permitam assegurar-se contra os desmandos dos órgãos estatais (art. 5º, incs. XLV a LXXII).”

“ [...] o Estado “prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos” (art. 5º, inc. LXXIV)”

“Também o princípio da solidariedade determina que certos documentos essenciais sejam gratuitos para os reconhecidamente pobres (art. 5º, inc. LXXVI).”

“ [...] a República Federativa do Brasil que tem, como princípio de suas relações internacionais, o de “cooperação ente os povos para o progresso da humanidade [...] (Art. 4º CF)”

Deve-se, também considerar que por princípio da solidariedade, entende-se a vedação ao retrocesso, ou seja, na supressão ou redução dos direitos fundamentais. Rosso alerta, no entanto, que a aplicação excessiva do princípio da solidariedade na sociedade, ou seja, “o indivíduo que deve servir ilimitadamente”, pode conduzir ao autoritarismo, como por exemplo, nos regimes facista e nazista. Ou seja, “[...] o princípio da solidariedade deve ser adotado e efetivado, mas em plena harmonia com os demais princípios constitucionais. Direitos humanos não podem ser postos de lado sob o argumento da solidariedade.”

Por fim, no tocante à doação de órgãos, pode-se considerar um aparente conflito entre os princípios da autonomia da vontade e o da solidariedade, motivando-se, portanto, a busca pelo equilíbrio entre ambos, em consonância com os demais princípios constitucionais.

3. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

Conforme observado nos capítulos anteriores, além das demandas culturais e de aperfeiçoamento da infraestrutura técnica nacional, é fundamental que o ordenamento jurídico seja favorável para se garantir uma maior taxa de transplantes. Deve-se considerar, no entanto, a relevância do princípio da autonomia da vontade, sendo apresentada abaixo a previsão constitucional:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: II – Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei [...]

Alves informa que “A autonomia da vontade é uma propriedade natural do ser humano, que decorre de sua personalidade jurídica” (ALVES, 2007). A autonomia da vontade surge com o homem, que é dotado de capacidade de pensar, com coerência, criatividade e também de se comunicar com os demais, características estas que o distingue dos demais seres vivos. Apresenta-se no contexto do indivíduo, passível de ser livre. Observa-se a origem da autonomia da vontade no direito romano, assim como no canônico, no entanto, com acentuado desenvolvimento, como um princípio de caráter jurídico, durante o individualismo e o avanço liberal, ou seja, o reconhecimento do papel preponderante do indivíduo numa sociedade. Sendo durante a Revolução Francesa a elevação das liberdades individuais como princípio jurídico. No direito privado, “a atuação do indivíduo é livre, mas com alguns limites impostos pelo próprio ordenamento”. (ALVES, 2007).

Maria Helena Diniz, conceitua autonomia da vontade como “o poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontade, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica.” (DINIZ, 2011). O Novo Código de Processo Civil introduziu mudanças que conferem maior autonomia da vontade às partes processuais, como por exemplo, a flexibilização do procedimento em função da autonomia de vontade das partes, assim como o estímulo a maior participação das partes no processo. Conforme Art. 190, do NCPC, os negócios jurídicos processuais são acordos entre as partes, cujo objetivo é adaptar alguns procedimentos do processo às suas vontades:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Alves também afirma que a “autonomia da vontade é um princípio de direito civil, [...]”, representando, portanto, a liberdade social. Por fim, traz consigo a teoria dos vícios de consentimento, no contexto das relações contratuais, “com a idéia de que somente a vontade manifestada de forma livre e consciente deverá ser considerada pelo direito” (ALVES, 2007). No entanto, deve-se considerar que a ausência de igualdade entre as partes pode comprometer o direito individualista, a autonomia privada e o equilíbrio nas relações contratuais privadas (ALVES, 2007).

Além disso, com o maior intervencionismo do Estado na economia, os interesses supraindividuais passaram a sobrepor os individuais, e o Estado, por meio do direito positivo, passa a interferir nas relações contratuais, limitando o princípio da autonomia da vontade. Ainda assim, pode-se afirmar que na atual configuração do Estado Constitucional brasileiro, observa-se a tutela à livre iniciativa, sem intervenção nas relações contratuais privadas, ou seja, sem restrição à autonomia. (ALVES, 2007).

