

A doação compulsória de órgãos e os prisioneiros condenados à morte: uma análise sob o ponto de vista da bioética

Claudio Cohen
Daniela Bucci

Resumo O artigo visa debater a doação compulsória de órgãos de prisioneiros condenados à morte frente à demanda de órgãos e tecidos que ultrapassa em muito a oferta e leva à necessidade de encontrar medidas para aumentar o número de doações. Argumenta que a doação compulsória de órgãos de condenados à morte deve ser entendida como violação de direitos humanos e não como medida de justiça social. Discute a abrangência do princípio do respeito ao ser humano, abordando a autonomia do indivíduo e sua competência, bem como o sentimento de altruísmo à luz da legislação brasileira e em face da vulnerabilidade dos condenados diante da legislação internacional sobre o tema.

Palavras-chave: Doação de órgãos. Direitos humanos. Bioética.



Claudio Cohen

Médico psiquiatra, professor associado, responsável pela disciplina de Bioética na Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (FMUSP), coordenador do Núcleo de Estudos de Bioética da USP e presidente da Comissão de Bioética do Hospital de Clínicas (HC-FMUSP), São Paulo, São Paulo, Brasil

O avanço científico tem proporcionado um número cada vez maior de benefícios, prolongando a vida de vários indivíduos e garantindo a outros uma qualidade de vida melhor; no entanto, esses avanços também têm gerado conflitos no campo da bioética.

Graças a pesquisas realizadas a respeito de técnicas de alta complexidade, a medicina tem proporcionado progressos também na área dos transplantes: novas possibilidades técnicas, novos medicamentos e imunossuppressores têm proporcionado crescente quantidade de transplantes bem-sucedidos. Exemplo recente foi o primeiro transplante total de face realizado na Espanha ¹. Trata-se de cirurgia extremamente complexa que, além de implicar a ligação de diversos nervos e músculos, bem como exigir a participação de várias especialidades médicas, também pode fazer surgir novos conflitos bioéticos, como, por exemplo, rela-



Daniela Bucci

Graduada em Direito, professora da Universidade Municipal de São Caetano do Sul (USCS), mestranda em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado de São Paulo (USP), mestra em Filosofia do Direito pela Universidade Metropolitana de Santos (Unimes), coordenadora do Observatório de Violação de Direitos Humanos da Universidade Municipal de São Caetano do Sul (USCS), São Paulo, Brasil

tivos a uma possível mudança da própria identidade do indivíduo.

As pesquisas realizadas na área de transplantes e o sucesso da execução desses procedimentos têm gerado grande demanda de órgãos. Em razão disso, debater a doação coercitiva de órgãos é colocar-se diante de verdadeiro embate no campo da bioética: de um lado, temos a necessidade de dispor de órgãos e tecidos viáveis ante o avanço científico atual, com o objetivo de garantir a proteção do direito à vida, à liberdade e à integridade física daqueles indivíduos que precisam de determinado órgão; de outro, temos os princípios da voluntariedade e da gratuidade na doação de órgãos, que nem sempre serão suficientes para suprir a demanda necessária para transplantes.

No Brasil, a matéria foi regulamentada inicialmente pela Lei 8.489/92 e pelo Decreto 879/93, substituídos pela Lei 9.434, de 4/2/1997, posteriormente revogada pela Lei 10.211, de 23 de março de 2001. No entanto, em junho de 2004, novo projeto de lei propôs a doação compulsória de órgãos de condenados a penas superiores a 30 anos de reclusão e fez renascer o debate ético e jurídico sobre o tema. Assim, no campo da bioética, podemos lançar diversos questionamentos relacionados à doação de órgãos. Neste artigo procurar-se-á analisar os principais valores a serem considerados com relação específica à *doação compulsória* de órgãos por presos condenados à morte, a exemplo do que tem ocorrido na China, conforme reportagem de Paolo Virtuani ². Com relação ao Brasil, que não prevê a aplicação de pena de morte, podemos analisar os valores implicados sob a perspectiva da doação compulsória de órgãos de condenados com penas superiores a 30 anos, como pretendia o citado projeto de lei.

O respeito ao ser humano

É importante ressaltar que, em se tratando especialmente de doação de órgãos e tecidos, o respeito ao ser humano é pre-

ceito ético fundamental que deve ser levado em consideração. Daí falar-se em respeito à autonomia do indivíduo e do altruísmo real na doação; este, como a mais absoluta entrega ou retribuição do sentimento de gratidão.

A Lei 8.489/92 e o Decreto 879/93, que estabeleciam, basicamente, a doação voluntária como única forma de doação de órgão, deram início à regulamentação do tema no Brasil. Em substituição a essas regulamentações, a Lei 9.434/97 voltou a tratar do assunto, estabelecendo expressamente que a doação de órgãos, tecidos e partes do corpo, conforme o seu art. 1º, teria *disposição gratuita*, podendo ser realizada em vida ou após a morte, e que a retirada *post mortem* teria que ser, obrigatoriamente, precedida de diagnóstico de morte encefálica, nos termos de seu art. 3º.

