

DOI: <https://doi.org/10.30749/2177-8337.v24n50p29-46>

**PL 3176/2019, ECONOMIA COMPORTAMENTAL E O SISTEMA *OPT-OUT*:
UMA NOVA CHANCE PARA INCENTIVAR A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS NO
BRASIL?**

**BILL 3176/2019, BEHAVIORAL ECONOMICS AND THE OPT-OUT SYSTEM: A
NEW CHANCE TO ENCOURAGE ORGAN DONATION IN BRAZIL?**

Otávio Morato de Andrade^{1*}

Resumo: Ainda que os avanços da ciência tenham aprimorado o êxito das cirurgias de transplantes, a oferta de órgãos não acompanhou a demanda, e milhares de pacientes ainda morrem à espera de um doador. Embora muitos indivíduos considerem-se doadores, nem sempre tal vontade é formalizada ao longo da sua vida, em alguns casos por mero esquecimento. Estratégias pesquisadas pela Economia Comportamental visam modificar a arquitetura de escolha, a fim de contornar vieses cognitivos e outras limitações – como a inércia e o esquecimento – na tomada de decisão humana. A literatura especializada tem sugerido que a adoção do *Nudge* do consentimento presumido (*opt-out*) poderia aumentar o número de doadores de órgãos sem, no entanto, afetar a autonomia dos cidadãos sobre tal decisão. O presente construto utiliza dados bibliográficos e documentais para traçar um panorama jurídico e histórico dos transplantes no Brasil e, a partir deste quadro, verificar, à luz dos achados da Economia Comportamental, a possibilidade de implementação de *Nudges* como estratégia de enfrentamento ao déficit de órgãos. Conclui-se que o Projeto de Lei (PL) nº 3.176/2019, que visa estabelecer o consentimento presumido para doação de órgãos, pode ser uma estratégia viável para otimizar as taxas de transplantes no país.

Palavras-chave: Economia comportamental. PL 3.176/2019. Consentimento presumido. Doação de órgãos.

Abstract: Although advances in science have improved the success of transplant surgery, the supply of organs has not kept up with demand, and thousands of patients still die waiting for a donor. Although many individuals consider themselves to be donors, this will not always be formalized throughout their lives, in some cases by mere forgetfulness. Strategies researched by Behavioral Economics aim to modify the architecture of choice, in order to overcome cognitive biases and other limitations - such as inertia and forgetfulness - in human decision making. The specialized literature has suggested that the adoption of the Nudge of presumed consent (*opt-out*) could increase the number of organ donors without, however, affecting the citizens' autonomy over such a decision. The present construct uses bibliographic and documentary data to draw a legal and historical overview of transplants in Brazil and, from this framework, verify, in the light of the findings of the Behavioral Economy, the

^{1*} Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Especialização em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). E-mail: otaviomorato@gmail.com

possibility of implementing Nudges as a strategy to face the organ deficit. It is concluded that Bill 3.176 / 2019, which aims to establish presumed consent for organ donation, may be a viable strategy to optimize transplant rates in the country.

Keywords: Behavioral economics. Bill 3176/2019. Presumed consent. Organ donation.

Recebido em: 22/07/2020

Aceito em: 05/05/2021

1 INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, os notáveis avanços da ciência incrementaram o sucesso das técnicas de transplantes. Todavia, a quantidade de órgãos e tecidos não tem acompanhado o aumento das necessidades médicas. As listas de espera crescem em todo o mundo e é grande a quantidade de doentes que morrem à espera de um órgão que possa salvá-los (SEINER, 2004). De acordo com estatísticas do Registro Brasileiro de Transplantes (Associação Brasileira de Transplantes – ABTO, 2019, p. 15), o Brasil possuía, em março de 2019, 33.984 pacientes em listas de espera por órgãos e tecidos. O documento também aponta que, entre as várias causas possíveis para a não doação, a principal é a recusa das famílias do potencial doador. Em aproximadamente 40% dos casos, os órgãos ou tecidos de potenciais doadores não são aproveitados por falta de consentimento, seja dos pacientes, quando em vida, seja dos seus parentes ou responsáveis, após o óbito. Soma-se a isso o fato de que, recentemente, com a crise sanitária ensejada pela Covid-19, os pacientes mortos testados positivos para este vírus têm sido considerados inaptos para a retirada de órgãos, fazendo despencar as doações em 2020 (ALMEIDA, ARAÚJO, 2020).