Alves afirma que a liberdade jurídica alimenta a liberdade econômica, e portanto, a livre concorrência, e reconhece a íntima relação entre autonomia privada, solidariedade social e Constituição, sendo o Judiciário responsável pelo equilíbrio entre os institutos, em consideração à lacuna legislativa em algumas situações críticas (ALVES, 2007). A concepção do indivíduo racional, moral, e capaz de decidir por si o que é melhor para si mesmo, encontra consonância na idéia do ser livre e da democracia, sendo inclusive uma tutela ao princípio da dignidade da pessoa humana. Isto, no entanto, desde que não perturbem os terceiros e seus direitos (ALVES, 2007). Reconhece-se na Teoria Ética de Kant, apresentada e discutida ao longo deste capítulo, a concepção de dignidade, advinda do indivíduo racional e moral.

Alves afirma que a Constituição da República expressa e garante a autonomia da vontade, em termos de liberdades individuais, em diversos artigos. Reconhece no Preâmbulo que o Estado Democrático deve ser destinado a assegurar os direitos sociais e individuais e a liberdade (ALVES, 2007): [...] entre os fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana, e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (ALVES, 2007)

“[...]a liberdade de os indivíduos celebrarem contratos de trabalho e os mais diversos negócios jurídicos que fazem circular a economia do país (CF/88, arts. 1º, inc. III e IV; e art. 7º, inc. XI, e parágrafo único; art. 170, inc. II, IV e V)” (ALVES, 2007)

“Já no título que trata dos direitos e garantias fundamentais, o texto constitucional trás como direitos básicos dos indivíduos o direito à liberdade, à igualdade e à propriedade. Aqui, mostra-se de forma clara a proteção constitucional ao princípio da autonomia privada, pois não há que se falar em liberdade desprovida de autonomia. O mesmo com relação ao direito de propriedade (CF/88, art. 5º, caput, inc. XXII e XXIII). A Constituição também garante a todos os indivíduos o direito de fazer tudo aquilo que não é vedado em lei, [...]; garante o direito de herança, que tem como garantia implícita a autonomia de os indivíduos poderem testar sobre seus bens. Protege também a autonomia dos indivíduos de celebrarem contratos de consumo (CF/88, art. 5º, caput; inc. II, XXX e XXXII; e art. 170, inc. V). Garante também a liberdade de associação, como expressão da autonomia privada dos indivíduos de se associarem ou não; e também o direito de empresa (CF/88, art. 7º, inc. XI; 8º, inc. IX e parágrafo único). Também protege a autonomia dos indivíduos de constituírem família, terem filhos e viverem em união estável (CF/88, art. 226, § 3º) [...] (ALVES, 2007)

3.1. PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA: NÃO MALEFICÊNCIA, BENEFICÊNCIA, AUTONOMIA E JUSTIÇA

Nota-se no *Bill of Rights*, de 1973, nos EUA, uma mudança significativa em relação à conduta dos profissionais médicos, com a declaração expressa de substituição do modelo de beneficência, para aquele de autonomia. Na sequência de escândalos em pesquisa médica envolvendo seres humanos, incluindo a morte de 100 indivíduos por complicações relacionadas a sífilis, na década de 1940, promulga-se o Belmont Report, de 1978, da *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioural Science*. Foi um marco em termos de autonomia, consentimento e obrigatoriedade para o estabelecimento dos comitês de ética em pesquisa, sendo o respeito pelas pessoas, a beneficência, e a justiça, seus princípios fundamentais.

Os princípios da bioética, que são a não maleficência, a beneficência, a autonomia e a justiça, foram desenvolvidos nos EUA, por Tom Beauchamp e James Childress, na segunda metade da década de 1970 (BEAUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F, 2013). Por sua ampla aceitação, foram por vezes, considerados como um paradigma, o que Serodio questiona (GRACIA, 1995).

