

INEGOCIABILIDADE DA MATÉRIA ORGÂNICA. TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS OU PARTES DO CORPO (*)

LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES

“O pudor, o recato do sexo levantam a cada passo tropeços ao médico e ao cirurgião. Mas êsses empecilhos cedem sempre às exigências da necessidade, que, aliás, não exclui, no homem de ciência, a reserva, o tacto, o respeito dêsses sentimentos delicados e dessas conveniências severas. *Nesta região dos seus domínios, a liberdade da ciência, a sua ação prática não pode ter outras fronteiras senão as da utilidade social.*” (grifo nosso).

(Francisco de Castro, in “O Invento de Abel Parente”, Laemmert & Cia. Livreiros Editôres, 1893, pág. 77).

PRIMEIRA PARTE

INEGOCIABILIDADE DA MATÉRIA ORGÂNICA

SUMÁRIO: 1 — *Conceito de inegociável.* 2 — *Os direitos da personalidade: seus caracteres, conceito e natureza. A opinião da doutrina.* 3 — *O direito à vida e sobre o próprio corpo.* 4 — *O cadáver como objeto de direito.* 5 — *A previsão legislativa e o Anteprojeto de Reforma do Código Civil.* 6 — *Conclusão.*

1. *Conceito de Inegociável.*

Antes de qualquer consideração a respeito, faz-se mister precisar a significação jurídica de inegociabilidade, com referência à matéria orgânica.

(*) Ensaio jurídico apresentado no II Congresso Fluminense do Ministério Público (Teresópolis, 1968) e classificado em segundo lugar.

Segundo RUGGIERO¹, “a definição mais simples e admitida de negócio jurídico é: “uma declaração de vontade do indivíduo tendente a um fim protegido pelo ordenamento jurídico”. Caracteriza-se, pois, como desdobramento do ato jurídico, pela manifestação da vontade, sendo determinada coisa negociável, ou não, na medida em que possa tornar-se objeto de uma vontade juridicamente declarada, produzindo os efeitos que a lei lhe reconhece e permite.

DE PLÁCIDO E SILVA² formula o seguinte conceito do vocábulo negociável:

“Derivado de negociar, em sentido vulgar significa o vocábulo tudo o que é suscetível de negócio ou que possa ser objeto de uma venda.

Assim, negociável será toda coisa que esteja em comércio. Não serão negociáveis, pois, as que estão fora dêle, isto é, as insuscetíveis de apropriação e legalmente inalienáveis.”

Por essa definição, a negociabilidade prende-se à comercialidade do bem, tratando-se, afinal, da distinção entre coisa no comércio ou fora dêle, considerada esta última como insuscetível de apropriação ou legalmente inalienável (Código Civil, artigo 69).

2. *Os direitos da personalidade: seus caracteres, conceito e natureza. A opinião da doutrina.*

2.1. O exame do tema ora versado não se restringe a esta classificação dos bens, para devidamente situar a matéria orgânica, senão que envolve outro setor do direito, o dos chamados direitos da personalidade ou personalíssimos, onde a amplitude dos conceitos, a renovação e a elaboração constantes não permitem a fixação de uma área certa, isenta de dúvidas e divergências, com uniformidade de opiniões e critérios.

A hesitação já ocorre a partir de sua própria denominação, como “*direitos individuais* (KOHLEK), *direitos sobre a própria pessoa* (WINDSCHEID), *direitos pessoais* (WACHTER), *direitos de estado* (MUHLENBRUCH), *direitos originários*, *direitos inatos*, *direitos personalíssimos*. Últimamente, porém, acentua-se a prefe-

(1) ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituições de Direito Civil*, Saraiva, 1957, vol. I, pág. 267.

(2) DE PLÁCIDO E SILVA, *Vocabulário Jurídico*, Forense, 1963, vol. III, pág. 1.059.

rência pela expressão *direitos da personalidade* empregada por GIERKE”, conforme expõe ORLANDO GOMES.³

2.2. Receberam a influência do jusnaturalismo, que confere a cada homem direitos inatos, e na ordem civil figuram como atributos da personalidade. Favoreceu sua consagração legislativa a necessidade de se proteger a pessoa humana contra as ofensas à sua dignidade e o perigo que corria de ser amesquinhada diante da hipertrofia do poder político e do avassalador progresso técnico e científico.

Para PONTES DE MIRANDA⁴ “são efeitos de fatos jurídicos, que se produziram, nos sistemas jurídicos, quando, a certo grau de evolução, a pressão política fêz os sistemas jurídicos darem entrada a suportes fácticos que antes ficavam de fora, na dimensão moral ou na dimensão religiosa”.

Constam, neste século, de alguns códigos como o suíço, o japonês, o helênico e o egípcio, embora só estejam amplamente sistematizados no Código Civil italiano de 1942 e no recente Código Civil português. Fazem parte ainda dos projetos do Código Civil brasileiro e francês.

2.3. São considerados absolutos, extra-patrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios e necessários, subdividindo-se em direitos à integridade física e à integridade moral. Compreendem os primeiros o direito à vida, sobre o próprio corpo e ao cadáver.

De acôrdo com PERREAU⁵, “les deux caractères principaux des droits de la personnalité sont d’être opposables *erga omnes* et inestimables en argent”. Dêste último decorre que não podem ser cedidos, sua imprescritibilidade, a impossibilidade de transmissão por sucessão e a não aplicação dos meios comuns de representação de terceiros.

Reconhece, porém, que “des besoins sociaux ont conduit les juges à limiter dans une plus ou moins large mesure toutes ces conséquences”.

2.4. Seu conceito varia em função da natureza que lhe atribuem, entrando-se em terreno controverso.

Trata-se, para uns, de direitos sobre a própria pessoa, *jura in re se ipsum*, contestados por outros através da dúvida de que a pessoa possa ser ao mesmo tempo sujeito e objeto de direito.

(3) ORLANDO GOMES, *Direitos da Personalidade*, Rev. Forense, vol. 216, 1966, pág. 6.

(4) PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, 1954, tomo II, pág. 7.

(5) PERREAU, *Des Droits de la Personnalité*, Revue Trimestrelle du Droit Civil, 1909, pág. 514.

Assim, com MAGGIORE⁶, “si può parlare di un diritto alla vita, alla integrità personale, all'onore, ... non sulla vita, sull'integrità personale, sull'onore”.

Argumentam, porém, alguns que o objeto do direito, na hipótese, não é a personalidade em si mesma, mas em suas diversas manifestações e projeções físicas e psíquicas. Pois, realmente, confundindo-se a personalidade com a capacidade jurídica, ela é o pressuposto dos demais direitos e não o objeto de um deles. Amplia-se, dêste modo, o conceito jurídico de bem, não adstrito ao significado naturalístico, mas de conteúdo histórico, para incluir estas projeções e torná-las merecedoras da tutela do direito como objeto de uma relação.

Replica-se, entretanto, que êste desdobramento, abstrato, não é possível, quer jurídica, quer psicologicamente.

Seriam os direitos da personalidade, para outros, ínsitos à pessoa, resumindo-se no direito de ser tratada como tal, ou seja, como titular de todos os direitos próprios da natureza humana.

ORLANDO GOMES⁷ observa que, a par dos que julgam consistirem em direitos sem objeto, há autores, como FERRARA, que consideram objetos os outros homens, com o dever de respeito ao gozo dos mesmos, sendo a vida e a integridade física meros termos de referência.

Não cessa, todavia, a divergência.

Tidos como na faixa da livre atividade humana, alguns lhes opõem limites e outros não; no primeiro caso, por imposição do interesse geral.

Esta exposição é feita com o objetivo de evidenciar a controvérsia que impera nesta parte, devendo-se ressaltar a conclusão a que chegaram CUNHA GONÇALVES⁸ e WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO⁹, cujos ensinamentos ora nos têm orientado. O homem, em princípio, tem o direito de dispor de si mesmo, exercendo livremente sua atividade, para atingir a seus fins, atividade esta que é extrajurídica e entra na categoria do lícito e do jurídico. Ressalvam-se, porém, as proibições legais a respeito, menos em função do interesse individual, mas em nome da conservação da espécie, da utilidade social, da moral pública ou dos interesses do Estado. Assim, entre outras, a apenação do aborto (arts. 124 a 128 do Código Penal), do induzimento e instigação ou auxílio ao suicídio (art. 122 do mesmo Código) e da falsa auto-acusação (art. 341 do mesmo diploma legal).

(6) MAGGIORE, *Diritto Penale*, Bologna, 1955, vol. I, tomo I, pág. 332.