A Lei 9.434/97 estabelecia que condutas mediante pagamento ou promessa que resultassem na incapacidade ou morte do *doador* seriam consideradas crime, observando o teor dos artigos 14 a 20. Além disso, estabelecia que, apesar de voluntária e gratuita, a vontade de doar era presumida, definindo que o indivíduo seria considerado automaticamente doador, salvo manifestação contrária (princípio do consentimento presumido). Diante das diversas polêmicas geradas, em março de 2001 uma nova lei, a Lei 10.211, concedeu à família a decisão de doar os órgãos do ente falecido.

Em junho de 2004, o Projeto de Lei 3.857, de autoria de Irapuan Teixeira³, propôs a doação compulsória de órgãos de condenados a

penas superiores a 30 anos de reclusão. Embora não aprovado e atualmente arquivado, o projeto reacendeu as discussões sobre o tema. Na legislação brasileira, prevalecem os princípios da voluntariedade e da gratuidade na doação de órgãos e tecidos.

Nesse sentido, vale mencionar que a vontade do indivíduo pode ser diferente da vontade do outro (somente os indivíduos socialmente competentes podem diferenciar). Respeitar o sentimento de altruísmo e solidariedade é realmente muito importante. A convicção individual é determinante na decisão de doar-se, mesmo após a morte. Vale lembrar, ainda, que o não doador também não deve ser condenado por sua convicção. Sob tal ótica, Berlinguer⁴ afirma que a referida convicção não deve gerar *acusações de insensibilidade ou sentimento de culpa*.

Por essa razão, suprimir tal vontade ou dispensar a necessidade do consentimento individual competente ou da família na doação de órgãos e tecidos acaba gerando importante debate bioético, com reflexos jurídicos, religiosos e sociais. O sistema de presunção de doação é adotado em muitos países, e o foi inclusive no Brasil, durante a vigência da citada Lei 9.434/97, atualmente revogada. Para Berlinguer⁴, embora esse sistema de presunção de doação de fato possa auxiliar na disponibilidade de órgãos, em geral a doação não é realizada caso o indivíduo tenha manifestado expressamente a vontade de não ser doador.

Diante disso, consideramos que o respeito ao ser humano é preceito fundamental que deve ser levado em consideração, mesmo nos casos

de doação compulsória, em especial de condenados à pena de morte. A partir desse pressuposto, serão levantadas, a seguir, algumas questões sobre o tema.

Por que aumentar a oferta de órgãos?

Como visto, a demanda de órgãos vem crescendo e sua escassez estimulou outras formas [de coleta], para somar-se à retirada de cadáveres⁵. O desequilíbrio entre a procura e a demanda é uma realidade⁴. Para que se compreenda a gravidade do problema, em 2008, de acordo com o *Health Resources and Services Administration*, que mantém uma lista nacional nos Estados Unidos, 50.624 estadunidenses aguardavam o recebimento de rins⁶. Conforme informação publicada no *The New York Times*⁷, até então cerca de 16.000 pessoas haviam recebido um rim – sendo 40% dos órgãos utilizados provenientes de doadores vivos. O número de pessoas aguardando órgãos chegava a 92.000, considerando fígado, pulmões e coração. O tempo de espera de órgãos compatíveis era de cinco a oito anos. A previsão é que esse número duplicasse em 2010.

O que leva à existência de um mercado negro de órgãos e tecidos?

Poderíamos apontar duas espécies de doação: *inter vivos* e *post mortem*. Vanessa Chandis⁸, ao denunciar a falta de incentivos para encorajar o aumento da oferta de órgãos, explica que, dependendo da situação, a doação pode

ser feita por órgãos originados de cadáveres ou de pessoas vivas. No último caso, entretanto, os doadores vivos em geral são parentes ou amigos próximos. Por causa do pouco incentivo para doar, o número de doadores vivos é baixo, o que, para a autora, tem estimulado o surgimento de um mercado negro de órgãos em países pobres⁹. No caso de negociação de órgãos *inter vivos*, a autora explica ainda que, tendo vendido seu órgão no mercado negro, justamente porque o doador vivo não tem acesso a bons cuidados médicos, e tampouco recursos para comprar medicamentos e fazer exames pós-cirúrgicos regulares, o doador acaba ficando em situação bem pior daquela anterior à venda de seu órgão⁹.

Por que a doação gratuita e espontânea seria superior a outras formas de doação?