Pelo princípio da não maleficência, entende-se que não se deve fazer mal a qualquer outra pessoa, o que está compatível, portanto, com a máxima de Hipócrates. Por beneficência, entende-se o dever de ajudar aos outros a realizar seus interesses mais profundos. Pelo princípio da autonomia, deve-se respeitar as escolhas e opiniões da outra pessoa, incluindo o dever de se abster de obstruir suas ações, a menos que sejam prejudiciais aos outros. Rawls define justiça como o princípio em que todos “os bens sociais primários (liberdade, oportunidade e as bases para o autorrespeito) devem ser distribuídos de forma igualitária, a menos que uma distribuição desigual se dê em benefício dos menos favorecidos” (GRACIA, 1995).

“Sempre que o respeito a dois ou mais princípios possa levar a ações diferentes, se está diante de uma situação de conflito ético”, sendo necessário então que os princípios abstratos sejam especificados (*specification*) em materiais, de forma a se atingir uma decisão moral aceitável, em um processo de equilíbrio (*balancing*) (GRACIA, 1995).

Serodio aponta três limitações dos princípios da bioética: “a preponderância do princípio do respeito à autonomia sobre os outros; a falta de orientação precisa acerca de como proceder em caso de conflito entre os princípios; e a dificuldade de aplicação para os problemas da saúde pública brasileira”. Seria, portanto, uma “ferramenta de tendência deontológica, que

parte de princípios universais e abstratos para se materializarem obrigações, direitos e normas aplicáveis a diferentes casos”, podendo construir argumentos durante a discussão (BEAUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F, 2013).

Nos EUA, no último quarto do século XX, o princípio da autonomia ocupou lugar de destaque nas discussões em bioética. Ainda assim, deve-se analisar com mais atenção, o impacto da “preponderância” deste princípio, em uma ciência fortemente orientada pelo ainda “desinformado” desejo do paciente, a qualquer custo financeiro. O poder de consumo do paciente e as análises de satisfação do cliente podem, por exemplo, prejudicar a relação entre médico e paciente, assim como a saúde do próprio paciente (GREGOR, 1997).

Em condições clínicas com comprometimento no estado de consciência, por exemplo, como as doenças psiquiátricas, retardo mental, ou ainda as limitações de ordem cultural e educacional, há conflitos entre os princípios da autonomia, beneficência e justiça. Nestes casos, tanto o paciente, quanto seu representante legal podem sofrer dificuldades na compreensão adequada de termos técnicos complexos, o que compromete, por fim, o consentimento (GREGOR, 1997).

A bioética reforça, portanto, a importância da autonomia e da dignidade do paciente, devendo o médico ser um guia ao paciente esclarecido, com autonomia da vontade. No entanto, deve-se destacar, na atualidade, o consumerismo, a desumanização do paciente e o excesso de documentos, em detrimento da atenção do médico. Além disso, deve-se também considerar as limitações dos termos de consentimento, como símbolo da autonomia do paciente, em consideração a escolhas erradas, em momentos de fortes emoções, falsas percepções, ou incompreensão técnica (DONALDSON, 2017).

3.2. TEORIA ÉTICA DE KANT: IMPERATIVO CATEGÓRICO E AUTONOMIA

A Teoria Ética de Kant é uma teoria deontológica, ou seja, aquela em que define certo ou errado de acordo com as obrigações e deveres, e não os resultados, contrapondo-se, ao consequencialismo.

Pode-se descrever o imperativo categórico de Kant como uma obrigação moral, que resulta em outras obrigações e deveres, sendo a “lei moral” universal e acessível a todos os seres humanos (KANT, 2012). Kant também diz que o pensamento racional é o que diferencia os seres humanos dos animais irracionais, garantindo, aos humanos, dignidade. Agir pela razão significa agir com autonomia, o que reafirma, portanto, sua humanidade, sendo os deveres derivados do pensamento racional, e não da superstição, religião, tradições, ou mesmo, experiências pessoais.