(7) ORLANDO GOMES, artigo citado.

(8) CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, Max Limonad, 1955, pág. 337 e segs.

(9) WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Transplante de Órgãos do Corpo Humano sob o Aspecto Jurídico*, Rev. Tribunais, 1968, vol. 389, página 389 e segs.

FERRARA¹⁰ pensa o seguinte: “Ma fuori queste limitazioni l'uomo ha una *facultas quaedam disponendi* di se stesso, disposizione che resta interna a lui, in una sfera extra-giuridica”.

3. O direito à vida e sobre o próprio corpo.

3.1. A vida é um bem absolutamente indisponível, condição em que recebe a tutela penal. Não se legitimam, dêste modo, o suicídio, nem sua tentativa, ainda que impunível, nem a eutanásia, tolerando-se apenas certas atividades arriscadas, como os espetáculos circenses, o pugilato e outras mais.

3.2. De outro lado, incluem-se entre os atos lícitos, como atos que o homem pode exercer sobre sua própria pessoa, ainda numa exemplificação de CUNHA GONÇALVES, não só os da vida quotidiana — cortar o cabelo e as unhas, sujeitar-se a operações cirúrgicas — mas também ceder o sangue para uma transfusão, submeter-se a novas terapêuticas, ou legar o cadáver ao teatro anatômico, ou os olhos a uma clínica oftalmológica, ou uma das vísceras a uma cidade, o que fez D. Pedro IV¹¹.

Êstes atos e outros constituem *direitos sobre o próprio corpo* e sua prática não lesa direitos alheios, nem ofende os supremos princípios da conservação e utilidade social, da moral pública ou os interesses do Estado. Assim é que se deve entender os direitos da pessoa viva sobre seu próprio corpo.

3.3. ORLANDO GOMES¹², numa síntese, diz que o direito sobre o próprio corpo compreende o direito sobre o corpo inteiro e sobre as partes separadas, abrangendo os direitos de decisão individual acerca de tratamento médico e cirúrgico, exame e perícia médicos. Dizem-lhe respeito, ainda, o direito à esterilização e os problemas gerados com a inseminação artificial.

3.4. Com relação ao direito sobre as partes separadas, que julga menos controverso, adverte contra os atentados procedentes de terceiros e contra o poder ilimitado de disposição do próprio indivíduo. São partes destacáveis, por exemplo, os dentes, cabelos, unhas etc.

3.4.1. Primeiramente procuremos demonstrar-lhe a natureza. O próprio autor¹³, contra a opinião de outros, nega se transforme em direito de propriedade, por se tornarem disponíveis estas partes separadas, permanecendo como direito da personalidade.

(10) FERRARA, *Trattato di Diritto Civile Italiano*, Athenaeum, MCMXXXI, vol. I, pág. 398.

(11) CUNHA GONÇALVES, *obr. cit.*, pág. 339.

(12) ORLANDO GOMES, artigo citado.

(13) ORLANDO GOMES, artigo citado.

Contudo, pensam diferentemente RUGGIERO¹⁴, que lhes atribui a qualidade de coisas comerciáveis, PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR¹⁵, CUNHA GONÇALVES¹⁶ e FERRARA¹⁷. De igual modo, PONTES DE MIRANDA¹⁸, que repele a ocupação como meio de aquisição da propriedade, uma vez que, separada a parte, não se trata de *res nullius*, o que não é consentâneo com nosso estágio de civilização. É preciso, para êsse fim, “ato jurídico *stricto sensu*, com que se exerce direito formativo gerador”. Não admite negócio jurídico antes de destacada a parte, entendendo como negócio jurídico sôbre coisa futura a compra e venda ou promessa de compra e venda de cabelos ao cabeleireiro ou ao fabricante de bonecas, não obrigando, todavia, a separar, nem a indenizar, sob pena de ser tido como ilícito. Apenas realmente separando-se, é que produz efeitos.

3.4.2. De especial interêsse é a natureza jurídica das partes artificiais, tais como dentes e ossos. Ainda PONTES DE MIRANDA considera que deixam de ser objeto de direito, pois se inserem no corpo humano, a menos que mantenham a individualidade, como as perucas, dentaduras etc.

FERRARA¹⁹, sem estabelecer esta distinção, considera-as comerciáveis e critica DERNBURG pela posição contrária.

3.5. Em suma, percebe-se que é pacífica a disponibilidade das partes destacadas do próprio corpo, limitado, porém, o poder de disposição sôbre o mesmo. Os atos que lhe correspondem são condicionados ao interêsse e à moralidade públicos e desde que não importem em diminuição permanente ou grave prejuízo para o disponente.

3.6. Como ilustração da matéria, mencione-se o rumoroso caso de um transplante de testículo ocorrido na Itália, mediante paga ao doador, que foi levado à apreciação dos Tribunais. As opiniões dos autores foram divergentes à época e a decisão absolutória, publicada na “Rivista di Diritto e Procedura Penale”, 1934, vol. 2, pg. 171, conclui:

.....
“II — Di regola tutti i diritti sono disponibili, a meno che l'atto di disposizione non incontri ostacolo nella impossibilità giuridica di dar vita ao negozio, o nel

(14) ROBERTO DE RUGGIERO, *obr. cit.*, vol. I, pág. 246, nota 20, *in fine*.
(15) PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, *O Transplante do Coração face ao Direito Brasileiro*, Rev. dos Tribunais, 1968, vol. 389, pág. 395 e segs.
(16) CUNHA GONÇALVES, *obr. cit.*, vol. I, pág. 339.
(17) FERRARA, *obr. cit.*, vol. I, pág. 399, nota 1.
(18) PONTES DE MIRANDA, *obr. cit.*, tomo II, pág. 12.
(19) FERRARA, *lug. cit.*

fatto che il negozio giuridico sia in contrasto con divieti espressi di legge, o col buon costume e con l'ordine pubblico.

III — È valido il consenso prestato alla ablazione di una ghiandola sessuale, quando tale fatto non abbia portato notevoli disturbi al soggetto, mentre abbia giovato alla persona cui la ghiandola è stata trapiantata”.

3.7. Na literatura, SHAKESPEARE conta em “O Mercador de Veneza” o suplicio de Antonio, que respondia com a própria carne pelo empréstimo contraído com o usuário Shylock. Não prevaleceu, porém, a reivindicação diabólica deste, eis que, se tinha direito à peça de carne, não podia derramar sangue cristão.

4. *O cadáver como objeto de direito.*

4.1. Cumpre, de início, assinalar a significação etimológica da palavra, *apud* WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO: *ca* (carne), *da* (data ou dada), *ver* (vermes), donde sua destinação tradicional à sepultura.

4.2. ANTONIO BORREL MACIÀ⁽²¹⁾,²⁰ em sua completa obra, ensina que é como um princípio universal a aceitação do cadáver como fora de comércio. No entanto, a questão abrange variações e matizes próprios em alguns autores e até contestação, pois GRISPIGNI²² entende que, além de uma coisa, “per di più una *res in commercium*, la quale può anche essere oggetto di convenzione non solo a titolo gratuito ma anche a titolo oneroso”.

Negam-lhe esta qualidade CLÓVIS BEVILAQUA²³, FERRARA, MANZINI²⁴, MAGGIORE²⁵, ENNECERUS e CASTAN (*apud* Macià), RUGGIERO²⁶ e PONTES DE MIRANDA²⁷. Os dois últimos afastam a hipótese da existência de um direito patrimonial, remontando ao direito romano:

“Dominus membrorum suorum videtur.” (L. 13, pr., D., ad legem Aquiliam, 9,2, Ulpiano).

(21) ANTONIO BORREL MACIÀ, *La Persona Humana. Derechos sobre su propio Cuerpo Vivo y Muerto. Derechos sobre el Cuerpo Vivo y Muerto de Otros Hombres*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1954, pág. 127.

(22) F. GRISPIGNI, *Il Consenso dell'Offenso*, Athenaeum, 1924, pág. 500.

(23) CLÓVIS BEVILAQUA, *Teoria Geral do Direito Civil*, Francisco Alves, 7.^a ed., pág. 155.

(24) MANZINI, *Trattato*, Torino, 1950, vol. VI, pág. 96, nota 2.

(25) MAGGIORE, *obr. cit.*, tomo I, pág. 332 e segs.

(26) RUGGIERO, *obr. cit.*, vol. I, pág. 245.

(27) PONTES DE MIRANDA, *obr. cit.*, vol. II, pág. 13 e segs.

Admite, porém, o último tratadista que se torne comerciável o cadáver, quando atingido pela imemorialidade, no caso de múmias, esqueletos e peças com ossos humanos.

