

## DIREITO À VIDA E AO PRÓPRIO CORPO \*

Antônio Chaves\*\*

### RESUMO

O magistral trabalho constitui um dos estudos mais profundos se não o mais profundo sobre o tema, em língua portuguesa. Trata da vida como um bem jurídico, e do corpo em que ela se revela, bem assim das partes que o constitui. Cuida da intersexualidade e da transexualidade, assim como do transplante de órgãos, durante a vida e após a morte do "doador". Examina o problema da mudança de sexo. E conclui enfocando a matéria sob os aspectos civil e penal.

Cap. I - Direito à vida. Cap. II - Direito ao próprio corpo e às partes separadas do mesmo. Cap. III - Intersexualidade e transexualidade. Cap. IV - Transplantes de órgãos em vida. Cap. V - Após a morte. Cap. VI - Cadastro. Responsabilidade penal e civil.

### Capítulo I – Direito à vida

#### 1.1. O que é a vida?

Quem poderá definir essa pulsação misteriosa, própria aos organismos animais e vegetais, que sopita inadvertida nas sementes de trigo encontradas nos sarcófagos de monarcas egípcios e que germina milagrosamente depois de dois milênios de escuridão, que se oculta na gema de uma roseira que mãos habilidosas transportam de um para outro tronco, que lateja, irrompe e transborda na inflorescência de milhões de espermatozoides que iniciam sua corrida frenética à procura de um único óvulo, a cada encontro amoroso?

JOSÉ FERRATER MORA no verbete "Vida", de seu compendioso *Diccionario de Filosofía*, Buenos Aires, Sudamericana, págs. 1401-1405 depois de lembrar que desde a antiguidade distingue-se com maior ou menor precisão entre diversas espécies de vida, especialmente

\* CHAVES, Antônio. Direito à vida e ao corpo. IN: SEMINÁRIO SOBRE O PROJETO DO NOVO CÓDIGO CIVIL, Goiânia, 1985.

\*\* Professor de Direito da Universidade de São Paulo.

entre a vida biológica e a vida propriamente humana, invoca Aristóteles, sustentando que o viver não está inteiramente alienado do pensar. O estudo da vida não pertence à física nem à história natural, mas à "psicologia" que não era, como atualmente, uma ciência de uma certa realidade ou de determinados comportamentos, mas o saber a respeito do que é a forma e princípio de realidade nos seres vivos. A vida, em suma, é algo que oscila entre um interior e um exterior, entre uma "alma" e um "corpo".

O grande filósofo alemão GEORG SIMMEL, em seu genial *Intuición de la Vida*, na magnífica tradução de J. ROVIR ARMENGOL, Editorial Nova, Buenos Aires, 1950 imagina a vida, a pág. 19 como "una corriente continua a través de las generaciones sucesivas. Pero sus portadores (es decir, no aquellos que la tienen, sino que la son) son individuos, es decir, seres cerrados, centrados en sí, inequívocamente deslindados entre sí. Como la corriente de la vida fluye a través de estos individuos, mejor dicho, en forma de estos individuos, se embalsa en cada uno de ellos, pasa a ser forma de contornos fijos y como cosa terminada se destaca con sus contenidos lo mismo de sus semejantes que del mundo ambiente, sin tolerar que en modo alguno se desdibujen sus contornos. En esto se halla una última problemática metafísica de la vida: que está es una continuidad, sin límites y al propio tiempo un yo determinado por límites."

## 1.2. A pena de morte e o suicídio.

Essa breve digressão vai nos permitir, melhor armados, enfrentarmos quatro graves problemas: o da pena de morte, o do suicídio, da eutanásia e o do abortamento.

A primeira, que encontra cada vez maior número de defensores diante da escalada de violência que caracteriza, no mundo inteiro, o momento que vivemos deixa de ser tão tormentosa como parece se partirmos desse pressuposto de que não passamos de um elo dessa corrente imemorial que na normalidade dos casos deverá continuar durante muitos milênios ainda que somos seus simples depositários transitórios. Verificaremos então que não nos cabe, em tese, o direito de interrompê-la, nem eliminando a vida de um nosso semelhante, nem a de um que está por vir, nem a nossa própria.

Analisando minuciosa e eruditamente com invocação de trabalhos individuais, de comissões governamentais, pesquisas e estatísticas, os argumentos a favor da pena de morte, refuta SILVIO DOBROWOLSKI, *A Pena de Morte. Considerações acerca de Propostas pela sua Reintrodução no País*. Arquivos do Ministério da Justiça, n. 162, 1982, o argumento principal, anotando, com KOESTLER, que o efeito dissuasivo é inatuante quando crime punido com morte é praticado, e "não o é,

certamente, para homicidas que cometem suicídio - e um terço deles o pratica. "Não o é para os insanos e mentalmente perturbados; nem para os que matam em uma alteração, em estado de embriaguez, em um súbito acesso de paixão - e esse tipo de homicídio chega a 80% ou 90% de todos os que são cometidos. Também não o é para as pessoas que matam porque desejam ser enforcadas, e semelhantes hipóteses não são infreqüentes. Não é, da mesma forma, para os que acreditam em seu próprio método de crime perfeito - por veneno, banho de ácido, etc. - julgando nunca serem descobertos".

Cita numerosos antecedentes de erros judiciários, cuja irreparabilidade demonstra e traz a palavra do grande juiz da Corte Suprema dos Estados Unidos, Jerome Frank: "Se os julgamentos humanos fossem infalíveis, ainda uma sentença de morte seria imoral porque nenhum homem pode pretender desempenhar o papel de Deus. Mas semelhante tese não precisa ser considerada, porquanto, toma o impossível como verdade. A experiência demonstra a falibilidade das decisões judiciárias. Os tribunais consideraram culpadas pessoas inocentes. Como poderia uma sociedade arriscar-se a ordenar o homicídio judicial de um inocente?"

Conclui alinhando as principais razões pelas quais investigação realizada pelo Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais da Organização das Nações Unidas, publicada em 1962 recomenda a supressão da pena capital:

"1) A exemplaridade da pena de morte não está demonstrada ou parece discutível;

2) Muitos dos crimes com ela punidos são praticados por doentes mentais, alguns dos quais, por isso mesmo, escapam ao castigo supremo;

3) Há chocantes desigualdades na aplicação dessa pena, seja pelos diferentes graus de severidade dos tribunais competentes, seja por motivos de ordem econômica e sociológica, de modo a existir o risco de constituir essa punição ameaça muito maior para os criminosos carentes de meios econômicos e que por causa disso estão em piores condições para se defenderem;

4) Apesar de todas as medidas de aperfeiçoamento do processo judicial, existe sempre uma inegável possibilidade de se praticarem erros judiciários;

5) A repercussão da pena de morte é a tal ponto má, que estudiosos chegam, inclusive, a lhe atribuir caráter criminógeno;

6) Quanto à proteção da sociedade, pode ser convenientemente assegurada pela prisão perpétua;

7) A difusão do pensamento humanitarista faz a opinião pública considerar a pena de morte como inútil e odiosa;

8) O caráter inviolável da vida humana se opõe a ela."

### 1.3. Planejamento familiar. Laqueadura e vasectomia.

A necessidade da contenção do crescimento populacional atinge, em nossa época, aspectos dramáticos, principalmente nos países em desenvolvimento em que os casais com maior número de filhos são justamente os pertencentes às camadas populares mais pobres, no geral com dificuldades para prover sequer à própria alimentação.

Impõe-se assim o reconhecimento da imprescindibilidade do até agora controvertido planejamento familiar.