Desta forma, os seres humanos devem agir conforme a lei universal (imperativo categórico), em nome da virtude do homem. Aqueles que a desrespeitam negam sua própria condição humana (DONALDSON, 2017). Deve-se tratar o outro como um fim, nunca como um meio. Todos os seres humanos são possuidores de dignidade própria, inerente à sua condição humana. Donaldson analisa a relação entre o médico e o paciente, em que existe uma humanidade em comum, ou seja, uma igualdade, com a ressalva, no entanto, sobre as diferenças de poder entre ambos.

No entanto, reconhece-se a influência de Kant, e sua teoria acerca da autonomia e dignidade, para a implementação dos termos de consentimento do paciente.

A autonomia foi responsável por mudanças muito importantes na prestação dos serviços de saúde. Até o século XVIII, o termo autonomia era utilizado para cidades estado independentes do mundo, e não para indivíduos. Kant, por sua vez, utilizou o termo para se referir a agentes morais independentes. Campbell afirma que com o crescimento do interesse nas discussões em bioética, em resposta a eventos sociais e políticos, observa-se o ressurgimento do conceito de autonomia (CAMPBELL, 2017).

Campbell sugere que na teoria kantiana, autonomia seria a “propriedade da vontade, de forma que a vontade é a lei em si mesmo”, e ação moral “a sujeição da razão à nenhuma lei que não seja aquela dada por si mesmo”. Kant diz que as ações baseadas nos desejos, impulsos, emoções, ou seja, originárias da natureza animal do indivíduo, são alheias à razão, e, portanto, sem relação com a autonomia, mas sim com a heteronomia. Os seres humanos expressam sua racionalidade, e, portanto, o respeito por si e pela natureza racional dos outros, quando agem com autonomia (CAMPBELL, 2017).

Agostini explica que a autonomia da vontade, na Ética Kantiana, funciona como o princípio supremo de moralidade, e serve de fundamento da dignidade do ser humano. Além disso, a liberdade é uma condição para o imperativo categórico, sendo, portanto, necessária para a compreensão da autonomia da vontade. Kant introduz que se deve agir pela vontade, em sua máxima, como legisladora universal, sendo este, portanto, a formulação do princípio da autonomia da vontade. Por vontade moral, entende-se vontade autônoma, e os sistemas morais falham quando o ser humano age por dever, motivado por interesses, e não à sua própria legislação. Por outro lado, por heteronomia, em contraposição à autonomia, entende-se aquela vontade que é “determinada pelos objetos da vontade de desejar (inferior)”, ou seja, não racional. (AGOSTINI, 2009)

Agostini esclarece que o ser que age racionalmente torna as leis morais como determinações da sua vontade, e para se considerar a dignidade do ser humano, deve-se tratar da relação entre autonomia e liberdade, sendo, portanto, a liberdade, conceito central na teoria kantiana. E o ser humano digno, deve ser tratado como pessoa, com um fim dado pela sua razão, e não condicionado (coisa) (AGOSTINI, 2009)

“O princípio do ser humano, como fim em si mesmo, está intrinsecamente vinculado aos princípios fundamentais da ética kantiana, enquanto deriva da autonomia da vontade e, através desta, da liberdade moral, um dos três postulados da razão prática e cuja existência conhecemos por meio da lei moral. Como já mencionado, Kant afirma que a autonomia é o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional. Se, então, a autonomia é o fundamento da dignidade humana e de todo ser racional, essa, por sua vez, implica (enquanto significa a capacidade do ser racional de ser legislador por si mesmo) a exclusão de qualquer que seja o interesse externo ou motivo empírico da observação da lei e, assim, a plena e autêntica liberdade moral” (AGOSTINI, 2009)

3.3. DOAÇÃO DE ÓRGÃOS EM KANT: BENEFICÊNCIA E AUTOMUTILAÇÃO

Relevante, também, o imperativo da autopreservação numa passagem de A Fundamentação da Metafísica dos Costumes (*Groundworks for Metaphysics of Morals*), em que se condena o suicídio, a automutilação, ou outras formas de destruição do próprio corpo (KANT, 2012).