Diante da necessidade premente de se incrementar a disponibilidade de órgãos, especialistas passaram a recomendar a implementação de políticas públicas baseadas em economia comportamental — área que se dedica a compreender o processo de tomada de decisão humana — como forma de aumentar as taxas de doadores e solucionar o déficit de transplantes. Neste contexto, cientistas como Richard Thaler e Cass Sunstein têm defendido abertamente a utilização dessas novas estratégias, chamadas *Nudges*, como forma de melhorar as taxas de consentimento, sem que isso prejudique a liberdade de escolha do indivíduo (SUNSTEIN & THALER, 2009, p. 10). O objetivo desta pesquisa é verificar se a doação de órgãos para transplantes pode ser incentivada pelo sistema de consentimento presumido, cuja sugestão legislativa (Projeto de Lei – PL nº 3.176/2019) encontra-se atualmente em tramitação no Congresso Nacional.

Do ponto de vista metodológico, o presente construto utilizará dados **bibliográficos e documentais**, combinando análises qualitativas e quantitativas em uma investigação descritiva e exploratória (VERGARA, 2006). As etapas do processo

de pesquisa podem ser assim delineadas: 1) contextualização legal dos transplantes no Brasil, através de **pesquisa bibliográfica**, concatenada com a análise de **database institucional** sobre doações de órgãos, de forma a construir o universo inicial da pesquisa; 2) **revisão de literatura** sobre a Economia Comportamental, identificando-se os **principais fundamentos e aplicações** dos incentivos comportamentais, e procedendo a **interpretação dos achados científicos mais relevantes** sobre o tema; e 3) com base nas etapas anteriores, **análise indutiva** do PL nº 3.176/2019, de modo a verificar se ações governamentais baseadas em *Nudges* seriam capazes de atenuar o déficit de órgãos e tecidos no Brasil.

Este artigo possui impactos práticos e imediatos, uma vez que o Projeto de Lei ora analisado se encontra em discussão no Congresso Nacional. Neste sentido, a pesquisa pode contribuir diretamente para o debate atual sobre políticas públicas para transplantes no país.

2 BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO LEGAL DOS TRANSPLANTES

A Lei nº 4.280, publicada em 6 de novembro de 1963, foi pioneira em permitir a doação de órgãos no Brasil. O texto previa a “*extirpação* de partes de cadáver, para fins de transplante” (art. 1º), mediante prévia autorização do doador ou na ausência de oposição por seus familiares. Não havia impedimento explícito quanto à doação com caráter não-gratuito, lacuna que poderia abrir brecha para a comercialização de órgãos (MAYNARD et al, 2015, p. 126). Para retificar estes e outros aspectos, foi formulada a Lei nº 5.479, sancionada em 10 de agosto de 1968, que revogou a anterior. A nova legislação proibiu a disposição onerosa do corpo (art. 1º), excluindo os controversos termos “extirpar” e “pessoa falecida”, muito criticados à época. Assim como a primeira legislação, determinava a obrigação de consentimento expresso do doador e, nos casos omissos, a manifestação familiar (MAYNARD et al, 2015, p. 127).

Em 1988, a Constituição Federal vedou expressamente a comercialização de órgãos em seu art. 199, § 4º, prevendo regulamentação futura para reger o sistema de transplantes (BRASIL, 1988). No ano de 1997 surgem novos marcos jurídicos: a “Lei de Transplantes” e a concepção do Sistema Nacional de Transplantes – SNT e das

Centrais de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos (CNCDOs). O SNT e as CNCDOs foram engendrados pelo decreto presidencial nº 2.268/1997, com o objetivo de desenvolver o processo de captação e distribuição de tecidos, órgãos e partes retirados do corpo humano para finalidades terapêuticas (BRASIL, 1997). Já a Lei n. 9.434/1997, também chamada "Lei de Transplantes", veio a alterar a regulamentação de 1968, ratificando a "disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano [...] para fins de tratamento ou transplante" (art. 1º) e estabelecendo a necessidade de comprovação da morte encefálica do doador (art. 3º) (BRASIL, 1997b).

A Lei dos Transplantes de 1997, em seu art. 4º, também trouxe uma importante mudança, adotando o consentimento presumido como forma de autorização da doação de tecidos órgãos ou partes do corpo. Segundo esse modelo de consentimento, considerava-se doador presumido todo indivíduo que não fizesse constar, em seus documentos oficiais de identidade, o status de "não-doador". Muito embora a intenção do novo texto legislativo fosse aumentar as doações de órgãos no país, a norma não foi bem recebida pela sociedade, sendo chamada, por exemplo, de "doação compulsória" e de "doação coercitiva" (SZKLAROWSKY, 1997). Desta forma, o texto original da Lei de Transplantes acabou sofrendo alterações, notadamente através da Lei n. 10.211/2001, que excluiu a previsão de consentimento presumido. Apesar da exclusão deste trecho, a Lei n. 9.434/1997 continua em vigor até os dias atuais.