Por enquanto o sistema mais em voga é o dos métodos anti-concepcionais, atingindo proporções de que dá bem idéia a notícia publicada pela imprensa do dia 23.03.1985: O governo da Índia anunciou uma nova campanha de planificação familiar muito mais ambiciosa do que as outras, esta pretende esterilizar 12 pessoas por minutos durante as próximas dez semanas. O total de esterilizados será de 1,2 milhão. Um milhão receberá anti-concepcionais e 700 mil mulheres colocarão DIUs. O primeiro-ministro Rajiv Gandhi fez questão de deixar claro que o programa é "voluntário". Ninguém é obrigado a participar, embora "o progresso da Índia dependa disso", diz ele.

Geralmente admitidos, esses sistemas não levantam problemas de caráter geral.

Detenhamos, portanto, nossa atenção nas operações básicas mais em voga: a laqueadura e a vasectomia.

Dois são as posições básicas..

A primeira é a dos que acompanham o pensamento de SOLER, *Derecho Penal Argentino*. Tipográfica Editora Argentina, ed. 1973, vol. I, pág. 334: apenas os atos praticados por cirurgião constituiriam uma figura delituosa, importando embora alteração do organismo, mediante a eliminação de membro, órgão, etc.

Em campo oposto se situam aqueles que entendem que ligação de trompas e vasectomia, a não ser quando haja razões de saúde, ou risco de vida que as justifiquem, constituem crime de lesão corporal.

No Brasil não existe legislação específica, estando sujeita a matéria ao Código de Ética Médica, até há pouco tempo contrário, certamente com base no Dec. federal n. 20.391, de 1932, proibindo ao médico a prática de atos que tenham por finalidade impedir a concepção.

É bem de ver que nem uma nem outra operação poderia ser classificada como mutilação, ou, para usar as expressões do art. 129 (lesão corporal) do Código Penal de 1940, § 2º, n. III, "perda ou inutilização de membro, sentido ou função". Mesmo porque a reversibilidade é conseguida hoje em muito maior número de casos do que há alguns anos atrás.

Não considera, por isso, AYUCH AMAR, *As cirurgias esterilizadoras em face do Direito Penal*, O Estado de S. Paulo de 01.08.1982, a laque-

adura e a vasectomia procedimentos contrários à lei e apenas se tornam objeto de investigação penal quando, a exemplo de qualquer ato desconforme à boa técnica, geram certas conseqüências ou seqüelas, podendo o cirurgião responder a título de culpa ou dolo, conforme o caso, na forma da legislação residual, que é o Código Penal.

Indaga-se se os processos de esterilização não caracterizam violação da lei, por que insistir em dar-lhes regime jurídico próprio?

"Em primeiro lugar, porque cabe à sociedade conferir-lhes expressa legitimidade. Em segundo lugar, porque atribuir-se-ia a tais procedimentos o cunho de atividade científica organizada, cujos resultados, pesquisas e aprimoramento interessariam à comunidade nos moldes existentes em outros países. Em terceiro lugar, protegeria o cirurgião competente e dedicado em face de eventual desvio de exercício profissional, prevendo para este caso sanções de natureza penal e administrativa, inclusive estabelecendo hipóteses de inabilitação profissional temporária ou definitiva."

**1.4. Eutanásia. Estado de coma, nem sempre é de inconsciência. Recusa de morrer por ódio e recusa por amor.**

Exprimindo o ponto de vista da Igreja Católica, afirmou, em 1956, o Papa Pio XII:

"Qualquer forma de eutanásia direta, isto é, a administração de narcóticos para provocar ou apressar a morte é ilícita porque se tem a pretensão de dispor diretamente da vida. Um dos princípios fundamentais da moral natural e cristã é que o homem não é senhor e proprietário, mas somente usufrutuário de seu corpo e de sua existência."

Os mesmos princípios são seguidos pela *Declaração sobre a Eutanásia* elaborada pela Sacra Congregação para a Doutrina da Fé, que recebeu aprovação do Papa João Paulo II, em 1980, reconhecendo, porém, os problemas que podem surgir quando a agonia é acompanhada de dores graves e dificilmente suportáveis sem o uso de narcóticos.

O judaísmo segue aproximadamente a mesma linha. A Halakah faz distinção entre o prolongamento da vida do paciente, que é obrigatório, e o prolongamento da agonia que não o é.

O Rabino Isserles estabeleceu que, se algo constitui obstáculo para a partida da alma, deve ser removido. Na base dessa norma, o médico, se estiver convicto de que o seu paciente agoniza, isto é, possibilitado a morrer em três dias, pode suspender as manobras reanimatórias e inclusive o tratamento não analgésico.

É o que refere IRINEU STRENGER, acrescentando ter sido nos Estados Unidos da América que apareceram, a partir de 1903, as primeiras tentativas de legislação sobre a eutanásia; Wright combateu-as logo de início, mas se repetiram em diferentes Estados por intermé-

dio de Gregory em Iowa, Anna Hall em Cincinatti e de Sara Harvis, que em 1912 querendo suicidar-se, mas estando impossibilitada de o fazer por paralisia completa, implorava à Câmara dos Representantes de New York que a ajudasse a morrer; não lhe foi satisfeito o desejo, por causa dos grandes clamores que se levantaram.

Sintetiza, afinal, os conceitos deontológicos a respeito: a) a eutanásia ativa é proscrita; b) reconhece-se o direito do doente a uma morte digna e serena; c) no caso de morte irreversível a interrupção da terapia reanimatória é admitida, mediante a prévia declaração da irreversibilidade da coma segundo o conhecimento médico do momento.

A Assembléia do Conselho da Europa, por meio da Recomendação n. 79/66 enumerou os direitos dos doentes e moribundos: a) direito ao respeito da vontade do paciente acerca do tratamento a ser aplicado; b) direito à dignidade e à integridade; c) direito de informação; d) direito de cura apropriada; e) direito de não sofrer inutilmente.

Direitos análogos são contemplados no "Patient's Bill of Right" dos Estados Unidos, na Carta sobre Deveres e sobre Direitos dos Doentes, editada pelo Ministério da Saúde Pública e da Segurança Social da França, decreto n. 74/27, de 14.01.1974, e na Carta dei Diritti del Malato, Roma, 1980.

Conclui que o médico que voluntariamente produz a morte do próprio paciente, com ou sem o seu consentimento, ou seja, por motivo piedoso, comete homicídio.

A questão assume aspectos ainda mais dramáticos em se tratando de pessoas em estado de coma irreversível.

Pesquisa realizada pela Universidade de Stanford dá conta da existência, somente nos Estados Unidos, de cerca de 20 mil indivíduos naquelas condições, muitos há até oito anos, sem nenhuma esperança de voltar à vida normal.

Ao contrário do que muitos pensam, as pessoas em estado de coma, embora incapacitadas de exprimir seus pensamentos, não estão, em geral, em estado de inconsciência: muitas, ao contrário, registram uma hiper-sensibilidade que lhes permite perceber sentimentos e situações que nem sequer chegam a ser traduzidos em palavras. E isto as leva à posição paradoxal de aspirarem o fim dos seus tormentos, e, ao mesmo passo, recusam-se a morrer: umas, por incrível que pareça, por ódio, outras, em contraste, por amor.

Foi o caso de Loretta, vítima de uma trombose que em 1983 lhe paralisou todo o corpo. Colocada aos cuidados da enfermeira Ann, não tardou perceber, sem embargo de todos os cuidados tomados, que seu marido se apaixonara por esta, alimentando desde então profundo rancor em seu coração.

Depois de oito meses, Don Colucci, o esposo, resolveu falar abertamente do sentimento de culpa que sentia, e Ann, por sua vez, prome-

teu cuidar das crianças e que se um dia Loretta se recuperasse, todos juntos encontrariam uma solução para o problema.

Decorrida uma semana recebeu visita do marido acompanhado da noiva e dos filhos. Loretta ainda estava em estado de coma, mas o ódio havia cedido lugar ao relaxamento e à aceitação. Juntos todos cantaram "Yesterday", uma das suas canções favoritas. Pela primeira vez depois que adoeceu, Loretta abriu os olhos, esboçou um sorriso e antes que a canção chegasse ao fim fechou-os novamente... e morreu.