Desta forma, alguns defendem que o transplante de órgãos de doadores vivos, ainda que não suicídio, seja uma forma de automutilação, o que encontraria, portanto, objeção em Kant (KANT, 2012). Por outro lado, outros argumentam que a teoria kantiana seja obsoleta e fundamentalista, devendo ser abandonada em contraponto aos avanços da medicina moderna.

Artículo reforça, no entanto, que a referida passagem na Metafísica dos Costumes não define com precisão o conceito de mutilação do corpo humano (KANT, 2012). Kant diz que o primeiro dever do ser humano para consigo mesmo, como um animal, começa com a preservação de sua natureza animal. Caso contrário, incorreria na constatação do desejo de suicídio ou automutilação, seja parcial ou total. Assume-se, portanto, que Kant proíbe, categoricamente, todas as formas de amputação de órgãos. Artigo argumenta, no entanto, que Kant afirma que ter uma parte do corpo ou órgão doente amputada quando a mesma oferecia risco de vida não deve ser considerado como um crime contra a própria vida (ARTICULO, 2014). Portanto, a mutilação ou amputação de um órgão doente para preservar a própria vida se justificaria.

Kant condenaria, no entanto, a mutilação ou amputação como forma de agressão ou dano a si mesmo, não com o propósito de preservação da vida, mas sim sua destruição; quando a amputação de órgãos, ou mutilação, objetiva debilitar ou privar o mesmo de força, da alma, ou vigor; um ato de ódio e desprezo contra a própria vida, o indivíduo que usa o corpo como um meio para um fim trivial.

Desta forma, ao se deduzir que Kant aprovaria a remoção de órgãos para a preservação da vida, é difícil imaginar porque Kant teria reprovado a “inserção” de órgãos saudáveis ao corpo de um indivíduo com o propósito de lhe salvar a vida. Artigo lembra também que a obra de Kant foi escrita muito tempo antes do transplante de órgãos ser possível, devendo esta ser uma ressalva a respeito do conceito de automutilação (ARTICULO, 2014). Para Kant, não apenas “os poderes do corpo” devem ser incluídos nas potencialidades dos indivíduos, mas também “os poderes da alma”, que são desenvolvidos apenas com a razão, como por exemplo a memória ou a imaginação.

Mutilar ou destruir a matéria do ser humano, ou seja, seu corpo, é destruir sua capacidade natural para a razão, e, portanto, para a liberdade individual para suas buscas como fim em si mesmo. Deve-se condenar, por exemplo, a amputação de membros saudáveis ou autoimputação da cegueira, pela destruição da integridade, liberdade e dignidade do indivíduo. Isto implica dizer que se justifica a amputação de um órgão quando a mesma não compromete a integridade do indivíduo, ou sua qualidade de vida, e desde que por uma nobre causa. No entanto, Kant condena, por exemplo, a venda de um dente para o implante na boca de outra pessoa, pela venda isoladamente.

Desta forma, Articulo argumenta que em relação à doação de órgãos, cujo objetivo seja a preservação do outro, sem destruição da própria vida, pode-se julgá-la não apenas como permissível, mas também como carregada de valor moral (ARTICULO, 2014). Além disso, por Kant valorizar a preservação da vida humana, pode-se deduzir que ele teria reagido positivamente aos doadores de órgãos modernos.

Há uma profunda simetria entre a preservação da própria vida, assim como a do outro, e não há abismo conceitual entre a amputação de órgãos doentes para salvar a própria vida, e a amputação de órgãos saudáveis para salvar a vida do outro. A única condição em que não se deve ajudar ao outro seria quando o custo seja o abandono ou o grave dano à própria vida ou aos projetos pessoais mais essenciais.

Desta forma, pode-se observar a questão central no pensamento kantiano sobre benevolência, como ajuda mútua, em que ser beneficente, ou seja, promover de acordo com os próprios meios a felicidade dos outros, sem esperar nada em troca, seja o dever de todos. A máxima do interesse comum, ou seja, a beneficência para com aqueles em necessidade seria um dever universal dos seres humanos. Quanto aos limites da benevolência para com o outro, Kant diria que o provedor jamais deve se tornar ele mesmo um ser desprovido, em necessidade da beneficência dos outros.