Giovanni Berlinger⁴ alerta para o fato de que *a ciência biológica e a medicina profissional assumem uma responsabilidade particular* que pode trazer benefícios ou transformar o corpo em mercadoria. A sociedade tem manifestado grande preocupação ante o risco de se reduzir o ser humano ou suas partes a meras mercadorias ou *coisas*, em face do evidente desequilíbrio entre a demanda de órgãos e o material disponível. O ser humano não é uma coisa (*res*) e, portanto, não pode ser simplesmente usado como se fosse mero objeto. Ele é um *fim em si*, investido, portanto, de uma dignidade que lhe é própria, conforme ensina Kant¹⁰. Dessa noção humanística emerge, *inter alia*, a própria inaceitabilidade da escravidão e, reflexivamente, o fato de os órgãos humanos serem

entendidos normalmente como *res extra commercium* – coisas não comercializáveis.

Outra implicação deste princípio básico de *não coisificação* do ser humano seria que, além de o corpo humano não poder ser comercializado como simples coisa, ele também não pode ser expropriado, sendo parte intrínseca e personalíssima de cada um. Daí porque estimular a doação espontânea e gratuita. É essa gratuidade está diretamente relacionada à satisfação de fazer o bem a alguém: que *o próprio corpo, ou [o corpo] de um parente, ainda possa ser útil a outrem*, como aponta Berlinguer ⁴.

Ainda nesse sentido, o autor explica ser possível admitir a existência de uma *autorrealização* do ser humano ao *transferir para o corpo alheio uma parte de nosso próprio corpo (em vida, por meio do sangue e dos gametas; após a morte, por meio dos órgãos)* ⁴. Para ele, o prolongamento de uma vida com base na doação de órgãos e tecidos constitui o *fenômeno mais positivo de nossa época*. Entretanto, Berlinguer e Garrafa ⁵ afirmam que a doação pressupõe um *animus donandi* e que as leis, em geral, pretendem evitar que essa vontade de doar se confunda com a prática de atos de mercantilização.

O que se entende como altruísmo e quais benefícios poderiam advir de uma flexibilização e do aumento da oferta de órgãos?

O significado de altruísmo pode ser entendido de modos diferentes, merecendo, assim, detalhada análise. Em decorrência do altruísmo

(no sentido comumente utilizado pela sociedade) o indivíduo doa porque possui um sentimento de gratidão ou tem a expectativa social ou religiosa de receber alguma forma de gratidão. Classificamos essa forma de altruísmo como *altruísmo social*. A lei, refletindo as expectativas de nossa sociedade atual, não o menciona expressamente, mas podemos perceber que a legislação alberga um ideal social de altruísmo espontâneo, reafirmando-o por meio da gratuidade e voluntariedade.

Para muitos, no entanto, como já dito, depender essencialmente de um altruísmo não é suficiente. Para Satel ⁷, a única forma de aumentar o suprimento de órgãos é oferecer incentivos financeiros e outros, tais como incentivos fiscais, seguro-saúde garantido, bolsa-estudo para os filhos de doadores, depósitos em contas de aposentadoria etc. A autora sugere até a criação de um mercado regulado de órgãos *futuros*: um doador em potencial poderia receber compensação antecipada, como, por exemplo, contribuição a uma instituição de caridade de sua escolha ou seguro-saúde pela vida toda, em troca da permissão de que seus órgãos possam ser retirados quando de sua morte.

Satel afirma que pensar que tais práticas conduziram à ideia de que o corpo humano está à venda, e que isso de algum modo seria errado, é uma visão ultrapassada, ao menos para a sociedade estadunidense. Naquele país o mercado de óvulos, esperma e mães de aluguel é amplamente aceito; estudos realizados na Pensilvânia mostram que 53% dos entrevistados aceitariam pagamentos diretos por seus órgãos. Por fim, para a autora, a regula-

mentação bem feita pelo Estado garantiria a conscientização da população sobre as escolhas de doação; exigiria avaliação psicológica e médica dos doadores; e conferiria cuidados de qualidade no acompanhamento pós-doação, impedindo também que houvesse alguma forma de exploração dos menos favorecidos economicamente. Assim, em princípio, o estímulo para suprir a escassez de órgãos mediante contraprestações regulamentadas poderia inibir o tráfico de órgãos, uma vez que aumentaria sua oferta.

O consentimento presumido e a doação compulsória aumentam a oferta de órgãos respeitando-se o ser humano?

É justamente a procura elevada por órgãos e um fornecimento escasso que têm originado leis que incentivam (ou pretendem incentivar) a doação de órgãos. Nesse sentido, o consentimento presumido é um dos meios trazidos pela legislação mundial a fim de garantir o suprimento de órgãos. No consentimento presumido, o indivíduo não manifesta expressamente sua anuência com a doação de seus órgãos, esta é presumida pela lei, a menos que o mesmo declare expressamente não ser doador.