Pouco tempo depois, o Código Civil de 2002 trouxe dois dispositivos a respeito da doação de órgãos. O artigo 13, que proíbe o ato de dispor do próprio corpo em vida e o art. 14, que viabilizou a disposição gratuita do próprio corpo após a morte. Na prática, essas normas não trouxeram mudança significativa no tratamento legal dado ao tema, uma vez que tanto a proibição do art. 13 como a possibilidade franqueada pelo art. 14 já estavam previstos na Lei dos Transplantes de 1997.

Em 2016, o ex-presidente Michel Temer assinou o Decreto n. 8.783/2016, permitindo ao Ministério da Saúde requisitar apoio da Força Aérea Brasileira (FAB) para o "transporte de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, até o local onde será feito o transplante ou, quando assim for indicado pelas equipes especializadas, para transporte do receptor até o local do transplante" (BRASIL, 2016). Em 2017, outro

decreto de Michel Temer estendeu também ao companheiro do *de cuius* a prerrogativa de decidir sobre o destino dos órgãos do potencial doador (BRASIL, 2017).

Em março de 2019, o Registro Brasileiro de Transplantes (RBT) divulgou um relatório mostrando que haviam 33.984 pessoas na fila de transplantes no Brasil, das quais 660 eram crianças. Somente no primeiro trimestre de 2019, 806 pessoas morreram à espera de um órgão. No boletim parcial de 2019 há outro dado preocupante: foi registrada uma queda tanto no número de doadores quanto no percentual no aproveitamento de órgãos doados (Associação Brasileira de Transplantes – ABTO, Boletim de Março de 2019, p. 17). A situação, considerada “muito difícil” pela ABTO, é de escassez de doadores, que é explicada, em parte, porque uma parcela expressiva das famílias dos mortos se recusa a autorizar a doação. De acordo com o relatório anual do RBT de 2018, o índice de não autorização familiar foi de 43%. O *paper* mais atual, de 2019, mostra que houve recusa da família em 39% dos casos (Associação Brasileira de Transplantes, Boletim de Março de 2019, p. 15).

A resistência à doação, portanto, é o maior problema a ser enfrentado. Entre as razões que dissuadem as pessoas a não se registrarem como doadores destacam-se: questões religiosas; desconfiança nas equipes médicas e hospitais; falta de entendimento sobre a morte cerebral; crença em um mercado negro de órgãos; questões de merecimento (por exemplo: receio que o órgão ou tecido vá para uma pessoa “má”, por exemplo, alguém que tenha cometido um crime hediondo). Por fim, muitas pessoas em vida não se inscrevem como doadoras pelo desconforto em falar sobre sua própria morte e outras, por distração: elas simplesmente se esquecem de tratar dessa questão enquanto estão vivas (WEN, 2014, p. 8). Cientistas comportamentais (DAVIDAI, GILOVICH & ROSS, 2012) têm sugerido que parte dessas omissões de potenciais doadores podem estar ligadas a falhas de racionalidade. Desta forma, parte da literatura recomenda alterações nas políticas públicas como forma de contornar essas falhas e incrementar a doação de órgãos, o que será demonstrado nos próximos capítulos.

3 A ECONOMIA COMPORTAMENTAL E PATERNALISMO LIBERTÁRIO

A partir da década de 1960, os cientistas comportamentais começaram a investigar a fundo o processo de tomada de decisão humana. Esses esforços foram capitaneados por Herbert Simon, Amos Tversky e Daniel Kahneman, que identificaram falhas de racionalidade e vieses cognitivos² como influências no processo de escolha do indivíduo (KAHNEMAN & TVERSKY, 1979, p. 260-268). O desenvolvimento destas pesquisas resultou na Teoria do Prospecto, na qual os cientistas desafiaram conceitos da economia neoclássica, como a teoria da utilidade esperada, segundo a qual um tomador de decisão, diante de várias possibilidades de escolha, se comportaria de forma a maximizar seu bem-estar. Neste sentido, os pesquisadores concluíram que:

O peso da decisão associado a um evento dependerá principalmente da percepção da probabilidade desse evento, que poderia estar sujeita a grandes vieses. Além disso, os pesos de decisão podem ser afetados por outras considerações, como ambiguidade ou imprecisão. (KAHNEMAN & TVERSKY, 1979, p. 269, Tradução nossa³)

Isso ocorre porque há dois sistemas na mente, que foram sintetizados com maestria pelos psicólogos Keith Stanovich e Richard West (2000, p. 30) como sistema 1 e sistema 2. O primeiro opera rapidamente, com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário. Suas atividades têm cunho automático, como por exemplo entender frases simples, detectar hostilidade em uma voz, se orientar em relação à fonte de um som, dirigir um carro, etc. Por sua vez, o segundo sistema aloca atenção às atividades mentais laboriosas e de raciocínio mais sofisticado, incluindo cálculos complexos, estacionar numa vaga apertada, preencher um formulário extenso, dizer a alguém seu número de telefone, etc. Muito embora o sistema 1 seja útil e ofereça as facilidades ocasionadas pela intuição, ele é, de acordo com Daniel Kahneman, “uma máquina de conclusões precipitadas”, uma vez que “a