FERRARA²⁸ entende que é *res extra commercium*, mas pode tornar-se objeto de direito privado por vontade do titular do direito ou pela lei. Como exemplo, cita quando é destinado a experiências científicas, podendo ser objeto de furto.

CUNHA GONÇALVES²⁹ espousa o original parecer de que não se trata de coisa no comércio, nem fora do comércio, eis que continua a merecer a proteção do direito através da incriminação de atos como sua violação e profanação, pois é símbolo da personalidade anterior.

De marcante atualidade é a opinião de FREITAS NOBRE³⁰, considerando o homem, na mesma linha de Pio XII, simples usufrutuário de seu corpo, razão pela qual nega qualquer direito patrimonial sobre o cadáver, deslocando a matéria do campo dos direitos e interesses individuais para o do interesse público e da necessidade social.

4.3. Reconhece-se, porém, de um modo geral, um direito de disposição do próprio homem em relação a seu cadáver, limitado por razões de polícia, de sanidade pública ou, *lato sensu*, de moral e ordem pública (RUGGIERO). Os herdeiros não têm este direito de disposição, “posto que, se o interesse é público, possa a pessoa mais próxima, efetivamente, do falecido ter de dar o seu consentimento, ou opor-se, mostrando que não se justifica, *in casu*, a exceção aos costumes” (PONTES DE MIRANDA).

O cadáver é para eles, herdeiros, e demais membros da família apenas objeto de cuidado (FERRARA), pois o que lhes cabe e incumbe é “um direito-dever de custódia, piedade e proteção; um direito familiar, puramente pessoal, e não patrimonial, e que, por isto, não está sujeito às regras da sucessão” (CUNHA GONÇALVES).

4.4. ANTONIO BORREL MACIÀ, em seu proficiente trabalho, uma vez mais invocada³¹, volve ao passado e lembra que a incomercialidade corresponde a uma tradição de muitos séculos, enraizada nos sentimentos sociais e religiosos do povo. Como decorrência dessa condição atribuída ao cadáver, passou-se a ter como fora de comércio, também, o lugar onde é enterrado, efeito que qualifica e evidencia a causa. Por ocasião, entretanto, do início dos estudos anatômicos, quando se esbarrou neste inevitável obstáculo histórico, surgiu a distinção entre cadáveres

(28) FERRARA, *obr. cit.*, vol. I, pág. 403 e segs.

(29) CUNHA GONÇALVES, *obr. cit.*, vol. I, pág. 340.

(30) FREITAS NOBRE, *O Transplante de Órgãos perante o Direito*, artigos publicados in “O Estado de São Paulo” de 28-7-1968.

(31) ANTONIO BORREL MACIÀ, *obr. cit.*, pág. 126 e segs.

destinados a serem sepultados e os que o fôsem às investigações anatômicas. Os primeiros estariam fora do comércio; os segundos, não. Ainda que esta separação não atenda a um princípio doutrinário e racional, antes a uma necessidade social e científica, resulta no precedente de que “tan sólo puede privarse de sepultura a un cadáver, cuando razones de suficiente categoría lo hacen conveniente”.

Lança, afinal, a crucial indagação: deve-se, em nome de um conceito de profanação mantido pela tradição secular, abrir mão de uma série de vantagens que a ciência proporciona?

É o conflito entre a força do passado e os impulsos para o futuro.

4.5. Vinculada ao que se vem expondo é a questão da disposição gratuita ou onerosa do corpo. Que esta — a disposição — é possível já não padece dúvida, certo que não a título de direito patrimonial. Em regra, opõem-se a que seja a título oneroso os autores citados, que não concebem o cadáver como *res in commercio*, com algumas ressalvas. CLÓVIS BEVILAQUA³² não o admite como objeto de contrato, quer oneroso, quer gratuito; CUNHA GONÇALVES³³ faz alusão à possibilidade de a própria pessoa vendê-lo a um anatomista. PONTES DE MIRANDA³⁴ refere-se ao negócio jurídico oneroso por parte dos herdeiros, quando o testador assim o previu, e a razão dêste negócio supera o interesse moral da inumação ou cremação.

Embasa a proibição da cessão onerosa o mesmo fato de ser tida como imoral e contrária aos bons costumes, ilícita e, em consequência, nula.

De outro lado, justifica-se a disposição gratuita, derogando a norma consuetudinária, pelos fins pedagógicos, terapêuticos e humanitários que a moralidade sanciona.

Comentando acerca desta distinção, invocada por LOPEZ BÉ-RENGUER, pergunta MACIÀ³⁵ se a finalidade não é a mesma na forma onerosa ou gratuita, não obstante a vantagem pecuniária? E não é o fim que dá a licitude do ato?

4.6. A êste propósito, impõe-se apreciar a natureza do ato jurídico da disposição. ALBERTO G. SPOTA, *apud* WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO³⁶, entende-o como um mandato *post-mortem* para a remoção de partes ou órgãos, ao que objeta êste último que, perante nosso Direito, cessa o mandato com o óbito do mandante (Código Civil, art. 1.316, n.º II). Considera-o, então, simples doação ou legado, conforme se realize por ato *inter vivos*

(32) CLÓVIS BEVILAQUA, *obr. cit.*, pág. 155.

(33) CUNHA GONÇALVES, *obr. cit.*, vol. I, pág. 339 e segs.

(34) PONTES DE MIRANDA, *obr. cit.*, vol. II, pág. 15.

(35) ANTONIO BORREL MACIÀ, *obr. cit.*, pág. 127 e segs.

(36) WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, artigo citado.

ou *mortis causa*. É ainda revogável, não podendo a família do morto contrapor-se à sua vontade.

Também MACIÀ pensa que se trata de doação. Na hipótese aventada de cessão onerosa, quer seja conceituada como um jôgo de doações compensadas economicamente ou entrelaçadas, ou como compra e venda, em face da peculiaridade do objeto, refoge às regras comuns, e, apesar de aceitar a retribuição pecuniária, considera o ato revogável a todo momento, restando apenas o dever de indenizar o cessionário, não sujeita a revogação a prazo ou prescrição. Esta indenização seria de caráter moral pelo fato de o cadáver não ser levado à sepultura, não havendo, de outra parte, o risco de um compromisso irrevogável quanto ao próprio corpo, o que seria odioso.

Estas apreciações são feitas por mero espírito especulativo diante dos rumos ignorados que a prática reiterada e progressiva dos transplantes poderá abrir para a sociedade e no Direito.

4.7. Relativamente à disposição do cadáver pelo Estado, indaga este autor se tal é possível e procedente. Argumenta, então: se este, o Estado, representando a sociedade, pode dispor dos cidadãos em caso de guerra, quando o risco da vida permite se dizer que chega a dispor desta, não o poderia em relação ao cadáver?

Lembre-se, entre nós, a lei n.º 2.312, de 3-9-1954 — normas gerais sobre a defesa e proteção da saúde — que reza no art. 1.º: “É dever do Estado, bem como da família, defender e proteger a saúde do indivíduo”. O Dec. 49.974-A, de 21-1-1961, que a regulamentou, preceitua, no art. 13, que em caso de óbito suspeito de ter sido causado por doença transmissível, a autoridade promoverá os exames competentes no cadáver e outras medidas necessárias para a elucidação do diagnóstico.

FREITAS NOBRE³⁷ dá ênfase à existência de “um direito coletivo à utilização das possibilidades e reservas que o corpo inútil pode conceder a uma outra vida ameaçada”.

Percebe-se, em consequência, que a matéria não está situada no mero campo privatístico dos direitos individuais, ainda que limitados por princípios de ordem pública, senão que diz respeito estritamente a esta, numa visão ampla e dinâmica do Direito sob o prisma da utilidade e da necessidade social.

5. *A previsão legislativa e o Anteprojeto de Reforma do Código Civil.*

5.1. *Legem habemus*: a lei n.º 5.479, de 10 de agosto de 1968, prevê a retirada e o transplante de tecidos, órgãos e par-

(37) FREITAS NOBRE, artigo citado.

tes de cadáver para finalidade terapêutica e dá outras providências. Prescreve no art. 1º:

“A *disposição gratuita* de uma ou várias partes do corpo, *post mortem*, para fins terapêuticos é permitida na forma desta Lei.” (grifo nosso).

De igual modo, no art. 10 e seu § 2º:

“É permitido à pessoa maior e capaz dispor de órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins humanitários e terapêuticos.”