Entretanto, para Arthur Caplan¹¹, professor de Bioética na Universidade da Escola de Medicina da Pensilvânia, uma lei alterando a presunção da doação não é suficiente para resolver o problema. Experiências anteriores com o consentimento presumido no leste europeu demonstraram, conforme Satel⁷, que

a *educação do público e o treinamento constante nos hospitais* é fundamental para aumentar o número de doações. Apenas o consentimento presumido não é suficiente para causar significativo aumento do número de órgãos doados.

Além disso, vale dizer que somente pequeno percentual da população informa sua qualidade de doador, cabendo em geral às suas famílias negar ou aceitar a doação quando de fato advém a morte. E, ademais, apenas um número menor ainda desses órgãos doados é suficientemente saudável para a doação. Assim, parece que uma política que incentive a doação por indivíduos e por seus familiares, realizada principalmente em hospitais, poderia colaborar com o aumento do número de doadores voluntários de órgãos.

Nesse contexto, a doação compulsória de órgãos seria outra medida visando ao aumento da disponibilização de órgãos para transplante. No Brasil, em junho de 2004, o Projeto de Lei 3.857, de autoria do deputado federal e professor Irapuan Teixeira, propôs a doação compulsória de órgãos de condenados a penas superiores a 30 anos de reclusão. Dentre as justificativas apresentadas pelo deputado à época, estava a de suprir a necessidade de órgãos para transplante. Todavia, a doação compulsória esbarra em diversos aspectos no campo da bioética e no campo jurídico, com reflexos religiosos, culturais e sociais. Suprimir a vontade do indivíduo ou restringi-la obrigando-o a entregar seus órgãos não nos parece a melhor forma de resolver o problema da escassez de órgãos para transplantes, e ainda causa vários outros problemas.

A *Declaração Universal dos Direitos Humanos*¹² traz nova percepção ética das relações humanas com o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e direitos iguais à vida, à liberdade e à segurança, que implicam o *respeito do outro* e a autonomia como *valores fundamentais* do indivíduo¹³.

Breve histórico dos instrumentos voltados à ética na pesquisa

Outro importante aspecto a ser discutido é justamente a autonomia do indivíduo frente à vulnerabilidade para tomar decisões. O item II.15 da Resolução 196/96¹⁴ do Conselho Nacional de Saúde, que trata das pesquisas envolvendo seres humanos, estabelece que vulnerabilidade *refere-se a estado de pessoas ou grupos que, por quaisquer razões ou motivos, tenham a sua capacidade de autodeterminação reduzida*. A vulnerabilidade do indivíduo, portanto, é o ponto-chave desta discussão. E um grupo vulnerável, historicamente sujeito às mais diversas atrocidades, é precisamente o dos prisioneiros, em especial aqueles condenados à morte.

A história moderna mostra que prisioneiros, condenados ou não à morte, foram objeto de pesquisas científicas. Prisioneiros *voluntários* eram submetidos à pesquisa em troca de uma redução de pena, por exemplo. Já os condenados à morte eram submetidos a pesquisas científicas mediante justificativas religiosas ou diante de sua *utilidade* oferecida à sociedade, ou seja, como forma de *quitar sua dívida perante a sociedade*. A premissa de que a

pesquisa em seres humanos seria essencial para o progresso científico, e que, muitas vezes, seria necessário o prejuízo ou sacrifício de alguns para alcançar o benefício de muitos, também foi um dos argumentos usados para justificar essa prática, em especial com prisioneiros.

E foi justamente a vulnerabilidade desses indivíduos que fez com que pesquisas com este grupo não fossem incomuns. Na Alemanha nazista, durante a Segunda Guerra Mundial, por exemplo, os campos de concentração tornaram-se verdadeiros laboratórios de pesquisas científicas, cuja prática abusiva e desumana acabou por indignar o mundo no pós-guerra, estimulando a formulação e adoção de vários instrumentos regulatórios. O conhecimento sobre o teor dessas pesquisas contribuiu para instituir princípios éticos que direcionassem e conduzissem os estudos científicos em seres humanos.

Em vista disso, a recomendação da manifestação de concordância expressa do indivíduo passou a integrar o rol de princípios norteadores da pesquisa científica envolvendo seres humanos, como dispôs o item 1 do *Código de Nuremberg*¹⁵ de 1947, primeiro diploma internacional de ética tratando de pesquisas com seres humanos: o consentimento precisa ser livre, e o sujeito de pesquisas precisa ser legalmente capaz de fornecer seu consentimento, podendo, inclusive, desistir em qualquer momento da pesquisa.

O *Código de Nuremberg* estabelece também a necessidade de transparência sobre os métodos

que serão usados e riscos decorrentes da pesquisa a que o indivíduo irá se submeter, instituindo verdadeira responsabilidade pessoal do pesquisador. Curiosamente, veta a possibilidade de conduzir pesquisa que possa causar morte ou dano irreparável a *menos, talvez, naqueles experimentos nos quais os realizadores também sejam os sujeitos de pesquisa* ¹⁶.