² Vieses cognitivos (*cognitive bias*) são processos mentais inconscientes, capazes de afetar as decisões e julgamentos que as pessoas fazem. Entre os inúmeros existentes, podemos citar: viés da ancoragem (tendência de se fixar desproporcionalmente numa primeira impressão para analisar um assunto), viés do status quo (tendência de gostar que as coisas permaneçam relativamente as mesmas) e aversão à perda (tendência do indivíduo de ser mais impactado, emocionalmente, pela perda de um valor X do que por um ganho de mesmo valor).

³ No original: “*The decision weight associated with an event will depend primarily on the perceived likelihood of that event, which could be subject to major biases. In addition, decision weights may be affected by other considerations, such as ambiguity or vagueness.*” (KAHNEMAN & TVERSKY, 1979, p. 269)

dúvida consciente não está no repertório do Sistema 1; ela exige a manutenção de interpretações incompatíveis na mente ao mesmo tempo, o que exige esforço mental. Incerteza e dúvida são o domínio do Sistema 2" (KAHNEMAN, 2011, p. 90-91)

O Sistema 1, portanto, pode levar a uma série de erros de julgamento e decisões precipitadas, prejudicando o processo de decisão (KAHNEMAN & TVERSKY, 1974, p. 1124). Os cientistas comportamentais concluíram, portanto que, sob a ótica da racionalidade, o indivíduo falha frequentemente em suas escolhas, por exemplo: não poupa dinheiro para o futuro, insiste em hábitos comprovadamente nocivos, como o tabagismo, e deixa de pagar impostos por mero esquecimento, mas acaba pagando-os mais tarde com multa e correção.

Apoiados nessas falhas de racionalidade, muitos pesquisadores comportamentais passaram a defender intervenções capazes de orientar o indivíduo a tomar decisões mais racionais, melhorando seu próprio bem-estar e o da sociedade em que vive. Essas intervenções deveriam ser formuladas com o objetivo de alterar os contextos de escolha para contornar os vieses comportamentais que levam o indivíduo a escolher mal e persistir no erro. Desta forma, concebeu-se o "Paternalismo libertário": a ideia de que é permissível "guiar" o processo de decisão individual por meio de incentivos comportamentais, desde que essas práticas respeitem a autonomia individual. Esses cientistas prelecionam que o Paternalismo libertário é uma "abordagem que preserva a liberdade de escolha, mas que autoriza tanto as instituições públicas como as privadas a orientar as pessoas em direções que promoverão seu bem-estar" (SUNSTEIN & THALER, 2003, p. 179).

Com o advento do Paternalismo libertário, as técnicas de influência estudadas e difundidas pelos cientistas comportamentais foram chamadas por diferentes nomes nas publicações especializadas: "incentivos", "intervenções", "sugestões", "toques", etc. Anos mais tarde, ao descrever esses modelos de abordagem comportamental, Sunstein e Thaler (2008, p. 5) cunharam o termo *Nudge* para se referir a essas intervenções. Em inglês, *Nudge* representa uma espécie de "cutucada" sutil, geralmente com o cotovelo, a fim de chamar a atenção do indivíduo para alguma coisa que está lhe escapando. Ou seja, *Nudge* é apenas uma das formas de nomear esses pequenos incentivos, que buscam reverter ou atenuar os efeitos dos vieses cognitivos, direcionando as escolhas dos indivíduos em um sentido mais racional

(SUNSTEIN & THALER, 2008, p. 13). Daniel Kahneman explica que a forma como o contexto de escolhas é desenhado pode melhorar as decisões do indivíduo, através de um “empurrão”:

O empurrão está baseado em psicologia sólida (...) A opção default naturalmente é percebida como a escolha normal. Desviar da escolha normal é um gesto de comissão, o que exige mais deliberação laboriosa, implica maior responsabilidade e tem maior probabilidade de evocar arrependimento do que se você não fizesse nada. Essas são forças poderosas que podem orientar a decisão de alguém que de outro modo está inseguro sobre o que fazer (KAHNEMAN, 2000, p. 441).