A influência do princípio da autonomia na bioética é evidente, e certamente contribuiu e se mantém no centro desta discussão, além de nortear as inovações jurídicas em termos de doação de órgãos.

Por fim, deve-se reconhecer o aparente conflito do princípio da autonomia da vontade com o da solidariedade, no tocante à doação de órgãos, sendo ambos presentes na carta magna e no ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo. Conflito este que merece análise mais profunda, com a finalidade, inclusive, do aprimoramento da política pública nacional que

respeite os direitos individuais e garanta os benefícios esperados em uma sociedade mais justa.

CONCLUSÕES

Com a introdução da Lei n. 10.211, de 23 de março de 2001, alteram-se os dispositivos da Lei dos Transplantes, excluindo a previsão legal do consentimento presumido, com a retomada, portanto, da obrigatoriedade da autorização familiar, independente da vontade do potencial doador, quando em vida.

Desta forma, compromete-se a autonomia da vontade, princípio constitucional, também fundamental na Bioética, na teoria Ética de Kant, e expresso no Art. 14 do CC / 2002 e Código de Ética Médica / 2019, o que deve justificar a ampliação do debate social acerca do tema, com garantias à autonomia da vontade, ou seja, a autonomia do potencial doador, sobre a disposição de seu próprio corpo, após a morte, independente da decisão da família.

Pode-se afirmar que o estabelecimento de critérios para o diagnóstico de morte encefálica e coma irreversível, em 1968, nos EUA, contribuiu para reduzir controvérsias entre familiares e hospitais acerca da doação de órgãos post mortem. Deve-se lembrar, também, sobre a importância da capacitação técnica especializada da equipe multiprofissional, para reconhecimento e notificação da morte encefálica e esclarecimento familiar, com consequente redução das taxas de recusa. Ressalta-se, também, experiências como a norte americana, com expansão dos critérios para inclusão de doadores, como por exemplo, os portadores de infecções virais crônicas, como os vírus da hepatite C e HIV, eficazes no aumento das taxas de doações e transplantes de órgãos. Na realidade brasileira, além das medidas já citadas, faz-se também necessária a redução das disparidades regionais.

Deve-se ressaltar a presença do princípio da solidariedade nos dispositivos constitucionais, corroborando, portanto, com o instituto do consentimento presumido, presente em projetos de lei, em trânsito no Congresso Nacional, neste momento, como ferramenta essencial para o aumento nas taxas de doação. No entanto, ainda que o consentimento presumido seja reconhecido, em alguns países, como uma iniciativa capaz de aumentar as taxas de doação, a experiência internacional majoritária reforça a posição de que esta medida deve ser alinhada a substanciais investimentos e melhorias em infra-estrutura técnica e profissional, nos territórios nacionais, de forma integrada.

Além disso, deve-se resguardar o princípio da autonomia da vontade, do potencial doador, ainda em vida, princípio este, também, presente na carta magna, de 1988. Defende-se, portanto, a busca pelo equilíbrio entre os princípios da solidariedade e da autonomia da vontade. Encontra-se substrato ao princípio da autonomia, também, na Teoria Ética de Kant, como uma

condição para a existência humana digna.

Desta forma, para a preservação do princípio da autonomia da vontade, tanto Estado, quanto sociedade, devem ser responsáveis por ações suficientes em sensibilização e conscientização do indivíduo, de forma que o mesmo possa, ainda em vida, com autonomia, e dignidade, decidir pela disponibilidade de seu corpo, após a morte, com a finalidade de doação e transplante de órgãos e tecidos humanos.

Por fim, apesar de avanços científicos nas últimas décadas, as expectativas de terapias alternativas ao alotransplante, como por exemplo, o xenotransplante, os dispositivos implantáveis, e a engenharia de tecidos, ainda esbarram em importantes limitações técnicas. Desta forma, considerando a oferta de órgãos e tecidos humanos, historicamente abaixo da demanda, assim como as perspectivas de aumento considerável na demanda para o futuro próximo, justificam-se, maiores esforços para o desenvolvimento de políticas públicas eficazes e capazes de garantir maiores taxas de transplantes.