Além disso, o documento afirma que os resultados da pesquisa devem ser benéficos à sociedade sem, contudo, implicar em risco pessoal maior para o sujeito que a ela se submete. Especifica que a pesquisa só pode ser empreendida se os resultados não puderem ser alcançados de outro modo. Determina ser preciso evitar danos e sofrimentos desnecessários, físicos e mentais, estipulando também que não deverão ser realizadas pesquisas caso se possa supor que resultarão na morte ou na invalidez permanente de seus participantes, podendo, inclusive, ser interrompidas pelo próprio pesquisador a qualquer momento, caso considere necessário. Além disso, o pesquisador deve interromper o experimento caso perceba *que sua continuidade pode resultar em lesão, incapacidade ou morte para o sujeito* ¹⁵.

O documento a seguir produzido em nível mundial para regular a ética nas pesquisas é a *Declaração de Helsinki* ¹⁶, elaborada em 1964 no âmbito da Assembleia Médica Mundial (AMM) e várias vezes revisada: em 1975 (Tóquio/Japão); 1983 (Veneza/Itália); 1989 (Hong Kong/China); 1996 (Somerset West/África do Sul); 2000 (Edimburgo/Escócia); 2002 (Washington/EUA); 2004 (Tóquio/Japão) e 2008 (Seul/Coreia do Sul).

Além de reiterar os princípios consagrados pelo *Código de Nuremberg*, a *Declaração de Helsinki* trata – já na introdução da versão original – da importância da pesquisa para *o incremento do conhecimento científico e para ajudar a humanidade*. Apresenta recomendações para a pesquisa clínica, em especial, diferenciando as pesquisas com propósito *essencialmente terapêutico* daquelas de cunho *puramente científico*, estabelecendo a proteção da vida e da saúde do paciente, máximas que devem ser respeitadas pelo pesquisador. Cumpre salientar, entretanto, que a última alteração em 2008 abriu precedente para o *double standart* com a revisão dos artigos 29 e 30.

Em 1966, a Assembleia Geral das Nações Unidas elaborou o *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos* (Pidesc) ¹⁷, em vigor desde 1976, que estabeleceu no art. 7º: (...) *ninguém será submetido, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas*. Em 1993, foram elaboradas as *Diretrizes Éticas Internacionais para Pesquisas Biomédicas Envolvendo Seres Humanos* ¹⁸, pelo Conselho para Organizações Internacionais de Ciências Médicas (Cioms), com a colaboração da Organização Mundial da Saúde (OMS), em Genebra, exigindo que pesquisas com seres humanos devam sempre passar por revisão de uma comissão de ética em pesquisa. Em 2005, a *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos* ¹⁹ buscou identificar princípios universais pautados em valores éticos no que tange ao desenvolvimento científico e tecnológico, isto é, garantindo a liberdade da pesquisa sem perder de vista a proteção dos

direitos fundamentais dos seres humanos, inclusive das populações mais vulneráveis.

Como visto, ainda que todos esses documentos especifiquem os padrões éticos que devem orientar a pesquisa com seres humanos, acreditamos que o mesmo raciocínio possa ser aplicado à questão em tela neste artigo – a doação compulsória de órgãos de condenados à pena de morte. Em um e em outro caso, verifica-se que o respeito à autonomia deve guiar o projeto e a prática. Especificamente no que tange ao enfoque deste artigo, deve-se considerar que, ainda que a pena de morte não seja aplicada no Brasil e que o Projeto de Lei 3.857/04 tenha sido arquivado, é relevante para o estudo dos conceitos bioéticos de autonomia e vulnerabilidade refletir sobre a doação compulsória de órgãos, no que se refere aos prisioneiros condenados à morte, bem como sobre os significativos conflitos bioéticos que surgem dessa possibilidade.

O que poderia justificar eticamente a doação compulsória de órgãos de condenados?

Berlinguer e Garrafa²⁰ alertam para o fato de que o *alto preço dos órgãos no mercado internacional poderia ocasionar um estímulo monetário à multiplicação das execuções* e denunciam a venda de órgãos de prisioneiros condenados à morte em Cantão (China), amplamente divulgada pela revista *Lancet*, pela imprensa italiana e por documentário produzido pela *British Broadcasting Corporation* (BBC)²¹. Explicam que, por razões religiosas, os transplantes em Hong Kong eram particularmente difíceis. As con-

dições religiosas locais eram as de que a alma de um indivíduo cujo corpo fora *desmembrado* não encontraria paz depois da morte. Conforme os autores, a China não negou que as execuções possam ter aumentado para ajudar a suprir a demanda de órgãos local, mas alegou tratar-se de casos isolados. As autoridades chinesas ainda disseram que os prisioneiros condenados haviam concordado com a retirada dos órgãos, antes da execução da pena de morte.