A literatura econômica contemporânea vem demonstrando o sucesso das abordagens baseadas em economia comportamental. Por exemplo, através do Plano *Save More Tomorrow* (THALER & BENARTZI, 2004, p. 164-187) foram utilizados *Nudges* para contornar vieses como o do *status quo* e a aversão à perda, incentivando funcionários a investirem mais em fundos de poupança. No Reino Unido, economistas do governo conseguiram maximizar a arrecadação tributária através do envio de cartas e mensagens de texto enfáticas aos inadimplentes. De maneira intencional e bem elaborada, esses *Nudges* chamavam a atenção dos devedores de impostos, multas e dívidas para as rigorosas sanções penais atribuídas aos crimes de sonegação. As abordagens também continham outros recursos de impacto, como por exemplo o slogan “O bom cidadão paga seus impostos”. De acordo com um relatório governamental (REINO UNIDO, 2015, p. 35), esse conjunto de incentivos aumentou a arrecadação em 210 milhões de euros no exercício de 2012/2013, evitando o ajuizamento de execuções e reduzindo, por tabela, gastos com oficiais de justiça e com demandas fiscais.

Por fim, um dos grandes estudos da economia comportamental centra-se justamente na modificação da arquitetura de escolhas na doação de órgãos, com o intuito de estimular um aumento na quantidade de doadores (DAVIDAI, GILOVICH & ROSS, 2012). A ideia de modificar o contexto de escolhas para promover os transplantes não é exatamente nova. Na verdade, alguns países europeus, como a Áustria, vêm adotando-a com notável sucesso desde a década de 1980. Ainda, colocar as políticas públicas sob a perspectiva da economia comportamental pode agregar benefícios bastante significativos, dentre os quais: a) descrever e explicar o

fenômeno dos sistemas *opt-out*, agregando-lhes fundamentação teórica, como por exemplo o estudo de heurísticas e vieses envolvidos; b) a constatar empiricamente o sucesso dessas políticas, através de pesquisas que evidenciam seus resultados e c) contribuir, com base nas teorias, experimentos e evidências, para a criação e aperfeiçoamento de *Nudges* para a doação de órgãos.

4 OPT-OUTE O PL 3.176/2019

4.1 Consentimento presumido ou sistema *opt-out*

O consentimento presumido tem sido apontado como estratégia eficaz para incentivar as doações de órgãos e tecidos. Esta ideia apoia-se no fato de que, ao longo da vida, o ser humano deixa de tomar decisões de repercussão pública por simples inércia, devido ao viés do *status quo* (THALER, 2009, p. 20). No caso das doações para transplantes, a omissão do indivíduo sobre o destino dos seus órgãos geralmente faz com que ele caia na regra-padrão ou *default*, ou seja, em muitos países como Brasil e Estados Unidos, ele será presumido como não-doador (THALER & SUNSTEIN, 2008, p. 175). A fim de validar esta premissa, Daniel Johnson e Eric Goldstein (2003, p. 1338-1339) conceberam uma pesquisa online para perguntar às pessoas se elas estavam dispostas a ser doadoras, que foram submetidas a três diferentes cenários de escolha. Verificou-se que, quando os entrevistados tiveram que optar ativamente por ser doadores (*opt-in*), apenas 42% o fizeram. Num contexto de consentimento presumido, onde a pessoa que não queria doar deveria recusar expressamente (*opt-out*) a condição de doador, houve 82% de doadores. Num cenário neutro, sem condição *default*, 79% das pessoas se declararam doadoras. Chegou-se à conclusão que, embora a maioria dos norte-americanos esteja disposta a doar seus órgãos, a necessidade de um consentimento explícito e proativo tem inviabilizado um grande número de doações.

Estudos realizados por Kurtz e Saks (1996) vêm a confirmar essa propensão. Os pesquisadores demonstraram que, entre todos os entrevistados que se declararam doadores de órgãos, apenas uma parte (64%) tinha se lembrado de inserir essa informação em sua carteira de motorista e uma minoria (36%) havia assinado um cartão de doador de órgãos (KURTZ & SAKS, 1996, p. 28-30). Com base nessas e

outras pesquisas, os cientistas comportamentais propõem que se altere essa regra-padrão, instituindo o consentimento presumido como *default*. Assim, as pessoas não-doadoras deveriam solicitar, perante os órgãos públicos, um pedido formal optando por sair (o termo utilizado é *opt-out*) da regra-padrão (THALER & SUNSTEIN, 2008, p. 175).

O consentimento presumido pode ser classificado em *opt-out* "forte" ou *opt-out* "suave". Na primeira modalidade, havendo a morte de um indivíduo que não se manifestou em vida sobre doação, presume-se o consentimento independente da vontade familiar. Já no caso do *opt-out* "suave", o consentimento presumido continua sendo a regra-padrão, mas a família tem o direito de impedir a doação, dando a última palavra sobre a retirada de órgãos (BRAMHALL, 2011, p. 15).

