

DOAÇÃO DE ÓRGÃOS CONSENSO PRESUMIDO

A recente promulgação da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, provocou uma série de discussões sobre o regime jurídico do transplante e sobre os limites do poder legislativo na matéria. Alguns chegaram a sustentar que a opção adotada pelo legislador brasileiro contrariava disposições constitucionais específicas, como aquelas referentes ao direito de personalidade, especialmente ao direito de autodeterminação, ao direito à privacidade e à dignidade humana. A questão envolve relevantes aspectos jurídicos, pois, se, de um lado, suscita indagações sobre eventual supressão da autonomia individual, desperta, por outro, a necessidade de superar os obstáculos que ameaçam a vida de um número elevado de pessoas que esperam na fila interminável o surgimento de doadores.

Como se sabe, são dois os modelos jurídicos básicos adotados na disciplina das transplantações homólogas:

1. o modelo do consentimento (*opting-in system*), adotado nos Estados Unidos e na Inglaterra, exige consentimento expresso manifestado pelo doador (consentimento restrito) ou por sua família (consentimento alargado)¹;

2. o modelo da oposição ou dissentimento (*opting-out system*), ou consentimento presumido (*presumed consent*), que reconhece ao doador o direito de deduzir oposição à colheita de órgãos ou tecidos².

Além dessas configurações, cogita-se de

um modelo de informação, no qual, na ausência de manifestação do doador, comunica-se à família sobre a intenção de se proceder à retirada de órgãos do falecido, a qual, se quiser, poderá manifestar-se contrariamente. É o que se adota na Itália. Trata-se de uma variante do modelo de oposição.

Na mesma linha, poder-se-ia falar, ainda, de um modelo de declaração obrigatória, calcado em uma estrutura binária de consentimento ou oposição, restando ao legislador disciplinar a eventual significação do silêncio³.

Já a utilização de modelos variados pelos diversos sistemas jurídicos está a indicar que não se pode, aprioristicamente, afirmar que uma ou outra opção realizada pelo legislador revela-se absolutamente incompatível com a proteção da dignidade humana, da privacidade ou do próprio direito de autodeterminação.

É inegável que um juízo seguro sobre a legitimidade constitucional de um ou de outro modelo depende da existência de normas sobre a organização e procedimento (*Recht auf Organization und Verfahren*) que assegurem a possibilidade de uma decisão autônoma e consciente por parte do eventual doador e o respeito aos seus direitos fundamentais.

Tais cautelas ou procedimentos envolvem a ampla possibilidade de o indivíduo manifestar a sua opinião, eventualmente contrária à doação, a facilidade em afastar, a qualquer tempo, uma decisão eventualmente tomada, e, especialmen-

te, o acesso a informação que permita uma tomada de decisão e um juízo seguro por parte do indivíduo.

Assim sendo, a simples opção pelo modelo da doação presumida não significa uma afronta ao princípio da livre autodeterminação das pessoas ou uma violência contra a sua liberdade de decisão.

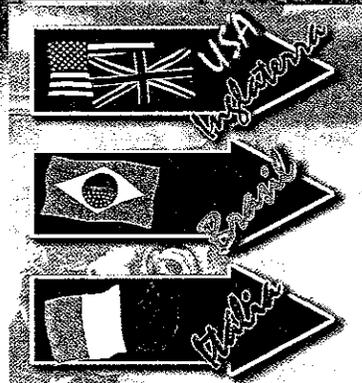
Essa questão, que, como se sabe, está associada a concepções de índole moral e filosófica, não pode ser contemplada fora de um dado contexto sócio-político. Tal como anota o Professor Carl Cohen, da Universidade de Michigan,

*"if we knew that only 1 or 2 persons in 10 would autonomously donate their organs, a system that presumed consent, protecting 10% automatically but obliging the other 90% to register their objections to make their will effective, would be unfair. But if we have good reasons to believe that 7 or 8 of 10, or even 6 of 10, would in fact choose to donate their own organs for lifesaving uses after death, a system that presumed the absence of consent (...) similarly protect minority and obliges the majority to register their views expressly, and it is then unfair"*⁴.