REFERÊNCIAS

AGOSTINI, L. **Autonomia: Fundamento da dignidade humana em Kant**. Dissertação apresentada à banca examinadora do Programa de Pós-Graduação em Filosofia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Orientador: Prof. Dr. Draiton Gonzaga de Souza. Porto Alegre / RS. 2009.

ALVES, M. S. P. **A proteção constitucional do princípio da autonomia da vontade**. Monografia apresentada como requisito para a conclusão do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Privado do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Orientador: Prof. Dr. Davi Monteiro Diniz Brasília / DF, 2007.

ARTICULO, Archimedes C. *Living Organ Donation, Beneficent Helping, & the Kantian Concept of Partial Self-Murder*. *Open Journal of Philosophy*, 4, pg. 502-509, 2014.

BARRETO, Bruna Souza et al. Fatores relacionados à não doação de órgãos de potenciais doadores no estado de Sergipe, Brasil. **Rev. Bras. Pesq. Saúde**, Vitória, 18(3): 40-48, jul-set, 2016

BEAUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F. *Principles of biomedical ethics*. 7ª edição. Nova York: Oxford University Press; 2013. p. 15

BRASIL. **Lei nº 4.280**, de 05 de novembro de 1965. Dispõe sobre a extirpação de órgão ou tecido de pessoa falecida. Diário Oficial da União - Seção 1 - 11/11/1963, Página 9482.

BRASIL. **Lei nº 5.479**, de 10 de agosto de 1968. Dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes de cadáver para finalidade terapêutica e científica, e dá outras providências. Diário Oficial da União - Seção 1 - 14/8/1968, Página 7177.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União - Seção 1 - 5/10/1988, Página 1

BRASIL. **Lei nº 8.489**, de 18 de novembro 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. Diário Oficial da União: de 20/11/1992, p. 16065

BRASIL. **Lei nº 9.434**, de 04 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 05 fev. 1997.

BRASIL. **Lei nº 10.046**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: Seção 1 – 11/01/2002, pg. 1.

BRASIL. **Decreto nº 9.175**, de 18 de outubro de 2017. Regulamenta a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, para tratar da disposição de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 2, 19 out. 2017.

BRASIL. **RESOLUÇÃO Nº 2.217, de 27 de setembro de 2018**. Aprova o Código de Ética Médica. Publicado no Diário Oficial da União em: 01/11/2018 | Edição: 211 | Seção: 1 | Página: 179

BRUZZONE, P. Aspectos da religião na doação de órgãos. **Transplant Proc**. May;

40(4):1064-7, 2008.

CASCALHO, Marília; PLATT, Jeffrey L. *The future of organ replacement – needs, potential applications and obstacles do application. Transplant Proc.* 38(2): 362–364, 2006.

CASCALHO, Marília; PLATT, Jeffrey L. Futuro do transplante de órgãos. **N Engl J Med**; 387:77-78, 07/07/2022.

CAMPBELL, L. *Kant, autonomy and bioethics; Kant, autonomie et bioéthique. Ethics, Medicine and Public Health.* Volume 3, Issue 3, Pages381-392, July–September 2017.

CFM. Resolução nº 1.995, de 2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes.

CFM. Recomendação CFM nº 1, de 2016. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica. **Câmara Técnica de Bioética do Conselho Federal de Medicina.** Finalização dos trabalhos em 22/08/2012. Revisado em 25/11/2015.

CFM. Resolução CFM nº 2.173, de 2017. **Conselho Federal de Medicina.** Diário Oficial da União, de 15 dez.2017, Seção 1, p. 274-6.

COELHO, G.H.F.; BONELLA, A.E. Doação de órgãos e tecidos humanos: a transplantação na Espanha e no Brasil. **Rev. bioét. (Impr.)**. 2019; 27 (3): 419-29.
<http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422019273325>

CRUZ, E.B. Recusa na doação de órgãos. **Agência Brasil (EBC)**. São Paulo, 27 set. 2019. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2019-09/principal-motivo-para-nao-doacao-de-um-orgao-e-negativa-familiar>. Acesso em 17 mar.2023.