Desde 1982 a Áustria adota uma política de consentimento tácito, presumindo-se automaticamente a condição de doador em pacientes com morte encefálica diagnosticada, a não ser que tenham registrado especificamente esta recusa através do *opt-out* (que é feita através da entrega, às autoridades, de um formulário chamado "Registro de Oposição"). Além do "Registro de Oposição", quaisquer formas de declaração de vontade (eg.: um documento informal encontrado entre os documentos de identidade do falecido, ou uma declaração verbal feita na presença de membros da família) têm sido respeitadas. Li e Nikolka (2016, p. 91) sugerem que o sistema de *opt-out* pode ter contribuído no aumento nas doações de órgãos na Áustria e para o sucesso do seu sistema de transplantes. Eles demonstram que, no ano de 2014, a Áustria teve uma taxa de 24,94 doadores falecidos por milhão de habitantes, enquanto a Alemanha, país culturalmente similar, apresentou um índice de 10,45 doadores. Ainda em 2014, a Dinamarca (que utiliza *opt-in*) teve 14,29 doadores falecidos por milhão de habitantes, em comparação com a Finlândia, que adota o consentimento presumido e teve 22,41 doadores.

Johnson e Goldstein (2003, p. 1338) detectaram a mesma tendência ao comparar vários países com regras-*default* diferentes. Os pesquisadores mostraram, por exemplo, que as taxas de consentimento em países como Áustria (99,98%), Bélgica (98%) e Suécia (85,9%), que adotam o *opt-out*, são bem maiores do que as taxas em países com culturas similares, como Alemanha (12%), Holanda (27,5%) e

Dinamarca (4,25%), onde o consentimento para a doação não é presumido (sistema *opt-in*).

4.2 Projeto de Lei nº 3.176/2019

Em 28 de maio de 2019 o Senador Major Olímpio (PSL/SP) propôs o PL nº 3167, que visa alterar a Lei nº 9.434/97, viabilizando a presunção da doação de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, nos seguintes termos:

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

De acordo com a proposição, portanto, o consentimento para a doação de órgãos e tecidos no Brasil passaria a presumido, desde que o cidadão falecido fosse maior e capaz ao tempo da morte. Ao longo da vida, portanto, o indivíduo teria o direito de declinar da condição de doador a qualquer tempo, através da simples manifestação de vontade em documento público de identidade, que deverá ser processada imediatamente pelo órgão responsável:

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

§ 7º A manifestação de vontade em documento público de identidade poderá ser reformulada a qualquer momento, devendo o órgão responsável realizar imediatamente, no documento, a nova declaração de vontade, bem como, comunicar o Sistema Nacional de Transplantes – STN [...] (SENADO FEDERAL, 2019)

Na justificativa do projeto, o Senador sustenta que, diante da nova realidade sobre o tema, a legislação tem o dever de facilitar a captação e distribuição de órgãos no Brasil, fazendo menção ao fato de que diversos países como França, Bélgica, Portugal, Noruega, Croácia, Áustria e República Tcheca conseguiram melhorar seus índices de transplantes através do consentimento presumido. Atualmente, a matéria encontra-se em análise pelo relator do projeto, o Senador José Serra (PSDB-SP). Em

pesquisa aberta no site do Senado Federal, a proposição legislativa conta com a aprovação de cerca de 66% dos eleitores (SENADO FEDERAL, 2019).

4.3 Argumentos contrários ao PL nº 3176/2019

O sistema *opt-out* não é matéria pacífica na literatura especializada. Seus antagonistas sustentam, por exemplo, que o país com o maior índice de doadores de órgãos no mundo, a Espanha, não utiliza o sistema *opt-out*⁴ (FABRE, 2014; BRAMHALL, 2011). Em vez de modificar a legislação, estes pesquisadores sugerem um aperfeiçoamento na abordagem da família pelos agentes sociais e de saúde, de forma a mitigar dúvidas, desfazer mal-entendidos e reduzir a recusa nas autorizações (FABRE, MURPHY & MATESANZ, 2010; FABRE, 2014). Embora proponham outras maneiras de incrementar a doação de órgãos sem instituir o sistema de *opt-out*, os próprios críticos do consentimento presumido reconhecem que ele pode ter um efeito positivo na doação, sobretudo se a modalidade implementada for de “consentimento presumido forte”, ou seja, aquele que não pode ser impedido pela família (FABRE, 2014, p. 10-12). Como observado, a Lei nº 9.434/1997 falhou na tentativa de incluir o consentimento presumido no ordenamento pátrio através de seu art. 4º, que possibilitava a doação de órgãos salvo manifestação em contrário.

Ao nosso ver, este revés – frise-se, ocorrido há mais de duas décadas – não deveria impedir uma nova tentativa de debate sobre o tema. Primeiro, porque há evidências⁵ de que houve má comunicação do governo e grande confusão sobre o tema (GOLDIM, 2012, p. 10). Como vimos, o instituto chegou a ser rotulado equivocadamente de “doação compulsória” e de “doação coercitiva”, embora não o seja, pois a Lei dos Transplantes de 1997, em sua redação original, sempre assegurou

⁴ Com efeito, embora a Espanha possua legislação de consentimento presumido, implementada em 1979, atualmente ela encontra-se inativa (FABRE, MURPHY & MATESANZ, 2010, p. 3).