Ariana era uma menina de San Diego, de 12 anos, igualmente em estado de coma há oito meses, pois nunca se recuperou de uma cirurgia no coração que os médicos tentaram.

Mesmo depois de desligada a aparelhagem de suporte, para que pudesse morrer em paz, a criança continuava viva, com o corpo reduzido ao peso de 15 quilos.

Conscientizada de que a criança tem um enorme senso de proteção para com as pessoas que ama, principalmente os pais, confirmada pela frase "quem vai cuidar dos meus pais depois que eu morrer", enquanto banhava a filha, a mãe lhe sussurrou aos ouvidos: "não se preocupe conosco. Eu e seu pai vamos cuidar um do outro, depois que você morrer. Você tem nosso consentimento para partir, agora mesmo, se quiser".

Uma lágrima correu pelo rosto de Ariana, que expirou nesse mesmo momento.

Ambos esses casos foram revelados no decorrer de uma série de seminários dos mais interessantes jamais realizados: "Morte Consciente", com uma platéia de duas mil pessoas em várias partes dos Estados Unidos, da Europa e da Austrália, por Steve Levine, psicólogo, e sua mulher, Ondrea, autores do livro "Quem Morre" (Who Dies), um best-seller editado pela Doubleday, a respeito do qual MARCO ANTONIO DE LACERDA publicou uma reportagem em O Estado de São Paulo de 29.07.1984: *Psicólogo ajuda vítimas da coma*.

### 1.5. Abortamento.

As considerações que expendemos a respeito de não constituirmos, cada um de nós, senão um elo dessa imensa corrente fluida que é a vida, e que, por isso mesmo, não temos o direito de interromper, e a de que os códigos resguardam, desde a concepção, a pessoa, levam fatalmente à conclusão de que o abortamento, salvo casos excepcionais previstos em lei, é crime.

Mas existem aspectos que não é possível ignorar, entre os quais o cálculo de que, no mundo inteiro, aproximadamente 40 milhões são praticados todos os anos, e o da ONU de que três milhões e quatro-

centas mil brasileiras o realizam. É fato notório, por outro lado, que recorrendo a remédios caseiros, a parteiras ou a "curiosos" 40 mil mulheres, em igual período, morrem, vítimas de falta de higiene ou de cuidados apropriados.

Eis aí explicada uma das razões para a polêmica interminável que, nos Estados Unidos, assumiu violência sem precedentes, onde a média de intervenções dessa natureza é de 4.000 por dia, e em algumas áreas como a do Estado de Nova York, o número anual de abortamento corresponde ao de nascimentos.

Movimentos contra o aborto, depois de fecharem três clínicas na Flórida e uma em Washington em apenas uma semana, a poder de bombas, conseguiram no dia 11.01.1985 liminar da Suprema Corte do Estado de Nova York em ação movida pelo bispo católico Howard Hubbard contra o Departamento de Saúde, que autorizara a prática de abortos em dois centros cirúrgicos de Albany, Estado de Nova York.

É parte de uma campanha de inspiração católica tendo por objetivo obter a revogação de decisão da Suprema Corte Federal que, em 1973, garantiu às americanas o direito de interromper a gravidez, a seu exclusivo critério, nos três primeiros meses.

Ao que parece, raciocinam a poder de bombas: à destruição de clínicas e de centros cirúrgicos, respondem com incêndios das igrejas frequentadas por suspeitos dos atentados.

O argumento mais impressionante foi a exibição pelo canal de televisão de Torrington, Connecticut, pela primeira vez, no dia 15.01.1985, de um filme de 28 minutos de duração, "O Grito Silencioso" pela Liga de Ação Pró-Vida, para os 18.500 assinantes daquela cadeia local de televisão.

Mostra imagens intra-uterinas de um feto de 12 semanas sendo extraído pelo processo de sucção. "O feto se encolhe para escapar do aparelho, que primeiro lhe arranca as pernas, depois os intestinos. Ele luta violentamente com os braços, e no fim sua cabeça cai, a boca aberta em agonia", descreve Joseph Scheidler, um ex-monge beneditino, fundador da liga. Para ele, a simples transmissão do filme por uma rede nacional de televisão dispensaria bombas e encerraria em uma semana o debate sobre o aborto no país.

Trechos dessa macabra seqüência, acompanhados de comentários, foram posteriormente exibidos no mundo inteiro, chocando profundamente a opinião pública e levantando novas ondas de polêmicas.

Sem embargo, as estatísticas impressionantes de abortamento, envolvendo não só as mulheres como também os maridos ou amantes, e os médicos e as parteiras que os praticam, que aproveitam da circunstância para cobrarem altos salários pelos seus serviços, além da conivência da inteira sociedade, pelo seu silêncio e omissão, — não podem, com o lúgubre séquito de mortes, deixar de comover profun-



damente. Há mais, porém: o crime, quando reconhecido, só recai em elementos das classes menos favorecidas: as abastadas, além de disporem de toda sorte de preservativos e de abortivos, ainda recolhem-se aos hospitais e maternidades mais sofisticados, chegando mesmo a transformar o lance num acontecimento social.

A única solução racional, embora não satisfatória — e qual poderia ser tida como satisfatória? — é reconhecer diante dessa realidade inelutável, e para evitar mais graves conseqüências, liberdade a cada mulher de realizar a ação que sua consciência e, muitas vezes, a necessidade lhe dita.

### 1.6. Deformados natos

Muitas tentativas de abortamento trazem a seqüela de malformações congênitas: indivíduos que nascem sem braços, sem pernas, ou com esses e outros membros atrofiados de tal forma que não teriam dúvida os antigos em considerá-los monstros, a serem atirados pela rocha Tarpeia.

Pelo direito romano, não seria homem o "monstro".

A dificuldade consistia em determinar o que é "monstro".

Por exclusão, dizia o Digesto que não eram monstros crianças nascidas com seis dedos, ou com um olho no meio da testa.

"Julgavam os antigos" - comenta José Carlos Moreira Alves, *A Forma Humana no Direito Romano*, Rio, tese mimeografada, 1960 - "que, sendo a alma a característica do homem, ela se localizava na cabeça, a parte mais nobre do corpo. Assim, não seria criatura humana o que nascesse com cabeça de animal. E isso ocorreria em virtude do princípio, firmado na antigüidade, de que, se a mulher tivesse copulado com um animal, daria à luz ser da mesma espécie daquele que a fecundara".

Essa matéria voltou a ter dolorosa atualidade no ano de 1968, quando foram julgados, na Alemanha, num processo que exigiu 14 juízes e no qual foram ouvidas 352 testemunhas, o químico Muckter e mais oito cientistas da sua equipe, por terem descoberto e propagado a droga K 17, mais conhecida como talidomida.

Foi divulgada através de intensa propaganda, com 50 anúncios em todos os grandes jornais médicos e 200 mil cartas dirigidas a facultativos, afirmando a segurança de "Contergan", nome comercial dado à droga, como sedativo e soporífero inócuo.

Resultado: em três hospitais de Hamburgo, oito crianças nasciam deformadas entre 6.000 nascimentos em apenas dois meses. Nessa mesma cidade, em dois anos, cerca de 50 crianças nasceram facométicas - nome dado às deformações ocasionadas pela talidomida. E, no mundo

todo, sete mil crianças monstruosas, algumas das quais morreram, algumas foram mortas e a grande maioria vive mutilada.

Preferiu, no entanto, o nosso Código Civil declarar que a personalidade começa do nascimento com vida, mas que a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (art. 4º).

Quer isso dizer que o nascimento da pessoa, isto é, o momento em que o feto se separa do ventre materno é que marca o início da personalidade.

Embora a solução seja a da maioria dos códigos, a verdadeira é a de TEIXEIRA DE FREITAS, em nota ao art. 221 do seu *Esboço*, que harmoniza o Direito Civil consigo mesmo, com o Penal, com a fisiologia e com a lógica.