Evidente, pois, que a decisão legislativa em favor de um ou de outro modelo ou, ainda, a tentativa de desenvolver "sistemas híbridos" não pode fazer *tábula rasa* das concepções filosóficas, sociais e políticas predominantes na sociedade.



Sistemas jurídicos básicos das transplantações de órgãos



Opting-in system – exige o consentimento expresso manifestado pelo doador.

Consentimento presumido – reconhece ao doador o direito de deduzir oposição à colheita de órgãos ou tecidos.

Modelo da informação – na ausência de manifestação do doador, comunica-se a sua família sobre a intenção de se proceder à retirada de órgãos do falecido.

Ressalte-se, porém, que, tão importante quanto a adoção de um ou de outro modelo, se afigura a criação de condições para que o respeito aos direitos fundamentais, especialmente à idéia de dignidade da pessoa humana e ao princípio da autodeterminação, se concretize de forma efetiva.

Essencial, para isso, revela-se um esforço do Poder Público no sentido de informar os cidadãos sobre os seus direitos e a concepção de um modelo normativo-procedimental que assegure e facilite a decisão do eventual doador num ou noutro sentido.

Não se pode perder de vista que, além de aspectos essenciais relacionados com a decisão personalíssima do eventual doador, há outros valores igualmente relevantes associados à vida e à saúde dos possíveis beneficiários. Assim sendo, a conformação jurídico-institucional que se pretenda conferir ao processo de doação há de ser precisa e idônea, para não banalizar o importante ato de doação, mas terá de ser dotada, igualmente, de singeleza e aptidão necessárias a assegurar a preservação da vida dos eventuais receptores.

Essas considerações servem pelo menos para demonstrar que a chamada “doação presumida” não se revela, por si só, contrária ao direito de autodeterminação das pessoas ou ao princípio da dignidade humana. Eventuais deficiências poderão ser atribuídas às regras de organização e de procedimento.

Na espécie, resta evidente que algumas cautelas básicas foram tomadas com o objetivo de dotar “o ato de doação presumida” de uma coerência mínima. Partindo da premissa básica de que maioria expressiva da população favorece o modelo institucional adotado – fato, de resto, aparentemente comprovado em pesquisas demoscópicas –, estabeleceu o legislador que a manifestação do “não-doador” há de ser inscrita de forma indelével no documento de identidade ou na carteira de habilitação (Lei nº 9.434/97, art. 4º, §1º). Da mesma forma, assentou-se a possibilidade de se reformular a qualquer momento a decisão tomada, procedendo-se à retificação no documento adequado (Lei nº 9.434/97, art. 4º, § 4º). Resta preservada, pois, a autodeterminação do indivíduo em toda sua extensão.

É certo que o Poder Público muito ainda poderá fazer no sentido de *densificar* esse modelo, seja mediante o desenvolvimento de campanhas de esclarecimento, seja por meio da adoção de medidas complementares, no plano da execução, que permita ao eventual “doador presumido” se converter efetivamente em um “doador declarado.”⁵

NOTAS:

- 1 Cf. Loureiro, João Carlos Simões Gonçalves, *Transplantações: um Olhar Constitucional*, Coimbra, 1995, págs. 28-9.
- 2 Cf. Loureiro, João Carlos Simões Gonçalves, *Transplantações: um Olhar Constitucional*, cit., pág. 26.
- 3 Cf. Loureiro, João Carlos Simões Gonçalves, *Transplantações: um Olhar Constitucional*, cit., pág. 30.
- 4 Transcrito in: Berger, Alan, *The Presumed Consent Law: a Sensible Alternative to Xenotransplantation*.
- 5 Nesse sentido, convém observar que decreto recente assinado pelo Presidente da República estabelece que das novas carteiras de identificação constarão as expressões “não-doador” ou “doador”, assegurando-se àqueles que se classificam na última categoria um “direito de confirmação” de sua opção.

GILMAR FERREIRA MENDES é Procurador da República; Professor Adjunto da Univ. de Brasília – UnB; Mestre em Direito pela Univ. de Brasília – UnB (1988); Doutor em Direito pela Universidade de Münster, República Federal da Alemanha – RFA (1990).