Frente a situações como essa, que apontam para a escassez de órgãos para transplantes, o principal argumento apresentado pelos defensores da doação compulsória, especificamente com relação a prisioneiros condenados à morte, é o de que um indivíduo condenado à pena de morte poderia, assim, contribuir com a sociedade, doando seus órgãos. Já que sua morte é certa, ao menos outras vidas poderiam ser salvas. Essa conduta poderia ser considerada ética? Tratar-se-ia de abuso contra a liberdade individual ou de justiça social?

A corrente ético-filosófica que poderia ser utilizada para fundamentar tal conduta é conhecida como ética consequencialista ou ética prática. Vale dizer, no entanto, que a referida ação só seria permitida se observasse algumas condições. Peter Singer²² explica que viver eticamente está ligado às justificativas e a razão de ser de determinada conduta. Uma conduta, para ser considerada ética, deveria observar o benefício universal, não apenas o de certo grupo ou indivíduo. Para Singer²³, *a ética se fundamenta num ponto de vista universal, o que não significa que um juízo ético particular deve ser universalmente aplicável*, admitin-

do uma *forma de utilitarismo*. Segundo a ética utilitarista (ou assemelhadas, por exemplo, a ética consequencialista), a doação compulsória de órgãos seria justificável e eticamente correta desde que os benefícios dela advindos superassem os malefícios causados por sua imposição. Nesse caso, devemos considerar não apenas os benefícios alcançados para a sociedade mediante determinada conduta, mas também os malefícios, e, portanto, é imprescindível sopesá-los a fim de verificar o que seria, no final das contas, melhor.

No entanto, como vimos, tais *justificativas* foram amplamente utilizadas em experiências com seres humanos ao longo da história, experiências essas que certamente violaram direitos fundamentais do indivíduo, como, por exemplo, o de dispor da própria vida e do próprio corpo (autonomia), bem como princípios, nesse caso menores, de altruísmo e solidariedade. Enfim, violou-se o respeito mínimo que um ser humano deve ao outro. Não se pode dizer que o benefício advindo de tais abusos teria compensado seus malefícios. Igualmente, não nos parece que o utilitarismo suportaria de modo geral a doação compulsória de órgãos, especialmente de condenados ou presos (condenados ou não à pena de morte), justamente em vista de sua vulnerabilidade e das consequências nefastas que poderiam advir de tal política. Aceitar tal conduta poderia nos levar até à cumplicidade na execução de crimes contra a humanidade, conforme a posição de alguns. Pois, como assevera Kant, o imperativo categórico implica no dever de agir somente segundo uma máxima tal que se possa querer que se torne lei universal²⁴.

Considerações finais

Em vista do exposto, podemos desde já vislumbrar os obstáculos que podem advir de uma presunção de doação por parte de qualquer um. Com relação a presos, o caso torna-se ainda mais complexo. Tratar-se-ia aqui realmente de consentimento presumido, como muitos apontam? *Impor* a presos uma *presunção de doação* de órgãos não seria, na verdade, consagrar uma *doação compulsória*, em vista de sua condição de particular vulnerabilidade? Além da pena a que foram condenados, saber que terão seus órgãos removidos após sua execução, em se tratando de condenados à pena de morte, não seria *per se* uma nova punição por um crime pelo qual já haviam sido condenados, um verdadeiro *bis in idem*? O Estado, então, restringe a autonomia do cidadão, impondo-lhe a pena máxima (atentando contra sua própria vida), e ainda retira-lhe os órgãos contra sua vontade (ou diante de uma vontade sinteticamente construída). Ao aceitar tais condutas, a sociedade estaria sendo cúmplice de crimes? Tratar-se-ia mesmo de justiça social?

Não nos parece ser este o caso, pois entendemos que os argumentos levantados ao longo do texto devem observar sempre o respeito ao ser humano e sua autonomia, como parâmetros para a justiça social. Mesmo admitindo-se que a doação compulsória de órgãos atendesse à justiça social sob algum tipo de argumento *utilitarista*, somente poderia ser aceitável se trouxesse mais benefícios universais do que malefícios. Entretanto, é extremamente difícil quantificar tais benefícios e malefícios, levando-se em conta a sociedade (*pro societatis*) ou o indivíduo.

O respeito ao ser humano é preceito fundamental para nortear a conduta dos seres humanos e precisamos considerar seus dois aspectos essenciais – a autonomia do indivíduo e o sentimento de altruísmo que existe (ou deveria existir) na doação de órgãos e tecidos – para identificar as circunstâncias em que é eticamente correto extrair seus órgãos para transplante. Em vista desses aspectos e sua relevância na construção da noção de respeito humano, somente poderia ser admitida a retirada de órgãos de condenados à morte após seu livre e expresso consentimento. O que, em tal situação de coerção *a priori*, pode ser extremamente difícil ou mesmo impossível de conseguir. O mesmo se aplica no caso de condenados a pena superior a 30 anos.