Acolhendo-lhe a lição, dispõe o CC argentino:

"70. Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas: y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre".

Com três argumentos demonstra Guillermo A. Borda *Tratado de Derecho Civil Argentino, Parte General*, I, Buenos Aires, Perrot, 5a. ed., 1970, págs. 227-241, ser essa a solução acertada:

"A pessoa natural é o ser humano, o homem; é lógico, pois, que sua personalidade jurídica começa desde que se inicia a própria vida, quer dizer, desde a concepção. Vida e pessoa são conceitos inseparáveis.

Além disso, quando existe alguém em cujo favor possa ser invocado o amparo atual da justiça, esse alguém é uma pessoa.

Finalmente, é necessário deixar assente que esta disposição acerca de se a vida começa com a concepção ou com o nascimento é mais teórica do que prática, porque mesmo no caso de admitir o sistema contrário ao da nossa legislação positiva, se reconhecem ao concebido no seio materno os mesmos ou similares direitos".

Cada vez com maior frequência registram-se, por outro lado, casos de anencefalia devidos ou atribuídos à poluição do ambiente que em determinadas regiões alcança proporção intolerável.

Se em várias partes do mundo os pais desses seres deformados recebem vultosíssimas indenizações, qual a situação no Brasil?

A solução encontrada mostra que somos, efetivamente, o país do "jeitinho".

Em 1976 foi iniciada por João Assis dos Santos Carvalho e mais 142 vítimas uma ação na Justiça Federal de Porto Alegre contra o Governo da União e três laboratórios fabricantes da "talidomida": Pinhei-

ros, Americano de Farmacoterapia e Lafi, vultosa indenização, além de uma pensão mensal vitalícia, no valor de meio a quatro salários mínimos.

O Governo Federal, no entanto, negou-se a pagar qualquer indenização, alegando que a proposição da demanda era medida que havia esgotado o assunto na esfera administrativa, tornando assim impossível dar por finda a ação uma vez que o Governo, envolvido como parte, ao lado dos laboratórios, se recusa a admitir sua responsabilidade, por ter assinado um tratado internacional de reciprocidade pelo qual o Brasil não precisa testar remédios liberados nos países com os quais assinou o compromisso.

## Capítulo II

### Direito ao próprio corpo e às partes separadas do mesmo

#### 2.1. Direito ao próprio corpo. Cirurgia-punição não; sim, cirurgia-correção

Citando ALFREDO ORGAZ. *El Consentimiento del Damnificado*, La Ley, t. 150, segundo o qual o corpo não é algo que a pessoa tem, mas algo que a pessoa é, faz ver RICARDO ANTEQUERA PARILLI ser ilícito qualquer ato, mesmo consentido pelo sujeito, mediante o qual se autorize a um terceiro dispor do corpo vivo, de tal maneira que isso implique na extinção da vida.

O Código Civil italiano prevê no art. 5º os atos de disposição do próprio corpo, proibindo-os quando ocasionam uma diminuição permanente da integridade física, ou quando sejam de outro modo contrários à lei, à ordem pública ou aos bons costumes.

O Projeto de Código Civil brasileiro de 1975, Projeto n. 634-B, Diário do Congresso Nacional, I, de 17.05.1984 reproduz a mesma idéia, ressalvando, todavia, exigência médica, e admitindo tais atos para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial (art. 13 e seu parágrafo).

Reconhece a doutrina não ser absolutamente patrimonial o direito sobre o próprio corpo, mas pessoal, de caráter especial, tendo por conteúdo a livre disposição do corpo, dentro dos limites assinalados pelo direito positivo.

Temos todos pelo corpo humano um respeito quase religioso, tachando de bárbaros os sistemas punitivos não apenas que implicam em mutilação de um dedo sequer, como até mesmo qualquer constrangimento que não as aliás controvertidas penas de detenção ou de reclusão.

Mas uma vez que o progresso médico já localizou, com perfeita segurança, as regiões do cérebro sede de anomalias de comportamento de determinados indivíduos, que o simples secionamento de um nervo

secundário poderia reconduzir à normalidade, já é tempo de pensar se, por esse respeito mítico à integridade, há de uma inteira coletividade continuar suportando a ação maléfica de transgressores, cuja vida é um rosário de entradas e saídas da cadeia, para, cada vez que egressos, continuarem repetindo os mesmos crimes contra pessoas indefesas.

É claro que não estamos defendendo a volta à prática medieval que à imperícia de um cirurgião dava o remédio sumário da amputação, com toda solenidade, da mão desastrada.

No caso de um estuprador contumaz, que tão logo se liberta dos três anos de condenação, pelo cumprimento, ou pela fuga, e até mesmo na própria penitenciária, cometa outros, e mais outros e outros ainda desses delitos, frequentemente seguidos de mortes, aterrorizando mulheres, homens, famílias e bairros inteiros, não seria todavia mais "humano" pensar menos na sacralidade desses estupradores e um pouco mais nas vítimas, atuais e futuras, e dar-lhes aquele remédio que a todos nos acode neste momento, muitas vezes em seu próprio benefício, pois os livraria do perigo de um linchamento, cada vez mais frequente, diante da revolta da população? Foi notificado pela imprensa do mundo inteiro de 30.11.1983, o caso de três homens, Roscoe James Brown, de 27 anos, Mark Vaughn, de 21, e Michael Braxton, de 19, que reconheceram, diante do Juiz C. VICTOR PYLE Jr., de Anderson, Carolina do Sul, terem estuprado uma mulher de 23 anos, num motel, atacando-a repetidas vezes, durante seis horas e queimando-a com um isqueiro, fazendo com que ela perdesse quase dois litros de sangue e ficasse hospitalizada durante cinco dias.

A sentença concedeu-lhes a escolha entre a castração cirúrgica e 30 anos de prisão. O primeiro, a princípio, aceitou a oferta, mas afinal, com os demais, apelou. Não importa, que a sentença fosse revogada em data de 15.03.1985, vale para despertar a discussão, lembrando-se que em 1982 aumentou o interesse na utilização de hormônios femininos, como o Depo-Provera, para o tratamento de homens com um currículo de abusos sexuais, para controlar e dirimir seus impulsos.

Lembra WILLIAM E. SCHMIDT, na reportagem *Condenado pode escolher entre cadeia e castração*, do N.Y. Times, reproduzido pelo "O Estado de S. Paulo" de 30.11.1983, existirem, nos Estados Unidos, casos de condenados se submeterem a castrações, mas com características "químicas". No hospital da Universidade Johns Hopkins, em Baltimore, por exemplo, cerca de 150 homens condenados por crimes sexuais consentiram em receber injeções de Depo-Provera, como parte de um programa de terapia determinado pelos tribunais, além de receberem aconselhamento para ajudá-los a controlar seus impulsos sexuais. Este hormônio serve para diminuir consideravelmente a produção da testosterona, o hormônio sexual masculino.

Os médicos dizem que nem o tratamento com as drogas e nem a castração cirúrgica farão com que os homens se tornem incapazes de manter relações sexuais no futuro, já que injeções de testosterona poderiam restaurar parcialmente a capacidade sexual.

## 2.2. Direito às partes separadas do corpo. O sangue.

RICARDO ANTEQUERA PARILLI versa a matéria mostrando que a transfusão de sangue apresenta um tratamento legal diferente do transplante de órgãos por quatro razões principais:

1º Porque trata de substância de natureza regenerável, enquanto a maioria dos demais transplantes diz respeito a órgãos ou tecidos não renováveis;

2º Porque a cirurgia de transplantes é condicionada e excepcional ao passo que a transfusão é de ocorrência diária e rotineira;

3º Porque enquanto a intervenção de transplante pressupõe a produção de lesões consideráveis no doador e no receptor, a transfusão sanguínea é de intervenção simples e sem importância;

4º Porque muitas transfusões sanguíneas revestem caráter urgente e imediato, não podendo por isso serem precedidas dos formalismos que rodeiam o transplante.