.....
“Só é possível a retirada, a que se refere este artigo, quando se tratar de órgãos duplos ou tecidos, vísceras ou partes e desde que não impliquem em prejuízo ou mutilação grave para o disponente e corresponda a uma necessidade terapêutica, comprovadamente indispensável, para o paciente receptor.”

Quanto ao cadáver, permite a retirada de suas partes num dos seguintes casos: a) pela manifestação expressa do disponente em vida; b) 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; c) na falta de responsáveis pelo cadáver, mediante a autorização do Diretor da Instituição onde ocorrer o óbito, sendo ainda necessária esta autorização nos casos dos itens anteriores (art. 3º, incisos I, II, III e IV).

5.2. A lei anterior, de n.º 4.280, de 8-11-1963, também permitia a extirpação de partes do cadáver para fins de transplante, mas não era auto-executável, a não ser em relação à córnea, não tendo, por isto, sido aplicada.

5.3. O Anteprojeto de Reforma do Código Civil regula os direitos da personalidade no Capítulo III, Título I do Livro I. Permite no art. 30 que se pratiquem atos de disposição sobre o próprio corpo, no todo ou em parte, nestes casos: a) quando não importem em diminuição permanente da integridade física; b) não ofendam os bons costumes; c) justifiquem-se por exigência da medicina. Igualmente, no art. 31, considera lícito o ato pelo qual alguém dispõe gratuitamente de seu próprio corpo, no todo ou em parte, para depois de sua morte. Veda, ainda, no art. 32, a prática de atos de disposição sobre este pelos parentes e herdeiros.

Fundamentando o dispositivo do art. 30, diz o Prof. ORLANDO GOMES³⁸ que “a utilização terapêutica de partes do corpo humano, nos limites que a lei estabelece, legitima a prática da disposição, justificando a exceção ao princípio da extrapatrimonialidade do direito sobre o próprio corpo” (grifo nosso).

5.4. A autorização, segundo o preceito legal (arts. 3.º e 10 d alei 5.479), tem de ser expressa, devendo especificar o tecido, o órgão ou a parte objeto da retirada, quando seja de pessoa viva. Não se exige, porém, formalismo sacramental para o ato, bastando que seja um documento autêntico, podendo constar de uma carta, como de um testamento, em qualquer de suas formas, ou codicilo. Tratando-se de disponente relativamente incapaz, mister se faz, seja dada a autorização através de instrumento público, com a assistência do representante legal (inciso II do art. 2.º). Da mesma forma, sendo analfabeto.

Releva notar que se reconhece ao menor púbere apenas o direito de dispor de seu corpo, *post mortem*, nas condições mencionadas; não de consentir na retirada de órgãos e partes do mesmo, ainda em vida, o que é exclusivo das pessoas maiores e capazes (art. 10, *caput*).

6. Conclusão.

6.1. Após a exposição alinhada nos itens anteriores, chegamos à conclusão que se desenvolve a seguir:

6.2. Os direitos sobre o próprio corpo e ao cadáver, como parte dos chamados direitos da personalidade, situam-se no plano dos atos lícitos, na esfera da atividade extrajurídica do homem, limitados por imperativos de ordem pública e moral, não contraindo às regras dos *bonos mores*.

6.3. Quanto às partes destacadas do corpo da pessoa viva, limitado seu poder de disposição sobre o mesmo, uma vez separadas, tornam-se comerciáveis, portanto, objeto de propriedade: unhas, cabelos etc.

6.4. São inteiramente válidos os limites opostos a este poder de disposição pelo Anteprojeto de Reforma do Código Civil, no art. 30, e pela lei n.º 5.479, no art. 10, § 2.º (itens 5.1. e 5.3.).

6.5. Com referência ao cadáver, tem a pessoa o poder de dispor dele, no todo ou em parte, tendo em vista a finalidade útil e humanitária, como o é a terapêutica, prevista no art. 1º da mencionada lei n.º 5.479. Será, porém, um ato gratuito, em obe-

(38) ORLANDO GOMES, *Memória Justificativa do Anteprojeto do Código Civil*, Imprensa Nacional, 1963, pág. 36.

diência aos sentimentos de moralidade vigentes, que encontraram guarida no preceito legal.

6.6. Se bem que não assista aos herdeiros e parentes do falecido nenhum direito patrimonial nem poder de disposição sôbre o cadáver, podem estes autorizar a retirada de órgãos e partes do mesmo, para fins terapêuticos. Êste ato se justifica por um princípio social de que pode e deve o Estado intervir para prover a bem da saúde dos individuos e corresponde, na fase atual dos progressos científicos, a uma necessidade ou direito coletivo.

A autorização pelos parentes é uma decorrência do direito-dever de piedade, custódia e proteção que têm sôbre o cadáver, de natureza familiar e pessoal. Procedente, assim, é a norma legal (art. 3.º, inciso III, da lei n.º 5.479).

6.7. De igual modo, podem manifestar esta autorização as corporações religiosas ou civis responsáveis pelos despojos e o Diretor da Instituição onde ocorrer o óbito, na falta de responsáveis pelo cadáver. Fundamenta-se o ato naquele princípio do prevalente interêsse público e social, exposto no item anterior. Justificada novamente a norma legal (art. 3.º, incisos III e IV).

6.8. Afinal, numa conclusão objetiva em relação ao tema proposto, as partes destacáveis do corpo da pessoa viva, guardados os limites físicos e legais, quando separadas, tornam-se *res in commercio*. Quanto ao cadáver, no todo ou em suas partes, é *res extra commercium*, por contrariar atualmente qualquer negócio oneroso sôbre o mesmo a moral da sociedade, à qual repugna a idéia de sua mercantilização. Cada caso, porém, merece exame especial, e a simples recompensa pode não lhe atribuir êsse caráter, se precipuo o fim de beneficiar a saúde de outrem.

Impõe-se ponderar, com FREITAS NOBRE³⁹ que, nesta hipótese, a despeito do caráter oneroso do ato, cabe ao médico decidir se deve ou não ser realizada a retirada do órgão do morto para salvar uma vida.

Entendendo-se o têrmo inegociável como próprio das coisas fora do comércio, o cadáver o é, mas não, a parte ou o órgão destacados do corpo da pessoa viva.

6.9. Contudo, se se compreender o têrmo inegociável como dizendo respeito a negócio jurídico *stricto sensu*, no conceito proposto por RUGGIERO no item 1 (hum) dêste, conclui-se que o cadáver pode ser objeto de uma declaração de vontade tendente a produzir um efeito protegido pelo ordenamento jurídico, a qual coincide com sua disponibilidade, doutrinária e legalmente admitida. Não sendo esta, porém, de caráter patrimonial,

(39) FREITAS NOBRE, artigo citado.

daí decorre que êle seja insuscetível de apropriação e, por tal razão, fora de comércio. Sòmente neste sentido é que se entende possa ser objeto de doação.

Nesta parte, deve-se levar em conta a observação de PERREAU⁴⁰ já em 1909:

“Rigoureusement parlant, les droits de la personnalité, placés hors du commerce, sont incessibles, ou, d’une façon plus générale, insusceptibles de conventions, ou, un peu plus largement encore, hors des atteintes de la volonté humaine.

Ceci, c’est de la théorie; mais en pratique, rien n’èut été plus fâcheux. Aussi les tribunaux ont-ils largement atténué cette idée.”

6.10. É necessário, finalmente, que fique bem assinalado o caráter de prevalência do interesse público e social nesta matéria, já se chegando a falar num “direito coletivo à utilização das reservas do corpo inútil”, o que não permite se dê por encerrada sua discussão em termos de inovações e perspectivas. Deve-se pesar também que a própria negociabilidade do cadáver não é de ser repudiada em termos absolutos, se predominante o fim utilitário do benefício à vida e à saúde de outrem. Basta lembrar as vendas de sangue e leite, a criação de Bancos para êsse fim, tal o de córnea, e ainda, no plano dos direitos da personalidade, a resistência vencida à indenização do dano moral.

Retenham-se a êste propósito as palavras do Papa Pio XII, *apud* Monsenhor ARRUDA CÂMARA:⁴¹ “É de proibir-se qualquer retribuição ou compensação aos interessados? É fora de dúvida que graves abusos podem ocorrer se se exige retribuição. Mas seria exagêro tachar de imoral qualquer aceitação ou exigência de retribuição. O caso é análogo ao da transfusão de sangue: é um mérito do doador recusar prêmio; mas não constitui culpa, necessariamente, aceitá-lo”. Arremata o padre deputado que o cita: “Assim, não vejo como considerar crime o recebimento de compensação, sobretudo, tratando-se de pessoas pobres”.