Em face do valor que cada indivíduo tem *per se*, em razão da necessidade de fortalecer a liberdade individual, integridade física e dignidade do ser humano, e pelo risco de abusos e injustiças que a doação compulsória de órgãos de presos condenados à morte (e vale dizer, a condenados a penas superiores a 30 anos, como pretendia o projeto de lei no Brasil) pode causar nesse grupo extremamente vulnerável, acreditamos não ser possível admiti-la sem que o doador e sua família sejam devidamente esclarecidos a respeito e consentam expressamente com a doação, de modo que sua vulnerabilidade não constitua um óbice a sua livre convicção.

Em outras palavras, com relação à doação de órgãos, não nos parece justificável aplicar a condenados um regime diferente daquele aplicado aos cidadãos no gozo pleno de seus direitos – o que seria uma prática discriminatória. O livre e expresso consentimento de qualquer indivíduo deve ser sempre autônomo e fundado em suas próprias convicções. Entretanto, não se pode também esquecer que esse grupo vive de fato uma situação desigual em relação aos demais cidadãos por estar privado da liberdade e aprisionado em uma instituição. Em tais condições os prisioneiros devem ser vistos e tratados na singularidade de sua desigualdade em relação à cidadania plena, ao menos no que concerne à doação de órgãos. Devem ser protegidos de qualquer ação coercitiva do Estado como forma de garantir-lhes justiça social, considerada, nesse caso, a peculiaridade de sua situação.

No que tange à disparidade entre a oferta e a demanda de órgãos para transplantes, consideramos que a informação e a conscientização individual e coletiva da sociedade seriam, na verdade, as melhores maneiras de aumentar a oferta de órgãos, não só *post mortem*, mas também *inter vivos*. Tendo papel essencial na construção do ideal social de solidariedade e do sentimento de altruísmo, que podem florescer em qualquer um, essas formas de doação espontâneas podem contribuir não só para salvar vidas, mas para fomentar o respeito mútuo entre os seres humanos.

Resumen

La donación compulsoria de órganos de presos condenados a muerte: un análisis desde la perspectiva de la bioética

Este artículo pretende debatir la donación compulsoria de órganos de presos condenados a muerte en vista de la demanda de órganos y tejidos que ultrapasa mucho la oferta y genera la necesidad de encontrar medios para aumentar el número de donaciones. Defiende que la donación compulsoria de órganos de condenados a muerte debe ser entendida como una violación de derechos humanos y no como un medio de justicia social. Discute la amplitud del principio del respeto al ser humano, abordando la autonomía del individuo y su competencia, y el sentimiento de altruismo en vista de la legislación brasileña delante de la vulnerabilidad de los condenados delante de la legislación internacional sobre este tema.

Palabras-clave: Donación de órganos. Derechos humanos. Bioética.

Abstract

The compulsory donation of organs and the death row inmates: an analysis from bioethics' standpoint (through the perspective of bioethics)

This article aims at debating the compulsory donation of organs by death row inmates in view of the demand for organs and tissues for transplants that is far higher than their supply, which leads to the necessity to find ways to increase donations. This article advocates that compulsory donation of organs by death row inmates should be understood as human rights violation, instead of a measure to foster social justice. It discusses the scope of the principle of human respect, approaching individual self-determination and its competence, as well as the feeling of altruism in light of the Brazilian legislation and in view of death row inmates' vulnerability under the international legislation on such theme.

Key words: Organ donation. Human rights. Bioethics.

Referências

1. Gonçalves A. Transplante total de rosto. *Jornal da Tarde* [Internet]. 24 abr 2010 [acesso 19 out 2010]; *Secção Mundo*. Disponível: <http://www.jt.com.br/editorias/2010/04/24/int-1.94.6.20100424.1.1.xml>.
2. Virtuani P. Cina: il bus dei condannati a morte: iniezione letale a bordo mentre si dirige al