## 2.3. O sêmen

Admitirá o conceito moderno de bons costumes a cessão, gratuita ou remunerada de sêmen?

Não encontramos em nossa legislação qualquer dispositivo a respeito, excluindo porém desde logo o fato de não admitir o art. 1º do Código Penal a existência de crime sem lei anterior que o defina, a possibilidade de enquadrá-lo como ato criminoso.

Será duvidosa, no entanto, do ponto de vista civil, pelo menos enquanto não forem vencidos os preconceitos existentes, a moralidade de qualquer transação que tenha por objeto o esperma humano.

É geralmente admitida a inseminação homóloga, não a heteróloga.

Mas o fato é que vários países admitem a inseminação heteróloga, já se contando às dezenas de milhares os "filhos de profetas", o que levanta problemas nem sequer imagináveis em tempos passados.

Lembramos alguns deles em *Adoção, Adoção Simples e Adoção Plena*, S. Paulo, ed. Rev. dos Tribunais, 3a. ed., 1983, págs. 593-597:

A técnica dos transplantes de órgãos, a inseminação artificial heteróloga, apresentam novos e cruciantes problemas, obrigando à revisão de muitos conceitos.

O cirurgião Kamal Hanache teria, pela primeira vez no mundo, em 1972, enxertado testículos retirados de um feto de sete meses,

natimorto, num paciente de 26 anos, nascido sem o órgão, e que sofria de alergia aos hormônios masculinos.

Caso venha a procriar, o filho terá características genéticas do doador.

A matéria - realçamos em nosso *Tratado de Direito Civil*, S. Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1982, vol. I, pág. 475, volta a ter grande atualidade com o aperfeiçoamento da técnica do *transplante de ovários*.

No X Congresso Brasileiro de Ginecologia e Obstetrícia, iniciado em Curitiba em data de 26.10.1972 Arthur Campos da Paz encareceu representar esse transplante área controversa, pelas suas implicações psicológicas (a mulher receptora não adquire, a rigor, a condição de mãe) e médico-legais.

Manifestou-se contrário a semelhante transplante, considerando "muito melhor a adoção de uma criança", informando que, até aquela ocasião, somente alguns poucos profissionais já o haviam realizado.

Mas o fato é que também essa inovação, como tantas outras, está destinada a prosperar.

Não é só.

Desde que o médico inglês John Hunter realizou, pela primeira vez, em 1790, uma fecundação artificial numa mulher, desde que se tornou prática comum, em diversos países do mundo, a proposta do médico italiano Mantegazza, feita em 1866, da criação de um banco de sêmen, quando já se fala correntemente em doadores de sêmen e de óvulos, até mesmo da criação de bancos de embriões, percebe-se como ficam profundamente alterados os conceitos de paternidade e maternidade biológica.

Na XIII Conferência da *Inter-American Bar Association*, que se realizou em Tampa, Flórida, de 8 a 12.11.1982, o Prof. Paulo Lins e Silva defendeu, no Comitê IV, Lei Civil, a tese: "Paternidade e Maternidade. Aspectos social e legal da inseminação artificial", frisando que com o evento da inseminação artificial, os embriões em tubos de prova, não utilizados, poderão ser doados.

Sustentou a criação, nessas condições, de uma nova modalidade de adoção: a de um pré-nascituro, ainda na fase embrionária.

Como não existe legislação que regule tais eventos, é necessário uma célere apreciação formal do direito, para fins de harmonização social.

No mundo jurídico, só conhecemos o instituto da adoção aplicado em seres nascidos, com personalidade jurídica formada.

Mas, diante da viabilidade através dos titulares de um tubo onde lá se encontra um embrião, doá-lo a terceiros, para a inseminação direta no útero, estamos diante de mais um mistério para o Direito em suas regulações normáticas.

O embrião fora do útero materno, congelado, não seria juridicamente considerado um nascituro. Qual a situação jurídica de tais tubos?

Haveria portanto dentro da condição heteróloga, a utilização direta por um casal, de embrião advindo de terceiras origens, e que seria colocado dentro do útero da esposa somente para o período gestatório.

Estamos diante de titulares detentores do direito sobre tais embriões, que teriam sido desprezados, ou colhidos por excesso de cuidado médico numa inseminação artificial anterior, e por consenso de seus titulares, abdicados estes dos seus direitos sobre os tubos, onde se contêm embriões, ou seja, seres em sua primeira formação, ainda fora do útero, mas conservados em congeladores.

Este advento da medicina, inclusive explicada sua possibilidade de ocorrência pelo médico suíço Dr. Angelo Conti, deverá em breve mobilizar a sociedade humana, pois não serão meros casos de inseminação heteróloga, mas o aproveitamento integral de um embrião, de origem diversa da conseqüência final dos utilizadores, ou seja, o casal usará o embrião de origem dupla estranha para redundar numa filiação legítima dos interessados.

Estamos sem dúvida alguma diante de uma forma de adoção de um embrião ou de um nascituro. Indaga qual será sua viabilidade no campo do Direito, pois não conhecemos a prévia adoção do nascituro, e sim a adoção após a formação da personalidade do ser.

Teríamos por parte dos titulares dos embriões depositados em bancos, a renúncia expressa aos mesmos, passando ao critério dos médicos a cessão para efeitos inseminatórios aos casais interessados.

Como também viabiliza a hipótese de um casal utilizar o útero de terceira mulher simplesmente para gestar o embrião que adquiriu num banco.

São condições próximas ou idênticas à natureza jurídica do instituto da adoção, com implicações terciárias na responsabilidade do médico que realizará a inseminação na esposa, na origem eugênica do embrião, e finalmente a utilização de outro útero, para a gestação do ser que será legítimo ao nascer, para a entrega aos que o encomendaram.

Tudo isso ainda está bastante vago, urgindo uma regulamentação a respeito, mas valendo aqui a opinião do Prof. Dieter Giessen em seu trabalho *Medical Malpractice Law*:

"Uma coisa é ajudar um casal sem filhos a conceber vencendo um obstáculo à concepção do lado do marido (p. ex., no caso de esterilidade), ou da mulher (p. ex. no caso de uma obstrução dos tubos de Fallopio); se esses objetivos são seguidos, o contrato poderá talvez ser válido".

Essas aspirações não podem ser plenamente alcançadas por meio da adoção (deixando de lado o fato de não poder dar à esposa a experiência da gravidez e do parto, que, de acordo com os peritos médicos, é freqüentemente importante para a relação mãe-filho durante os primeiros anos da vida da criança.

Além disso, em 1972 o número de casais querendo adotar uma criança na Alemanha era duas vezes maior do que o número de crianças legalmente disponíveis para adoção. Mas seria necessário outra coisa como engenheiro genético e pesquisador para criar novas interferências com o processo da vida.

Conclui o Professor de Direito de Família da Faculdade de Direito, Cândido Mendes, estarmos pois "diante de um misterioso problema ligado aos aspectos legais da adoção embrionária, do nascituro, advindo do útero da esposa ou de terceira mulher cujo útero fora emprestado".

Passa a demonstrar, adiante, que a temática inseminação artificial, levou-nos a criar em relação à maternidade duas espécies de mães. A primeira, que impossibilitada de gerar por problemas clínicos, tem seu óvulo retirado, para ser fecundado em tubos, juntamente com o sêmen de seu marido.

Após a formação embrionária nos "tubos de proveta", o óvulo fecundado e através de uma operação, é colocado no útero materno. Evidentemente que será gerado um ser, um filho legítimo *in casu* gerado do sêmen do marido e do óvulo da mulher, através da utilização científica artificial, da inseminação, diante da inviabilidade da fecundação através do ato natural sexual.

A ética médica, vale aqui a afirmação, nestas circunstâncias, não cria obstáculos, nem reprime, pois a inseminação fora feita em decorrência de uma deficiência ginecológica da mulher, possibilitando através da técnica "artificial" transformá-la em mãe.