DALAL, Aparna L. *Philosophy of organ donation: Review of ethical facets. World J Transplant*; 5(2): 44–51, 24 junho, 2015.

DONALDSON, M. Chase. *Using Kantian Ethics in Medical Ethics Education. Med.Sci.Educ.* 27:841–845, (2017)

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil. Brasileiro.** Editora Saraiva. 2011.

ETHEREDGE, Harriet Rosanne. *Assessing Global Organ Donation Policies: Opt-In vs Opt-Out. Risk Manag Healthc Policy.* 14: 1985–1998, 2021.

KIDNEY, National Kidney Foundation. *Religion and Organ Donation.* Disponível em: <https://www.kidney.org/atoz/content/religion-organ-donation>. Acesso em: 18 março, 2023.

FRANCO, Elaine Cristina. O consentimento informado e a lei brasileira. **Jus Brasil**, 2019. Disponível em: <https://elainefrancoadv.jusbrasil.com.br/artigos/682319555/o-consentimento-informado-e-a-lei-brasileira>. Acesso em 19.03.23.

FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e Biodireito: revista, atualizada e ampliada.** 5ª Edição. Indaiatuba – SP: Editora Foco, 2021.

GRACIA, Diego. *Hard times, hard choices: founding bioethics today. Bioethics*, 9: 192-206, 1995

GREGOR, Mary. *Critique of practical reason. Cambridge texts in the history of philosophy. Cambridge University Press*, 1997.

GRIFFITH, B.P. Genetically Modified Porcine-to-Human Cardiac Xenotransplantation. **N Engl J Med.** 2022 Jul 7;387(1):35-44. doi: 10.1056/NEJMoa2201422.

KANT, Immanuel. *Groundwork of the Metaphysics of Morals*. Cambridge University Press. June 2012.

MAHENTHRAN, Thakshayene. *The new “opt-out” organ donation English law: Is the NHS ready for this?* **Clin. Med (Lond)**. Londres, 21(1): e92–e93, Jan.2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **PORTARIA Nº 2.600**, DE 2009. Aprova o Regulamento Técnico do Sistema Nacional de Transplantes. 21 dez. 2009.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Transplantes e doação de órgãos**. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/composicao/saes/snt>. Acesso em: 17 mar.2022.

MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO. REAL DECRETO 1301/2006, de 10 de noviembre, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos. BOE núm. 270 Sábado 11 noviembre 2006 39475

MORAES, Edvaldo Leal; MASSAROLLO, Maria Cristina Komatsu Braga. Recusa da doação de órgãos. **Acta paul. Enferm.** 22 (2), 2009.

NORDHAM, Kristen D. *The history of organ transplantation*. **Proc. (Bayl Univ. Med. Cent.)**. 35(1): 124-128), 2022.

ROSSO, Paulo Sérgio. Solidariedade e direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988. **Revista Eletrônica do CEJUR**, Curitiba-PR, a. 2, v. 1, n. 2, ago./dez. 2007.

SCHILICH, Thomas. *The art of medicine. The origins of organ transplantation*. **Lancet**. Montreal, Quebec, Canada. Vol. 378. Pg. 1372-1373. October 15. 2011.

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

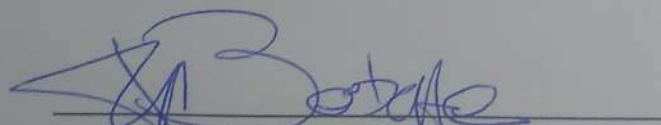
Eu, Fábio Magalhães Barbeta

discente regularmente matriculado(a) na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº 42072425, período matutino, turma _____, tendo realizado o TCC com o título: Transplante de órgãos e tecidos humanos: doadores em potencial e a autonomia da vontade, sob a orientação do(a) Professor(a) José de Resende Junior

declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 08 de 05 de 2023


Assinatura do discente