6.11. Há de nortear a criação do legislador, a interpretação do hermeneuta e a aplicação que da norma legal façam os magistrados, os membros do Ministério Público, os advogados e, enfim, quantos lidem com o laborioso mister da Justiça a admirável lição de ALCEU AMOROSO LIMA:⁴²

(40) PERREAU, artigo citado.

(41) Diário do Congresso Nacional, de 29-5-1968.

(42) ALCEU AMOROSO LIMA, *Introdução ao Direito Moderno*, 2.^a ed., pág. 106.

“Essa majestade suprema do direito, que parte da mutação das leis positivas, enquanto subordinadas às circunstâncias, mas vai integrar-se na imutabilidade suprema da lei natural, enquanto participa da lei eterna, integrando-se assim harmoniosamente Direito e Moral, é o que constitui a essência do direito, segundo a sua concepção verdadeira, harmoniosa, completa, ao mesmo tempo plástica e fixa, atendendo às circunstâncias da “defectibilidade” humana e das mutações sociais e por outro lado às exigências da permanência e da perfeição divina.”

SEGUNDA PARTE

O TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS OU PARTES DO CORPO

SUMÁRIO: 7 — A lei 5.479, de 10-8-68 e as partes vetadas. 8 — As questões suscitadas perante o Direito. 9 — A ausência de crime contra o respeito aos mortos. 10 — A licitude do transplante: a intervenção cirúrgica. 11 — O consentimento do paciente. 12 — Os critérios para a determinação da morte e a responsabilidade média. 13 — A retirada dos órgãos e partes e o prazo para a realização da autópsia. 14 — A necessidade de autorização do disponente, da família e de terceiros. 15 — A autorização para as instituições nas quais se realize o transplante. 16 — Novas figuras delituosas. 17 — As perspectivas do transplante na Ciência. A Moral e o Direito. 18 — Conclusão.

7. A lei 5.479, de 10-8-68 e as partes vetadas.

7.1. Esta lei, que permite a retirada e o transplante de órgãos e partes do cadáver para fins terapêuticos, dispõe ainda em seus artigos 2.º e 4.º, parágrafo único, o seguinte:

“A retirada para os fins a que se refere o artigo anterior deverá ser precedida da prova incontestável da morte.”

.....
“A retirada e o transplante de tecidos, órgãos e partes do cadáver, somente poderão ser realizados por médico de capacidade técnica comprovada, em instituições públicas ou particulares, reconhecidamente

idôneas e autorizadas pelos órgãos públicos competentes.

Parágrafo único. *O transplante somente será realizado se o paciente não tiver possibilidade alguma de melhorar através de tratamento médico ou outra ação cirúrgica.*” (grifo nosso)

Prevê no art. 10 e parágrafos a retirada de órgãos ou partes do próprio corpo vivo (vide item 5.1.).

Determina no art. 6.º a recomposição condigna do cadáver, que será entregue aos responsáveis para o sepultamento, sob pena de prática de ilícito penal a que é cominada a pena prevista para o crime de destruição, subtração ou ocultação de cadáver: reclusão de um a três anos e multa de cinquenta centavos a três cruzeiros novos (art. 211 do Código Penal).

Impõe, no art. 11, a pena de detenção de um a três anos, sem prejuízo de outras sanções que couberem, para a infração ao disposto nos arts. 2.º, 3.º, 4.º e 5.º e proíbe a intervenção, se houver suspeita de crime (art. 12).

De outro lado, “a retirada de partes de cadáver, sujeito por força de lei à necropsia ou à verificação diagnóstica da *causa mortis*, deverá ser autorizada pelo médico legista e citada no relatório da necropsia ou da verificação diagnóstica” (art. 9.º).

Prevê sua regulamentação no prazo de sessenta dias a partir de sua publicação, em 14-8-68 (art. 15).

7.2. Contudo, êste não era o texto final do projeto que subiu à sanção presidencial, o qual dispunha o seguinte nos parágrafos 1.º, 2.º e 3.º do artigo 2.º (Diário do Congresso Nacional, de 21-8-68) :

.....
“A verificação do óbito deverá ser feita pelos métodos científicos atualizados, sempre precedida da comprovação da ausência de atividade cerebral demonstrada pelo traçado absolutamente linear do eletroencefalograma e a ausência de batimentos cardíacos por mais de cinco minutos.”

“O atestado de óbito será subscrito por três médicos, sendo um clínico, um cardiologista e um neurologista, que não pertençam à equipe que irá proceder à dupla operação de retirada e enxêrto.”

“Em caso de aproveitamento de olhos ou órgãos do cadáver que dispensem a retirada imediata, bastará o atestado de óbito firmado por um médico.”

Estas partes foram vetadas pelo Presidente da República (Diário mencionado) com fundamento em que “a disposição dos

parágrafos 1.º, 2.º e 3.º do art. 2.º visam disciplinar, através de uma sistemática estabelecida, o *modus faciendi* para a comprovação da morte, face ao fim colimado”. “Por isso, fixou não só a forma de verificação do óbito, como exigiu a adoção de métodos, que, tendo em vista a dinâmica com que se processam as transformações técnico-científicas, poderiam, mesmo, pelo risco de se tornarem arcaicos, invalidar todo o esforço empreendido pelos nossos cientistas, no sentido de permitir ao nosso país, no campo das ciências e da tecnologia, formar com as nações mais desenvolvidas”. Prosseguindo, diz que “a essas exigências acrescente-se a da obrigatoriedade de o atestado de óbito ser subscrito por três médicos na especialidade que menciona”, o que pode invalidar o objeto da lei.

8. *As questões suscitadas perante o Direito.*

Várias questões afloram em virtude da prática dos transplantes, entre outras: a disponibilidade dos órgãos ou partes do corpo humano, objeto da primeira parte deste trabalho; sua licitude penal, tanto pelo aspecto do crime contra o respeito aos mortos, quanto pela intervenção cirúrgica; o consentimento do paciente; a determinação da morte e a previsão legal de seu critério; a autorização do disponente, da família e de terceiros; a restrição de sua prática a médicos e instituições que preencham determinados requisitos; a apenação de novas infrações.

9. *A ausência de crime contra o respeito aos mortos.*

9.1. A retirada dos órgãos ou partes do cadáver não configura o delito previsto no art. 211 do Código Penal (destruição de cadáver), porque sua licitude decorre da lei, como se observou. Todavia, ainda assim, não o caracterizaria, eis que não ocorre destruição, pois, ao contrário, o órgão é aproveitado em outro corpo, para permitir-lhe a continuidade da vida, “com as condições de uma autêntica moratória que a Providência propicia”, no elegante dizer de FREITAS NOBRE.⁴³ É o milagre da morte em socorro da vida.

9.2. De igual modo, não se configura o crime do art. 212 do Código Penal (vilipêndio a cadáver ou suas cinzas) visto que não se tipifica a ação, nem há o dolo específico necessário.

10. *A licitude do transplante: a intervenção cirúrgica.*

10.1. Afastada a hipótese de ofensa ao bem jurídico de respeito aos mortos, resta saber se o ato em si envolve ilicitude

(43) FREITAS NOBRE, artigo citado.

por violar outros interesses penalmente tutelados como a integridade física e a liberdade individual, eis que ocorre também entre pessoas vivas.

Permitido em lei, não há, em princípio que cogitar de seu caráter criminoso, desde que realizado em obediência às normas que traça, aos limites e condições que impõe. Ressaltem-se entre estas a finalidade terapêutica e a impossibilidade de o paciente melhorar através de tratamento médico ou outra ação cirúrgica.

O médico que executa o transplante age, assim, no exercício regular de um direito consagrado na lei.

Não obstante sua previsão legal, o ato se justificaria, e excluía da estaria a ilicitude, porque não é contrário ao direito.

10.2. GRISPIGNI⁴⁴ assinala, com razão, que “nella trapian-tazione di organi si riscontra una vera e propria lesione personale, in quanto che il danno non è prodotto a beneficio della salute della persona che lo subisce, bensì a beneficio di una terza”.

A questão se propõe e deve ser examinada à luz do tratamento médico-cirúrgico, ao qual se reduz, em última análise, conforme entende JIMÉNEZ DE ASÚA.⁴⁵

10.3. A êste propósito, o Prof. OSCAR STEVENSON⁴⁶ alude às seguintes “teorias da razão jurídica de discriminar-se o médico no desempenho dos misteres:

- a) consenso;
- b) qualidade do motivo ou fim;
- c) pelo fim eminentemente social;
- d) pela ausência de dolo e nada mais;
- e) pelo fim salutar e estético reconhecido pelo Estado;
- f) pela natureza das condições de cura as quais não podem considerar-se lesão nem turbamento da integridade física;
- g) pelo exercício de profissão regulada por lei justificadora dessa atividade intrinsecamente lícita;
- h) pelo direito resultante de profissão legalmente reconhecida;
- i) pela aplicação do princípio do interesse prevalente, o da sociedade;
- j) pelo costume.”