Sob o outro aspecto, o mais novo, neste campo da inseminação artificial, é a locação do útero.

Passa a analisar a figura da mulher que o empresta a terceiros, para durante o período de nove meses gestar o óvulo fecundado de outra mulher, a quem, após o nascimento da criança, será outorgada a condição materna: através das experiências dos "tubos de proveta", com a viabilidade da fecundação extra-uterina, nova espécie de maternidade artificial fora criada.

Portanto, poderemos também alcançar outra modalidade de maternidade artificial, o desejo de uma mulher solteira se tornar mãe, quando poderá perfeitamente fazer uso de um embrião congelado, utilizando-o através da inseminação artificial, ou mesmo, numa operação retirando um óvulo seu para ser fecundado por sêmen de terceira pessoa, estranha de qualquer relacionamento afetivo ou de seu parentesco.

Teremos por conseguinte, neste caso, uma maternidade artificial, celibatária, sem qualquer relacionamento de ordem sexual, simplesmente suprimindo um desejo feminino incontido de se tornar mãe, utilizando o avanço da tecnologia científica médica.



Identifica a "maternidade civil" com a paternidade jurídica advinda da relação materna no instituto da adoção, igualmente civil, quando biológica, dentro do matrimônio, ou reconhecida através de ato formal paterno. Mas é essencialmente civil, quando criada através de uma das diferentes modalidades de adoção.

O direito empresta a condição materna à pessoa que não gestou e nem mesmo gerou a criança a que lhe será outorgada a qualidade de mãe. Em certa forma de adoção inclusive o direito reconhecerá seu relacionamento de parentesco nas mesmas condições que na maternidade biológica, até mesmo quanto ao aspecto sucessório.

A maternidade civil aqui enaltecida, é a que não fora submetida aos efeitos naturais de uma anterioridade fisiológica, mas sim criada através dos préstimos de um ordenamento jurídico que a reconhecerá e a fará mãe, oficialmente como as já citadas.

Com Genival Veloso de França, *Fecundação Artificial*, pág. 158, conclui assinalando existirem profundas diferenças sob o ponto de vista jurídico, moral e afetivo entre: o filho adotivo e o filho concebido por uma heterofecundação:

"O filho adotivo, mesmo sendo biologicamente estranho aos pais, é amparado pela lei, visto que a adoção é um ato oficial e público. O reconhecimento de um filho gerado por um processo de fecundação artificial heteróloga supõe a falsificação consciente e oficial, por parte dos pais, numa certidão de nascimento. Adotando uma criança, tem o casal por ela sentimentos iguais, o que dificilmente pode se encontrar numa fecundação artificial extramatrimonial".

Reportagem de "Fantástico", transmitida pela TV Globo de 30.01.1983, dava notícia do primeiro caso de uma demanda surto nos EUA.

Cidadão desejoso de ter um filho, "locou", por US\$ 10,000,00, com o consentimento do marido, o útero de uma senhora, para nela fazer implantar um óvulo fecundado com sêmen dele contratante.

Estipulou expressamente a condição de que, durante um mês, ela não manteria relações sexuais.

Verificando, ao nascer a esperada criança, que era mongolóide, recusou-se ao pagamento e a recebê-la, alegando que perícia médica, pela análise e comparação dos tipos sanguíneos, havia demonstrado que a criança não poderia provir de sêmen seu.

A mãe "postiça", por sua vez, não quer saber do infeliz produto da experiência, que não considera filho seu, ao mesmo tempo que se manifesta disposta a repetir análoga transação.

### Capítulo III Intersexualidade e transexualidade

#### 3.1. Correção cirúrgica da genitália ambígua

Estabelece MATILDE JOSEFINA SUTTER HOJDA distinção entre o intersexuado e o transexual, possuindo este último perfeita genitália externa e interna de um único sexo, respondendo porém psicologicamente aos estímulos de outro.

Não sendo a diferenciação sexual suficientemente precisa — acrescenta — sobretudo quando a genitália externa é ambígua, surge certa dificuldade em definir o sexo da criança quando de seu nascimento. Não é apenas da parte dos pais, mas, até do médico, quando não está habituado a lidar com intersexuados. O registro da criança como sendo do sexo correspondente ao da genitália externa, leva a enganos, cuja correção se torna difícil. Chega mesmo a ocorrer que, pais registrem a mesma criança duas vezes, uma vez alegando sexo masculino e outra, feminino.

O número de indivíduos intersexuados não é tão reduzido quanto possa parecer à primeira vista. Somente na Unidade de Intersexo do Hospital Infantil Darcy Vargas em São Paulo, no curso de cinco anos se apresentaram 66 casos.

Nem sempre os familiares têm dúvidas quanto ao sexo da criança, uma vez que sua genitália externa poderá ser quase perfeita: o surgimento de características secundárias diferenciadas é que suscita o problema.

Para a adequação do indivíduo à sociedade sua designação sexual deve corresponder à do sexo dominante, praticamente perfeita nos pseudo-hermafroditas femininos por hiperplasia congênita das supra renais. Após a amputação de parte do clitóris — em geral extremamente desenvolvido - e da abertura vaginal se necessária, a genitália externa e interna ficam normais para o sexo feminino, pois a pessoa possui ovário, útero, trompas e é fértil. A fertilidade é rara nos intersexuados.

Lembra que, ao contrário do que ocorre com os transexuais, os intersexuados não têm grande preocupação em manter um ou outro sexo. Sua maior preocupação é que seja definido com precisão o sexo ao qual pertence, e que lhe permita a funcionalidade.

Na prática, os pais são aconselhados a registrar tais crianças somente após os resultados dos exames médicos e laboratoriais. A fim de facilitar a identidade que será mantida, a cirurgia corretora é recomendada tão logo possível.

A responsabilidade do médico é a mesma concernente a qualquer outra cirurgia. A penal será invocada nos casos de culpa, tal qual ocorre com qualquer cirurgia corretiva. De igual modo o Código de

Ética Médica, que regula o exercício da medicina, não prevê qualquer impossibilidade de intervenção desde que o fim seja terapêutico.

A medida que a imprensa falada e escrita vai divulgando casos dessa natureza, desperta a consciência mesmo de pessoas pouco letradas, mostrando a necessidade de providências médicas e legais para a solução dessas malformações.

Um caso bem expressivo é o do menor O.R.M., nascido aos 24.01.1965, na Comarca de Morro do Chapéu, em pleno sertão do Estado da Bahia, e registrado como do sexo masculino. Somente com a mudança da família para São Paulo foi possível verificar na Unidade de Intersexo, do Hospital Darcy Vargas, tratar-se de um pseudo hermafrodita feminino, por hiperplasia congênita das supra-renais, de acordo com os laudos de especialistas das áreas de genética, endocrinologia, cirurgia, ginecologia, clínica e psicologia, o que impossibilita a sua funcionalidade nesse sexo, embora possua o menor órgãos femininos, tendo amenorréia e possibilidade de vir a gerar filhos.

Após minucioso preparo realizado pela equipe psicológica da Unidade de Intersexo, a intervenção cirúrgica, por possuir clitóris muito desenvolvido, obteve pleno êxito, justificando assim o pedido de retificação do nome e do sexo do assentamento de nascimento. O Juiz da 8ª Vara da Família e Sucessões da Comarca de São Paulo, OLAVO CARMARGO SILVEIRA, em erudita sentença de 09.06.1981, RT 570/268-272 encareceu não se cuidar de simples alteração de registro civil, mas de modificação atinente ao próprio estado da pessoa.

Além do caso do requerente, outro idêntico havia surgido na mesma família.

Compendia os relatórios dos setores de Cirurgia e de Psicologia, demonstrando que a operação cirúrgica se mostrava indispensável para a definição de seu sexo verdadeiro, e assinala que de maneira alguma poderia ela ser considerada como agressão ou ofensa à sua integridade física, que pudesse ensejar uma consideração de violação da lei penal.