- più vicino ospedale per l'espanto degli organi. Corriere Della Sera [Internet]. 2009 Mar 25 [acesso 10 mai 2010]. Disponível: http://www.corriere.it/esteri/09_marzo_25/cina_bus_condannati_6d11fc16-191b-11de-8031-00144f486ba6.shtml.
3. Irapuan Teixeira. PL 3.857/04. Disciplina a pena física nos casos que especifica, instituindo a doação compulsória de órgãos. Câmara dos Deputados [Internet]. 2004 jul 24 [acesso 19 out 2010]. Disponível: http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=259172.
 4. Berlinguer G. Corpo humano: mercadoria ou valor? *Estud Av.* 1993;7(19):167-192. doi.org/10.1590/S0103-40141993000300005.
 5. Berlinguer G, Garrafa V. O mercado humano: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo. Brasília: Editora Universidade de Brasília; 2001. p.124.
 6. US Department of Health and Human Services. Health Resources and Services Administration [Internet]. Tabel 5.1a. Waiting list patient characteristics at end of year. Kidney waiting list. Active waitlistPatients, 1999 to 2008. 2009 May 4 [acesso 19 out 2010]. Disponível: http://www.ustransplant.org/annual_reports/current/501a_wait-time_ki.htm.
 7. Satel S. Death's waiting list. *The New York Times* [Internet]. 2006 May 15 [acesso 2 mai 2010]; Opinion. Disponível: <http://www.nytimes.com/2006/05/15/opinion/15satel.html>.
 8. Chandis V. Addressing a dire situation: a multi-faceted approach to the kidney shortage. *University of Pennsylvania Journal of International and Economic Law.* 2006;27(1):205-272.
 9. Chandis V. Op. cit:205-6.
 10. Kant I. *Ethical theories.* New York: Prentice Hall; 1950. Chapter Foundation of the Methaphysics of Morals; p.231-287.
 11. Webb Maye. Should laws push for organ donation? *The New York Times* [Internet]. 2010 May 2 [acesso 2 mai 2010]; The Opinions Pages. Disponível: <http://roomfordebate.blogs.nytimes.com/2010/05/02/should-laws-encourage-organ-donation/?pagemode=print>.
 12. Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos [Internet]. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Brasília: Ministério da Justiça; [acesso 13 out. 2010]. Disponível: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm.
 13. Cohen C. Bioética e sexualidade nas relações profissionais [Internet]. São Paulo: Comissão de Bioética do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, 2003 [acesso out 2010]. Disponível: <http://hcnet.usp.br/adm/dc/cobi/artigo/artigo1.pdf>.
 14. Conselho Nacional de Saúde (Brasil). Comissão Nacional de Ética em Pesquisa. Normas e diretrizes éticas para pesquisa envolvendo seres humanos. Brasília: Ministério da Saúde; 1996.
 15. Tribunal Internacional de Nuremberg. Código de Nuremberg 1946 [Internet]. Santiago: Universidad de Chile, Centro Interdisciplinario de Estudios en Bioética; 2002 [acesso 13 out 2010]. Disponível: <http://www.bioetica.uchile.cl/doc/nurem.htm>.

16. Associação Médica Mundial. Declaração de Helsinki I. Adotada na 18ª Assembleia Médica Mundial, Helsinki, Finlândia; 1964 [Internet]. Porto Alegre: Núcleo Interinstitucional de Bioética da UFRS; 1997 [acesso 13 out 2010]. Disponível: <http://www.ufrgs.br/bioetica/helsin1.htm>.
17. United Nations. International Covenant on Civil and Political Rights. Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966 entry into force 23 March 1976, in accordance with Article 49. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights [Internet]. 2008 [acesso 13 out 2010]. Disponível: <http://www2.ohchr.org/english/law/pdf/ccpr.pdf>.
18. Conselho para Organizações Internacionais de Ciências Médicas. Organização Mundial da Saúde. Diretrizes éticas internacionais para pesquisas biomédicas envolvendo seres humanos. Genebra: Cioms/OMS;1993.
19. Unesco. Declaração universal sobre bioética e direitos humanos; 2005 [Internet]. Lisboa: Comissão Nacional da Unesco; 2006 [acesso 13 out 2010]. Disponível: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>.
20. Berlinguer G, Garrafa V. Op.cit. p.130.
21. Berlinguer G, Garrafa V. Op.cit. p.129.
22. Singer P. Ética prática. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes; 2002. p.18.
23. Singer P. Op. cit. p.19-22.
24. Kant I. Textos selecionados. São Paulo: Abril; 1994. Capítulo Fundamentação da metafísica dos costumes; p.101-162. (Coleção Os Pensadores).

Recebido 6.10.10

Aprovado 10.3.11

Aprovação final 22.3.11

Contatos

Claudio Cohen - ccohen@usp.br

Daniela Bucci - danielabucci@ig.com.br

Cláudio Cohen - Departamento de Medicina Legal, Ética Médica e Medicina Social e do Trabalho da FMUSP. Av. Dr. Arnaldo, 455 CEP 01246-903. São Paulo/SP, Brasil.

Participação de cada autor no trabalho

Claudio Cohen e Daniela Bucci idealizaram e desenvolveram o tema do trabalho durante a disciplina Bioética e Direito da FMUSP-FDUSP. Posteriormente, redigiram, em conjunto, o artigo, sendo Claudio Cohen orientador e Daniela Bucci pesquisadora.