(44) F. GRISPIGNI, *obr. cit.*, pág. 479.

(45) LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, Editorial Losada S.A., Buenos Aires, Tomo IV, pág. 671.

(46) OSCAR STEVENSON, “*Exclusão do Crime por Causas não Previstas Formalmente*”, Livraria Acadêmica, 1941.

Conclui que o ato se legitima em função do consentimento, numa interpretação *ex contrario sensu* do preceito contido no inciso II do § 3.º do art. 146 do Código Penal (constrangimento ilegal):

.....
“§ 3.º — Não se compreendem na disposição dêste artigo:

.....
II — a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida.”

Partindo da análise dêsse dispositivo, admite a intervenção médico-cirúrgica, por escopo terapêutico ou não, abrangidos o enxerto de pele ou de testículo e a transplantação ovárica.

É certo, porém, que, diante do nôvo texto legal que disciplina a matéria, estas intervenções sòmente se tornam possíveis, quando correspondem a uma necessidade terapêutica.

10.4. NELSON HUNGRIA,⁴⁷ ANÍBAL BRUNO⁴⁸ e MAGALHÃES NORONHA,⁴⁹ de um modo geral, não sendo nosso propósito invocar maiores razões de seu pensamento, justificam-na como uma atividade autorizada pelo Estado, dentro dos meios e regras admitidos, inerente ao dever profissional do médico.

BETTIOL⁵⁰ faz uso do princípio da ação socialmente adequada para excluir a tipicidade da intervenção cirúrgica com êxito, justificando-a, em outros casos, pelo critério do consentimento do titular do direito entrelaçado com o da necessidade. Explica por êles a licitude das transplantações cutâneas e das transfusões de sangue, ponderando que “poder-se-á talvez admitir que seja a própria lei que autoriza semelhantes intervenções, mas de qualquer modo é certo que o consentimento, quando subsista a necessidade, é idôneo a elidir todo o caráter ilícito ao fato cometido por um cirurgião. Trata-se ademais de ações que têm uma importância moral e social positiva”.

Recorre também à ação social adequada, “por consubstanciar um meio justo para um fim justo, por atender ao princípio do balanceamento de bens-interesses” o Prof. PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, em artigo exclusivo sôbre o transplante do coração.

(47) NELSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, 4.ª ed., vol. I, tomo I, pág. 310 e vol. V, pág. 106.

(48) ANÍBAL BRUNO, *Direito Penal*, 2.ª ed., vol. I, tomo 2.º, pág. 12 e segs.

(49) E. MAGALHÃES NORONHA, *Direito Penal*, 3.ª ed., Saraiva, 1.º vol., pág. 234.

(50) GIUSEPPE BETTIOL, *Direito Penal*, Editôra Revista dos Tribunais, 1966, págs. 353, 402 e segs.

JIMÉNEZ DE ASÚA ⁵¹ trata especificamente dos transplantes e diz que “no tenemos qué invocar el consentimiento, ya que éste no es la causa que justifica el tratamiento médico-chirúrgico. A la luz del verdadero motivo justificante de esos actos es como ha de mirarse el problema. *Esos tratamientos médicos y quirúrgicos se justifican por el fin de curar reconocido por el Estado, y que fundamenta su licitud al demostrarse válido conforme a la doctrina de la valuación de bienes*” (grifo nosso).

Admite, porém, que, abstraindo-se a hipótese das operações denominadas necessárias, no caso das operações convenientes, o consentimento é que dá a oportunidade da ação, condicionando-a.

Adverte ainda que é preciso a presença de um elemento subjetivo: o fim de curar. Propõe o exemplo de alguém que ceda um órgão para transplante movido pelo lucro e pondera que, por êste motivo, não se justifica a ação. Embora se argumente não esteja o médico, único responsável, imbuído do desejo de lucro, êle o será, uma vez que o momento em que se deve aferir a culpabilidade não é o do enxerto do órgão no corpo receptor, mas na sua extração do disponente, que o cede mediante pecúnia.

Conclui que somente “el elemento subjetivo de lo justo (sanar en este caso) destruye el posible tipo legal delictuoso”.

Contudo, algumas indagações se impõem diante desta opinião. Se o transplante fôr indispensável para o receptor, como sugere FREITAS NOBRE, ⁵² irá o médico deixar de fazê-lo? Será ilícita sua ação? Parece-nos, à vista do estado de necessidade, que não.

Esta descriminante é invocada por êste autor para afastar a ilicitude dos transplantes de um modo geral, ao lado da excluyente penal do inciso II, § 3.º, do art. 146 do Código Penal. Quanto ao disponente, justifica a retirada do órgão pelo estado de necessidade e pelo interêsse coletivo, comprovada de modo insofismável a morte.

Ocorre na intervenção um *perigo de vida*, não só iminente, mas *atual* e, além do mais, *inevitável*, o que determina aja o cirurgião em socorro do titular do bem ou interêsse jurídico que a justifica e reclama. Fala, então, com mais propriedade, em *socorro de necessidade*, que pressupõe “a atualidade e inevitabilidade do perigo, a proporcionalidade do perigo de vida na situação do paciente e do perigo de vida com o transplante, situação esta de necessidade capaz de integrar a figura do *estado de necessidade*”.

DONNEDIEU DE VABRES, *apud* JIMÉNEZ DE ASÚA, nega a legitimidade de qualquer enxerto por falta de validade do consenso, não importando o motivo que inspire o doador.

(51) JIMÉNEZ DE ASÚA, *obr. cit.*, pág. 670.

(52) FREITAS NOBRE, artigo citado.

VICENZO SPIEZIA ⁵³ alega que “nei limiti fissati, i trattamenti in esame sono legittimati da uno scopo, che dello Stato è riconosciuto conforme ai fini della legge penale e paralelo al sentimento sociale”.

11. *O consentimento do paciente.*

Diante da omissão da Lei n.º 5.479, cremos que o paciente, cujo corpo receberá o órgão transplantado, deverá consentir na operação, ou alguém por êle, como ocorre nas intervenções cirúrgicas de um modo geral.

A êste propósito, um “Esbôço de Legislações sôbre Transplantes”, preparado pelo Instituto de Patologia Cirúrgica de Roma ⁵⁴, anexado pelo Deputado CUNHA BUENO ao projeto de lei que apresentou sôbre a matéria, exige como condição para a remoção de um órgão que o receptor, ou algum de seus parentes, contra-assine o requerimento firmado pelo médico, comunicando a intenção de realizar o transplante.

O Deputado NELSON CARNEIRO, em parecer como Relator dêsse projeto e do que recebeu o n.º 1.084, ambos dêste ano (1968), assim se pronunciou: “O paciente, ao menos nesta fase inicial, necessita, entretanto, de estar cômscio dos riscos que o aguardam e de dar conscientemente (ou, em seu impedimento, alguém por êle) expressa concordância com o aludido tratamento”. ⁵⁵

Verdade é que, em face dos têrmos da Lei n.º 5.479 (§ único do art. 4.º), só se faz o transplante, quando não há possibilidade alguma de o paciente melhorar através de tratamento médico ou outra ação cirúrgica. Não é de se dispensar, todavia, seu consentimento. Comentando a excludente penal do inciso II do § 3.º do art. 146 do Código Penal, diz NELSON HUNGRIA que “torna-se desautorizado o tratamento arbitrário mesmo nos casos em que, embora previsível a morte do enfêrmo, tenha êste um período mais ou menos prolongado de sobrevivência”. ⁵⁶

Parece-nos tenha lugar esta excludente, quando, além do *iminente perigo de vida*, objetivo e concreto, exigindo o transplante como necessário, urgente e inadiável, não esteja o paciente em condições de consentir, nem haja quem o faça por êle.

Não contra sua vontade, nem à sua revelia, se pode consentir, ao menos nesta fase inicial de riscos e dúvidas de alguns, enquanto se aguarda a consolidação dêste nôvo tipo de intervenção cirúrgica em todos os aspectos médicos, especialmente o imunológico.

(53) VICENZO SPIEZIA, *Limiti della Liceità Giuridica del Trattamento Medico-chirurgico*, Alberto Moreno Editore, Napoli, MCMXXXIII, pág. 83.

(54) Diário do Congresso Nacional, de 29-5-1968, pág. 2865.