⁵ Segundo Ben-Hur Ferraz Neto, presidente da Associação Brasileira de Transplante de Órgãos (ABTO) na gestão 2014-2015, como à época o governo não fez uma campanha intensa de conscientização sobre a doação presumida, as pessoas interpretaram a lei como sendo compulsória – o que gerou reações contrárias. Disponível em <<https://veja.abril.com.br/saude/projeto-quer-reimplantar-doacao-presumida-de-orgaos/>>.

a liberdade de escolha do indivíduo sobre o destino dos seus órgãos. Em uma nova discussão, uma melhor comunicação por parte dos agentes legislativos e governamentais poderia ter papel fundamental para informar a sociedade da importância do consentimento presumido para o setor de transplantes, como meio de salvar vidas e diminuir o sofrimento de famílias e pacientes que estão à espera de órgãos e tecidos. Em segundo lugar, um forte motivo para retomar o debate é que, passados mais de 20 anos da controvérsia, há melhores condições para subsidiar o diálogo. Atualmente, a importância dos transplantes é mais reconhecida, e até setores tradicionalmente conservadores, como a Igreja Católica, já se posicionaram a favor da doação de órgãos (CNBB, 2008, p. 1). Ademais, a universalização do acesso à internet e aos meios eletrônicos poderia contribuir para ensejar um debate mais transparente e acessível à sociedade. Por derradeiro, o estudo aprofundado sobre as heurísticas e vieses no campo da economia comportamental tem trazido resultados mais consistentes nos últimos anos, revelando a eficácia da utilização do consentimento presumido enquanto política pública para subsidiar a melhora na condição dos transplantes. Desta forma, as evidências encontradas atualmente na literatura especializada fornecem um suporte científico robusto para um debate mais qualificado sobre implemento do *opt-out*, condição que não estava presente na ocasião em que foi sancionada a Lei dos Transplantes de 1997.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa apresentou os marcos legais sobre transplantes de órgãos e tecidos no Brasil, fornecendo um panorama atual sobre o tema. As estatísticas levantadas evidenciam uma situação preocupante, retratando aumento sustentado na demanda e uma oferta limitada de órgãos e tecidos para transplantes. Com efeito, políticas públicas como o consentimento presumido têm sido aplicadas no continente europeu desde a década de 1980. Entretanto, os estudos recentes subsidiados pela economia comportamental têm oferecido a possibilidade de conceber e elaborar essas políticas a partir de método científico, agregando suporte teórico e experimentos práticos que podem aumentar sua efetividade.

No âmbito das políticas públicas, o uso do sistema *opt-out* proposto pelo PL nº 3.176/2019 apresenta-se como solução viável, eficiente e de baixo custo para aumentar a disponibilidade de órgãos para transplantes no país, uma vez que a literatura científica comprova que esse *Nudge* pode contornar a influência de vieses cognitivos, incrementando o número de doadores voluntários. Apesar do fracasso da tentativa inicial de inserir o consentimento presumido no ordenamento, por meio da Lei n. 9.434/1997, as circunstâncias científica, sociais e políticas pertinentes ao tema já não são mais as mesmas. Na ocasião da Lei de Transplantes, por exemplo, a rejeição popular se deu num contexto de erros de estratégia e falhas de comunicação do governo. O Projeto de Lei nº 3176/2019, portanto, representa a chance de reabertura de discussão pública sobre o tema, para que o consentimento presumido possa ser rediscutido em um debate mais aberto e qualificado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Suzano; ARAÚJO Saulo. **Pandemia de coronavírus faz despencar doações de órgãos no DF**. Metrôpoles. 21 jun 2020.

ANDRADE, Otávio Morato de. **NudgeRio: um caso de aplicação de Ciência Comportamental às Políticas Públicas**. Revista Cadernos do Desenvolvimento Fluminense vol 16, 2019.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS – ABTO. **Dados Numéricos da doação de órgãos e transplantes realizados por estado e instituição no período: janeiro- março/2019**. Disponível:
<http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/RBT/2019/RBT-2019-1%20trim%20-%20Pop.pdf>

BRAMHALL, Simon. **Presumed consent for organ donation: a case against**. Annals of The Royal College of Surgeons of England. v. 93,4 (2011): 270–272. doi:10.1308/147870811X571136b. Disponível em:
<<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3363073/>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL. **Código Civil**, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988, Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

BRASIL. **Decreto n. 2.268**, de 30 de junho de 1997. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/D2268.htm>. Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL. **Decreto n. 8.783**, de 6 de junho de 2016. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8783.htm> Acesso em 20/06/2019