Impossível deixar de reconhecer que teve o interessado, em razão da cirurgia a que foi submetido, recondução ao sexo feminino, predominante biológica, física e sexualmente, bem como demonstrada total adaptação, ademais da plena capacidade de geração. Por via de consequência, irrecusável o seu direito de ver legalmente reconhecida uma situação de fato, já agora imutável e consumada com declaração judicial de seu verdadeiro estado, de sua verdadeira condição, integrante do sexo feminino, e, por isso, indispensável seja lavrado o assento respectivo.

O derradeiro problema está em como se proceder à alteração do Registro Civil, pois não se cuida de nenhuma das hipóteses previstas pela Lei 6.015, artigos 29, § 1º, 57, 109 e 110. Na falta de disposição expressa, e atendendo ao especial interesse da pessoa e ao sigilo que deve recair sobre o ato, impõe-se aqui por analogia com o disposto na

Lei 6.697, artigos 35, 36 e 109, § 2º e artigos 95 e 96 da Lei 6.015, determinar o cancelamento do Registro originário, lavrando-se novo assento, na forma preconizada pela Lei 765/49, figurando o requerente como sendo do sexo feminino e adotando o nome que ela escolheu.

Tinha pois razão MATILDE JOSEFINA SUTTER HOJDA ao encarecer não haver como afastar a possibilidade de redesignação de sexo nestes casos. A Constituição, ao garantir os Direitos Fundamentais, assegura o bem-estar que, para os intersexuados, somente será possível se adequados ao único sexo em que serão funcionais.

Todavia, um dos aspectos a ser considerado, em se tratando de um indivíduo intersexuado, se refere à sua aptidão para o casamento.

Válida a correção sob o aspecto ético, moral e jurídico, uma vez que torna os intersexuados capazes para a conjunção. A redesignação, embora torne o intersexuado capaz para o casamento requer outro cuidado: o da informação prévia e expressa ao futuro cônjuge, de sua situação anterior. Uma vez retificado o registro de nascimento e realizada a cirurgia, vê-se corroborado o fato de o intersexuado ter sido criado e conhecido como sendo de outro sexo. O passado clínico e psicológico deverá ser informado. O conhecimento, depois do casamento, de ter o cônjuge vivido, por exemplo até a mocidade, como sendo de sexo idêntico ao seu poderá tornar insuportável a vida em comum. Caso contrário, poderá ser invocado o erro essencial sobre a pessoa, concernente à identidade, e ajuizada ação de anulação de casamento.

### 3.2. Pedidos de autorização para mudança de sexo

Na generalidade dos casos, os transexuais, sabedores da dificuldade de obter uma autorização judicial para mudar de sexo, preferem apresentar o fato consumado: realizam, possivelmente no estrangeiro, a operação e depois pedem a retificação.

O primeiro caso de pedido anterior à cirurgia, no Brasil, seja, possivelmente, o de I.B.C., residente em Porto Alegre, registrado e criado como menina, e que nunca se adaptou a essa condição, rasgando, aos prantos, seus vestidos e quebrando aos pedaços as bonecas que lhe eram destinados. Ao atingir 30 anos, vestindo terno e gravata, apresentava todos os característicos masculinos, menos o órgão genital, que é de mulher.

Inconformado com a sua condição, procurou, em 1980, médico, para obter uma cirurgia que lhe modificasse a anatomia. Diante da recusa deste, sem autorização judicial, também não a obteve do Juiz, CELESTE VICENTE ROVANI, sob alegação de que se tratava de assunto técnico-científico, e que não poderia ser decidido na justiça. Além de ser a requerente parte ilegítima, o pedido seria juridicamente impossível.

Deu provimento, em parte, à unanimidade, a 3a. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, RT 551/205:

“Jurisdição voluntária. Autorização para operação. A pretensão da postulante de obter autorização para submeter-se a intervenção cirúrgica com o propósito de alteração de sexo, com extirpação de glândulas sexuais e modificações genitais, é de ser conhecida pelos evidentes interesses jurídicos em jogo, dados os reflexos não só na sua vida privada como na vida da sociedade, não podendo tal fato ficar a critério exclusivamente das normas ético-científicas da Medicina. Apelo provido em parte”.

Cada caso — conclui — deverá ser cuidadosamente estudado, e a importância do laudo psicológico no que concerne à maturidade do indivíduo é fundamental. Se o indivíduo for imaturo não avaliará, com precisão, os resultados e, conseqüentemente, se estes forem decepcionantes diante das expectativas que tinha, solicitará a reversão através de nova cirurgia, como já se sabe ter ocorrido. A reversão cirúrgica é totalmente impossível, pois a sensibilidade não poderá ser recuperada e o indivíduo constatará que aquilo que acreditava ser o melhor para si mesmo, na verdade não o era, e que todas as medidas foram inúteis.

Compete à ciência positivar que o sexo biológico não é mais importante que o psicológico. Ainda assim, convém lembrar que a extirpação de órgãos de um sexo não significa que os do outro sejam inseridos ou criados. Não se substituem órgãos e o indivíduo salvo na aparência não pertencerá a nenhum deles. A cirurgia também não resolve o problema do desenvolvimento de caracteres secundários que implicam na constante ingestão de hormônios, com acompanhamento médico indispensável.

### 3.3. Problemas fisiológicos e psíquicos

As questões em que implica a “mudança” de sexo não terminam com a retirada dos pontos da cirurgia: ao contrário, é aí que começam. Podemos distingui-las em três grandes categorias: fisiológicas, psíquicas e jurídicas.

Sob os dois primeiros aspectos são muito elucidativas as observações da Dra. MATILDE JOSEFINA SUTTER HOJDA: o transexual recusando sexo biológico e admitindo como seu verdadeiro sexo o psicológico, se imagina como se realmente tivesse nascido nesse sexo. Mas não nasceu assim, e, por melhor que seja a cirurgia, sua anatomia impede perfeita funcionalidade. Uma amputação de falo e de testículos pode permitir a produção de uma neo-vagina. Mas esta não será exatamente como uma vagina comum, será revestida de pele e não de mucosa, o que impedirá a elasticidade normal. A falta de lubrificação natural importa em utilização de substância lubrificante antes da conjunção e

de higiene interna após. Em razão da falta de elasticidade o diâmetro do falo do parceiro deverá ser proporcional, pois se demasiadamente grande a relação será dolorosa e, se pequeno, insensível. A satisfação também será diferente e se limitará à pressão exercida nos corpos cavernosos, no restante de falo e de uretra.

No momento que se outorga a alguém um sexo biológico diferente do seu, mesmo tendo havido cirurgia, estará o Direito outorgando a este indivíduo uma "capacidade" que ele não possui. Assim "João" passa a ser "Maria" e terá documentos como tal e, sendo capaz, uma vez outorgados tais documentos a nova "Maria" poderá casar-se. Em que medida o futuro cônjuge, conhecendo a situação anterior, poderá avaliar as limitações que lhe estão sendo impostas? A resposta não pode ser conclusiva.

#### **3.4. Problemas jurídicos decorrentes das operações de mudança de sexo: pedidos de retificação do registro civil**

Em nosso *Tratado de Direito Civil*, Parte Geral, S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 3a. ed., 1982, vol. I, tomo I, pág. 636, separávamos duas espécies de problemas decorrentes da mudança de sexo em virtude de operações cirúrgicas: havendo simples erro, comprovadas as alegações pelos meios próprios, nenhuma dificuldade: apelação nº 235.341, TJ-SP, confirmando sentença pioneira do Juiz de Direito da Comarca de Mairiporã.

Mesmo na hipótese rara de hermafroditismo verdadeiro, definido o sexo predominante através de operação cirúrgica, terapêutica ou reparadora, nada impede, diante das provas apresentadas, seja deferida a adequação do assento de nascimento, assumindo prenome compatível: RT 444/91.