(55) Diário do Congresso Nacional, de 29-5-1968, pág. 2867.

(56) NELSON HUNGRIA, *ob. cit.*, vol. VI, pág. 179.

12. *Os critérios para a determinação da morte e a responsabilidade médica.*

12.1. São as seguintes as palavras do Prof. PAULO VAZ DE ARRUDA, integrante da equipe do Prof. ZERBINI, a respeito da determinação da morte, citadas pelo Deputado NELSON CARNEIRO: ⁵⁷ “Verificar, constatar a morte dos outros é algo profundamente angustiante. Na filosofia da ciência já está estabelecido que o que é mais valioso é a hipótese, desde que seja uma hipótese de boa qualidade. A hipótese é mais importante que a própria conclusão, pois uma vez chegada à conclusão, não se tem nada mais em disponibilidade; *é tão verdadeira a relatividade e a mutabilidade dos conceitos científicos* que os encarregados da reformulação vigente procuram dar um conceito vasto e mais amplo do problema da vida real e da vida aparente. Embora seja profundamente angustiante verificar e constatar a morte dos outros, estamos acostumados a fazê-lo. E tudo isto tem sentido, porque existe a perspectiva de uma nova vida real” (grifo nosso).

12.2. A Lei n.º 5.479 exige, no art. 2.º, apenas a prova incontestável da morte, não estabelecendo critérios mínimos para sua verificação, fiel, assim, ao projeto originário.

No entanto, não era o que constava do projeto de lei aprovado pelo Congresso, vetadas que foram as disposições relativas a esta verificação, conforme se expôs no item 7.2. Entre os motivos para fundamentar o veto, saliente-se o da exigüidade do tempo para o aproveitamento natural de algumas vísceras, o que seria impossível diante dos requisitos fixados, tais como o do § 2.º do art. 2.º.

12.3. Sugerindo critérios mínimos para esta árdua tarefa, têm-se reunido especialistas em várias partes do mundo, já tendo havido pronunciamento de um grupo de professores da Universidade de Harvard (“O Globo”, de 13-9-68), da Academia de Ciências dos Estados Unidos e de vinte e quatro eminentes cardiologistas do mundo em junho dêste ano (1968), em Genebra. ⁵⁸

12.4. HUBERT LEPARGNEUR, O. P. ⁵⁹, refletindo sobre a Deontologia nos transplantes de coração, pondera que “só o indivíduo pode e deve-se capacitar, na medida de seus meios concretos, a responder com competência à questão moral da oportunidade de determinada ação”. Escreve em outra parte que “é duvidoso de que o psiquiatra possa substituir a responsabilidade do juiz, mas não há dúvida de que o cirurgião deve assumir sua própria responsabilidade ética, não podendo separar esta ava-

(57) Diário do Congresso Nacional, de 29-5-1968, pág. 2866.

(58) Revista *Pergunte e Responderemos*, n.º 105, de setembro de 1968.

(59) HUBERT LEPARGNEUR, *Transplantes do Coração: Reflexões de Deontologia*, in Revista *Eclesiástica Brasileira*, vol. 28, fasc. 2, pág. 418.

liação ética da avaliação técnica, de acôrdo com a natureza da moral que expusemos. Nesta avaliação de oportunidade, avaliação ao mesmo tempo técnica e ética, sabemos que entram em jôgo não só princípios, mas coeficientes pessoais culturalmente condicionados”.

12.5. O Código de Ética Médico, por outro lado, em vários artigos, firma a responsabilidade do facultativo pelos atos que deva praticar, advertindo que só pode fornecer o atestado de óbito após certificar-se pessoalmente da realidade da morte (artigo 61). Proscreve ainda as experiências *in anima nobili*, a não ser para fins de tratamento ou diagnóstico, com o consentimento do paciente (art. 58).

12.6. O Esbôço de Legislações sôbre Transplantes recomenda que “tôda instituição com direito a realizar tais remoções deverá ter um pessoal qualificado para fazer uma definição da morte”.

13. *A retirada dos órgãos e partes e o prazo para a realização da autópsia.*

Esbarrou-se, ao início dos transplantes, na proibição do artigo 162 do nosso diploma penal adjetivo, o qual dispõe que “a autópsia será feita pelo menos seis horas depois do óbito”.

No entanto, a Lei n.º 5.479 só exige que a retirada do órgão seja precedida da prova incontestável da morte, além de que a própria parte final do dispositivo citado consagra a exceção: “salvo se os peritos, *pela evidência dos sinais da morte*, julgarem que possa ser feito antes daquele prazo, o que declararão no auto” (grifo nosso).

Parece, assim, não subsistir o pretenso obstáculo que apenas à autópsia se refere.

14. *A necessidade de autorização do disponente, da família e de terceiros.*

14.1. A retirada do órgão só se torna lícita mediante esta autorização nos casos e nas condições referidos no item 5.1., *in fine* (art. 3.º, incisos I a IV da Lei n.º 5.479), sob pena de o infrator incorrer nas sanções do art. 11.

14.2. Uma questão interessante se propõe: negando a família a autorização, e, todavia, havendo um paciente em estado grave, necessitando urgentemente do transplante de um órgão que só aquêle corpo pode fornecer, deve-se deixar de realizá-lo em obediência àquela negativa, abandonando-se o paciente ao mal que o condena?

Duas solicitações se chocam, ficando o médico prêso de atroz dúvida: se atende à palavra e aos sentimentos dos familiares ou se ao estado grave do paciente. Terrível dilema que se resolve na consciência ética.

Parece-nos não seja ilícita sua conduta, caso se sobreponha à negativa e aos sentimentos dos familiares e beneficie o corpo do paciente condenado. Talvez lhe agradeçam mais tarde aqueles que negaram, por terem podido contribuir para o bem do próximo, apesar de que se houvessem furtado, na hora, ao gesto que, conforme salientou o Papa Pio XII, é menos de um dever e sim de caridade.

Não é ignorar a palavra dêste grande Pontífice ⁶⁰ de que devem ser observados “os sentimentos de uma terceira parte interessada que cuida do cadáver. Não seria humano desdenhar tais sentimentos profundos para servir um fim terapêutico”.

Trata-se apenas de um estado de necessidade intenso no seu maior grau, já que o paciente não pode esperar que apareça outro corpo do qual se retire o órgão capaz de lhe permitir a vida.

15. *A autorização para as instituições nas quais se realize o transplante.*

Acertada se afigura esta previsão legislativa (art. 4.º da Lei n.º 5.479 — item 7.1.). MACIÀ dá notícia de que o mesmo ocorre na Espanha por disposição legal que data de 1950. ⁶¹

Com mais fundamentos se apresenta esta restrição, quando a própria lei não estabelece critérios científicos para a determinação da morte, deixando êste e outros problemas afetos à responsabilidade médica. Daí também o requisito de capacidade técnica que se exige do profissional.

16. *Novas figuras delituosas.*

16.1. A Lei n.º 5.479 cria figuras delituosas nos arts. 6.º, § único, e 11, mencionados no item 7.1.

Longe de pretender adentrar o exame da matéria, que, pela novidade, muitos aspectos oferece a estudo e debate, deve-se frisar, numa referência aos trabalhos legislativos, que o projeto aprovado pela Comissão de Contituição e Justiça e de Saúde da Câmara dos Deputados dispunha, nesta parte, que a infração aos dispositivos da lei configuraria os crimes do art. 121, § 3.º e do art. 211 do Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Em trâmite no Senado, recebeu emenda do Senador ALOYSIO DE CARVALHO, que se converteu no atual art. 11, assim justifi-

(60) *Apud* MONSENHOR ARRUDA CÂMARA, in *Diário do Congresso Nacional*, de 29-5-1968, pág. 2866.

(61) ANTONIO BORREL MACIÀ, *obr. cit.*, pág. 125.

cada: ⁶² “Ora, o art. 121, § 3.º é de homicídio culposo. Estamos, então, admitindo que a retirada de um órgão de um indivíduo, já cadáver, possa ser considerado homicídio culposo. É muito mais próprio que a pena a aplicar seja a mesma pena para o homicídio culposo, mas aplicada ela própria sem qualquer referência ao artigo do Código Penal que pune o homicídio culposo”.

Em caso da transgressão ao art. 2.º da lei, portanto, pratica o médico infração isolada, que diz respeito tão-sòmente à prova da morte.

Acrescente-se que, apesar de esta — a morte — não ter resultado incontestavelmente provada, não quer dizer que não tenha ocorrido.