BRASIL. **Governo investe R\$ 1 bilhão na área de transplante de órgãos**. Jun 2018. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/noticias/saude/2018/06/governo-investe-r-1-bilhao-na-area-de-transplante-de-orgaos>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL. **Lei n. 4.280**, de 6 de novembro de 1963. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4280.htm> Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL. **Lei n. 5.479**, de 10 de agosto de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5479.htm>. Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL. **Lei n. 9.434**, de 4 de fevereiro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm>. Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL. **Lei n. 10.211**, de 23 de março de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10211.htm>. Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Novo decreto reforça o papel da família na decisão da doação de órgãos**. Out 2017. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/41557-novo-decreto-reforca-o-papel-da-familia-na-decisao-da-doacao-de-orgaos>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Brasil registra recorde de doadores de órgãos, mas recusa das famílias ainda é alta**.

CNBB. **Nota sobre a doação de órgãos**. Site da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. Set 2008. Disponível em: <<http://www.cnbb.org.br/nota-sobre-a-doacao-de-orgaos/>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

FABRE John et al. **Presumed consent: a distraction in the quest for increasing rates of organ donation**. Clinical Medicine. Royal College of Physicians. Londres, outubro de 2010.

FABRE, John. **Presumed consent for organ donation: a clinically unnecessary and corrupting influence in medicine and politics**. Clinical Medicine. Royal College of Physicians. Londres, dezembro de 2014, p.567-71.

GOLDIM, José Roberto. **Consentimento presumido para doação de órgãos: A situação brasileira.** 2001. Website Bioética. Núcleo interinstitucional de bioética da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

GOLDSTEIN, Daniel; JOHNSON, Eric. **Do Defaults Save Lives?** Science, Vol. 302, pp. 1338-1339, 2003.

KURTZ, Sheldon F. & SAKS, Michael J. **The Transplant Paradox: Overwhelming Public Support for Organ Donation vs. Under-Supply of Organs.** University of Iowa College of Law. Journal of Corporation Law v. 21, p. 767–806, Iowa, 1996.

LI, Jessica, NIKOLKA, Till. **The Effect of Presumed Consent Defaults on Organ Donation.** CESifo DICE Report 14, no. 4, p. 90-94, 2016.

MAYNARD, Lorena Oliveira Dantas et al. **Os conflitos do consentimento acerca da doação de órgãos post mortem no Brasil.** Revista de Direito Sanitário., São Paulo v.16 n. 3, p. 122-144, nov. 2015/fev. 2016.

REINO UNIDO. Behavioural Insights Team. **The Behavioural Insights Team Update report 2013-2015.** 2015.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 3176, de 2019. Autoria: Senador Major Olimpio (PSL/SP).

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. **Doação coercitiva de órgãos.** Revista JusBrasil (online). Fev 1997. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/1844/doacao-coercitiva-de-orgaos>> Acesso em: 20 jun. 2019.

THALER RH & SUNSTEIN CR. **Libertarian Paternalism.** The American Economic Review. v. 93, No. 2, Papers and Proceedings of the One Hundred Fifteenth Annual Meeting of the American Economic Association, Washington, DC, January 3-5. Maio de 2003, p. 175-179.

THALER Richard. **Opting in vs. Opting Out.** Jornal The New York Times. Set 2009. <Disponível em <https://faculty.chicagobooth.edu/richard.thaler/assets/files/NYT09-27-2009.pdf>> Acesso em 20/06/2019

THALER, Richard & BENARTZI, Shlomo. **Save More Tomorrow™: Using Behavioral Economics to Increase Employee Saving.** Journal of Political Economy 112, p. 164-187, fevereiro de 2014.

THALER, RH & SUNSTEIN, CR. **Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness.** New Haven, CT, US: Yale University Press. 2008.
TVERSKY, Amos & KAHNEMAN, Daniel. **Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases.** Revista Science 185, p. 1124-1131, 1974

TVERSKY, Amos & KAHNEMAN, Daniel. **Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk**. *Econometrica*, V. 47, No. 2, p. 263-291, março de 1979.
<Disponível: <http://www.jstor.org/stable/191418>> Acesso em 20/06/2019

VERGARA, Sylvia. **Projetos e relatórios de pesquisa em Administração**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

WEN, Tiffanie. **Why Don't More People Want to Donate Their Organs?** The Atlantic. Nov 2014. Disponível em:
<<https://www.theatlantic.com/health/archive/2014/11/why-dont-people-want-to-donate-their-organs/382297/>>. Acesso em: 25 mar. 2020.

WEST, Richard; STANOVICH, Kevin. **Individual differences in reasoning: Implications for the rationality debate?** *Behavioral and Brain Sciences* 23 (5):645-665, 2000.