Uma questão interessante poderia surgir: se ficasse demonstrado que o doador não estava morto, quando lhe foi retirado o órgão, mas que veio a falecer em virtude dessa extração, por que crime ou crimes responderia o médico? Por ambos os ilícitos referidos — homicídio culposo e art. 11 desta lei — ou apenas por um deles, então, o primeiro?

16.2. Outro problema é a co-responsabilidade ou não do Diretor da Instituição na prática das infrações previstas na Lei n.º 5.479, dado que o transplante depende de sua autorização (artigo 3.º, IV, *in fine*). Assume esta dúvida especial relêvo, quando se trata do diagnóstico impreciso da morte.

17. *As perspectivas do transplante na Ciência. A Moral e o Direito.*

17.1. Estas perspectivas dependem, *prima facie*, do resultado das operações. Este não tem sido desanimador, não obstante os percalços de uma experiência nova, que espera e necessita de consolidação, sem prejuízo dos horizontes que deixa antever.

Constam da Exposição de Motivos que acompanhou a mensagem do projeto da Lei n.º 5.479 estas palavras: “Inicialmente limitada a algumas peças, como a córnea e os ossos, as possibilidades de extirpações estenderam-se a outras partes ou órgãos mediante o advento de recursos extra-corpóreos de manutenção da vida, necessários à realização de profundos atos operatórios”. “O coração e o rim já estão incluídos, dêste modo, entre os órgãos que se vêm substituídos, com sucesso promissor”.

A conclusão do relatório do “Human Kidneys Transplant Registry”, publicada na “Revista da Associação Médica Brasileira”, vol. 14, n.º 7, de julho de 1968, notícia 1.200 casos de transplantes renais humanos executados até dezembro de 1966, assinalando cêrca de 75% de bons resultados após um ano de

(62) Diário do Congresso Nacional, de 20-6-1968, pág. 2126 (Seção II).

transplante, quando os doadores eram parentes próximos: mãe, pai e irmãos. Analisando os quinze primeiros casos de homotransplante renal *inter vivos* no Brasil, os autores do artigo mencionado atestam 64% de sobrevivência de mais de um ano, considerando a série de 11 casos. E concluem: “dessa análise resulta uma impressão bastante favorável dos resultados obtidos, bem como do grande número de informações científicas d’ele tiradas, de modo que se sentem estimulados a prosseguirem no programa em questão”.

O Monsenhor ARRUDA CÂMARA,⁶³ em parecer ao então projeto da Lei n.º 4.280, de 6-11-63, repetido no que proferiu para a atual lei, faz alusão ao Banco de Olhos do Rio Grande do Sul e às estatísticas de que “de 48 a 54, entre 40% e 65%, o transplante deu resultados positivos, sendo em 20% com a plenitude de visão, semelhante à natural”.

Por estes resultados e pelo prosseguimento dos estudos científicos, percebe-se que novos rumos surgem na difícil arte de curar, velho sonho que é o transplante, acalentado durante mais de seis mil anos, apesar de só ter adquirido fundamento científico há sessenta anos.⁶⁴

17.2. Perante a Moral, nenhuma restrição se lhe faz em princípio. SANTO TOMÁS DE AQUINO, invocado pelo padre-deputado, naquele parecer, dá a justificativa moral para os transplantes eteroplásticos (doador e receptor são de espécie diversa): “Na ordem natural das coisas, os mais imperfeitos existem por causa dos mais perfeitos... Daí ser lícito sacrificar as plantas ao uso dos animais e os animais para o uso do homem, segundo a própria ordenação divina” (Summa Teol. 2.^a — 2.^a — 63).

Quanto ao transplante omoplástico do cadáver para o homem vivo, cita ainda as palavras de Pio XII: “Para quem recebe, representa essa operação um reparo e a correção do defeito de nascimento ou de acidente. Relativamente ao defunto, não se lesa bem algum que lhe diga respeito nem o seu direito a tal bem. O cadáver não é mais, no sentido da palavra, “sujeito de direito”. A extirpação não é mais privação de um bem; os órgãos do cadáver não possuem mais o caráter de bens, porque já não lhe servem e não têm mais relação com fim algum. Suas finalidades se findaram”.

A lenda também nos dá notícia de um transplante realizado pelos Santos Cosme e Damião de uma perna completa proveniente de um etíope morto para um devoto membro da Igreja primitiva.

(63) Diário do Congresso Nacional, de 29-5-1968, pág. 2867.

(64) ROY YOOK CALNE, *Transplante Renal*, Editorial Acribia, Zaragoza, Espanha, 1965.

17.3. Perante o Direito, máxime o Direito Penal, só deve encontrar o agasalho legal para que possa ser útil à humanidade, partindo do respeito ao indivíduo como tal e aos valores morais da sociedade em que vive. Caem bem as palavras de VICENZO SPIEZIA: ⁶⁵

“La legge penale è creata per garantire la società nella sua costituzione legale e nei suoi diritti pubblici di ogni natura, per proteggere il suo progresso, per mantenerne salda la compatezza e per assicurarne la vitalità, oltreiche per punire l’offesa che un reato arreca al sentimento sociale, che, in un derteminato periodo storico, ritiene antisociale e antigjuridico un dado fatto.”

18. Conclusão.

18.1. De todo o exposto, chega-se à seguinte conclusão:

18.2. Os transplantes para fins terapêuticos, se o paciente não tiver possibilidade alguma de melhorar através de tratamento médico ou de outra ação cirúrgica, legitimam-se pela Lei n.º 5.479, preenchidas as condições que prevê, constituindo ilícito penal a infração a alguma destas disposições. Entre elas, saliente-se a da prova incontestável da morte, quando o órgão deva ser retirado de cadáver.

18.3. Justificam-se, ainda, extralegalmente, por sua finalidade social e humanitária, funcionando o consentimento do disponente ou de quem de direito como mera condição ou oportunidade da ação.

18.4. Êste, o consentimento, faz-se necessário por parte do paciente, também, ou, no seu impedimento, de alguém por êle, a não ser que ambas as hipóteses não sejam possíveis, e a iminência do perigo de vida exija a intervenção como necessária e inadiável. Não, porém, contra a vontade do paciente ou à sua revelia, se podiam manifestá-lo.

Ê o mínimo que se exige nesta fase inicial dos transplantes.

18.5. Os critérios para a determinação da morte ficam por conta da responsabilidade profissional e ética do médico, a quem se requer capacidade técnica comprovada. Tendo em vista as constantes transformações técnico-científicas, que novos critérios poderão trazer para êsse fim, melhor é que se deixe à sua consciência e idoneidade profissional a certeza desta verificação, sendo

(65) VICENZO SPIEZIA, *obr. cit.*, pág. 81.

exato que a prova contestável dá ensejo à configuração de ilícito penal.

18.6. Não se aplica à hipótese o prazo previsto no art. 162 do Código de Processo Penal para a autópsia.

18.7. Não obstante a necessidade da autorização da família e das corporações religiosas ou civis responsáveis pelos despojos nos casos previstos, não é crime, todavia, a retirada do órgão contra a oposição dos mesmos, se ocorre evidente estado de necessidade em relação ao paciente receptor.

18.8. O crime decorrente da infração ao art. 2.º da Lei n.º 5.479 refere-se tão-sòmente à prova da morte. Da contestabilidade desta prova, entretanto, não se infere a presunção de vida do doador.

18.9. Os transplantes de órgãos ou partes do corpo humano abrem novos horizontes na medicina e também se legitimam perante a Moral, que os justifica para o Direito. A êste propósito, é válida a seguinte indagação de VICENZO SPIEZIA: “Si potrebbe punire il medico che ha guardagnato alla vita, alla funzione sociale un uomo, con un minimo sacrificio de un'altra persona?”

18.10. Em face destas perspectivas e da comunicação e cooperação no aperfeiçoamento técnico e nos progressos científicos, no plano mundial, como o atestam as recentes conferências do Dr. CHRISTIAN BARNARD em vários países, é de se desejar e pugnar pela elaboração de um acôrdo internacional, do qual constem princípios e normas uniformes para as legislações internas dos Estados signatários, conforme sugere o Esbôço de Legislações sôbre Transplantes.

18.11. Para finalizar, o Direito e o progresso científico são forças paralelas, não antagônicas, cuja direção é o bem da sociedade, exprimindo-se neste pensamento de TORRAS Y BAGES: ⁶⁶

“La ley es equilibrio, la fórmula de la vida, y cuando ella falta, entra la perturbación, el desorden y la destrucción.”

(66) TORRAS Y BAGES, *Llei de l'Art*, apud ANTONIO BORREL MACIÀ, *obrã cit.*, pág. 6.