Mencionamos, por outro lado, que nos primeiros casos de operações de "mudança de sexo", a jurisprudência não admitia alteração: o ato cirúrgico absolutamente não mudaria o sexo da pessoa, sendo, por isso, impossível a retificação pretendida.

É nesse sentido a orientação da Corte Constitucional italiana, em decisão de 01.08.1979, Giustizia Civile, I, 32, 1980:

"Não encontra fundamento — com referência aos arts. 2 e 24 da Constituição — a questão de legitimidade constitucional dos arts. 165 e 167 do real decreto-lei de 09.07.1939 n. 1238, ordenamento do estado civil, e do art. 454 CC que excluem o direito à retificação do registro de nascimento e à atribuição do sexo feminino na hipótese de modificações artificiais de um sexo que façam perder a um indivíduo as características peculiares masculinas e adquirir as femininas".

Como é natural, outros casos vão surgindo.

V.u. de 26.12.1975 da 5a. Câmara Civil do TJ-SP, RT 493/61 proclamou:

“É impossível retificar assento de nascimento para o fim de ficar constando mudança de sexo decorrente de ato cirúrgico errado, quiçá até criminoso, para atribuir ao interessado sexo que na realidade não tinha, nem poderá jamais ter.”

O Supremo Tribunal Federal, aos 24.08.1981, Agravo Regimental n. 82.517-7 decidiu:

“Pedido de retificação de assento de nascimento para alteração de sexo e nome, em decorrência de operação plástica. Impossibilidade jurídica do pedido. Inocorrência de ofensa ao princípio constitucional da legalidade.”

Não possuindo órgãos genitais internos femininos, considerou manifesto que o ato cirúrgico de ablação do pênis, escroto e testículos não o “transformou” em pessoa do sexo feminino.

Levando em conta, certamente, a situação precária em que se encontram, no Brasil, pelo menos 1.200 pessoas que aguardam autorização legislativa para que possam submeter-se à cirurgia para reversão dos transexuais, a Comissão de Justiça do Senado decidiu, no dia 09.05.1985 a tramitação urgente de projeto nesse sentido, por sugestão do Senador MARCONDES GADELHA, para o caso de pacientes maiores de 21 anos, mediante parecer favorável de médicos.

E, no dia seguinte, o Senado aprovou projeto de lei nesse sentido originário da Câmara dos Deputados.

#### Capítulo IV Transplantes de órgãos em vida

##### 4.1. A Lei n. 5479 e o Projeto de lei governamental

O primeiro diploma legislativo que entre nós regulou a matéria foi a Lei n. 4280, de 06.11.1963: “Dispõe sobre a extirpação de órgão ou tecido de pessoa falecida”. Apenas nove artigos principais, subordinando a permissão, para fins de transplante, a autorização escrita do *de cuius* ou não oposição de cônjuge ou dos parentes até o segundo grau, ou de corporações religiosas ou civis responsáveis pelo destino dos despojos.

Foi revogado pela Lei n. 5479, de 10.08.1968, atualmente em vigor, que “Dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes do cadáver para finalidade terapêutica e científica, e dá outras providências”. Em 15 artigos fundamentais, regula não só a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes de cadáver, como indica o título, mas também a retirada em vida.

Pela mensagem Nº 425, de 13.10.1982 encaminhou o Presidente da República, aos Membros do Congresso Nacional, acompanhado de Exposição de Motivos do Ministro de Estado da Saúde, Projeto de Lei que "Dispõe sobre a retirada de órgãos ou partes do corpo humano para transplante ou qualquer finalidade terapêutica e dá outras providências".

RICARDO ANTEQUERA PARILLI demonstra que, em caso de necessidade de aproveitar órgãos ou materiais provenientes desses restos mortais, e na ausência de vontade contrária por parte de quem foi pessoa, deve ter valimento o interesse de uma vida cuja salvação depende dessa utilização.

*"Se um dos fins do Direito é hierarquizar os interesses em conflito, não deve prevalecer aquele que decide enterrar um corpo para sua decomposição, ou autorizar sua incineração quando elementos desse cadáver são exigidos para preservar uma vida".*

Entende que quando não há necessidade de ablação, são os familiares as pessoas mais indicadas para resolver acerca do destino dos restos, e que, no caso de extirpação de partes ou órgãos, cumpre evitar mutilações desnecessárias, devendo-se tratar de conservar, tanto quanto possível, a aparência que em vida teve o defunto. Mas não mais do que isso:

*"Pero no más de allí. Consecuencialmente, sostenemos la posición que conduce a atribuir al Estado la facultad de ordenar la extirpación de órganos y materiales del cuerpo muerto, y aún la utilización de todos los restos mortales, a pesar de la voluntad contraria de familiares y deudos, más que en ejercicio de un derecho sobre el cadáver, en cumplimiento del deber que tiene de proteger la salud, velar por el mantenimiento de la sanidad pública y proveer los medios de prevención y asistencia a quienes carecen de ellos (Constitución Nacional, artículo 76), obligación que debe beneficiar, entre otros, a quienes necesitan del transplante de esos órganos o materiales anatómicos para recuperar su salud e, incluso, salvar su vida".*

Compreende as dificuldades que, não obstante, podem surgir em determinados países para incorporar esses princípios em suas respectivas leis de transplantes, especialmente quando alguns setores, em geral religiosos, consideram que disposições dessa natureza atentam contra os sentimentos morais das coletividades atuais.

#### 4.2. A averiguação incontestável da morte

O Anteprojeto de lei é constituído por dez artigos principais, a maioria porém desdobrando-se em vários parágrafos. Versa 9 assuntos: a) retirada de órgãos ou partes em vida; b) proibição com relação a órgãos de incapazes; c) retirada após a morte e respectivas condições; d)



sacralidade da manifestação de vontade em sentido contrário e respeito ao cadáver; e) instituições de saúde autorizadas a efetuar retiradas; f) órgãos responsáveis pelas necrópsias e suas funções; g) cadastro de carentes de transplantes e destino de órgãos ou partes não utilizáveis; h) preocupação da gratuidade e aproveitamento de glândulas; i) responsabilidade penal e civil.

Em se tratando de retirada de órgãos ou partes de pessoa em vida, o ponto basilar de qualquer regulamentação legislativa é a eliminação de qualquer risco de morte ou de lesão corporal de natureza grave, como estava explícito na Lei n. 5479.

Trata-se, sem dúvida, de exigência fundamental, para se evitar a possibilidade de verdadeiros crimes, por omissão ou mesmo por comissão, diante da possibilidade, por maiores que sejam as cautelas, de surpresas.

Dissertando a respeito das dificuldades na constatação da morte transcreve o Procurador da Justiça AMARO ALVES DE ALMEIDA FILHO conceitos do Prof. EDUARDO NÓVOA MONREAL, da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade do Chile. *Los problemas jurídico-sociales del transplante de corazón*: in *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Penedille, 1970:

"Por outra parte se tem verificado que a morte não é um fato instantâneo, mas sim um processo, já que não existe um instante único no qual se detenha a totalidade das atividades orgânicas, mas sim que a paralisação vai se estendendo gradualmente ao organismo, de forma que, depois de cessadas as grandes funções vitais, continuam atuando órgãos, setores ou grupos celulares. É o que permite ao prof. Jean Rostand dizer que "a morte não se consoma de um só golpe: ela se propaga (V. seu artigo, "As grandes noções humanas e a biologia, em *Sociologia Criminal*", 1969, Rio de Janeiro)".

Finalmente invoca AMARO ALVES DE ALMEIDA FILHO o autorizado depoimento do Dr. CHRISTIAN BARNARD, colhido no livro *Anatomia del transplante humano*, de JAVIER LOZANO Y ROMEN, México, 1969, pág. 108:

"Devem reunir-se três condições no doador: detenção cardíaca, detenção respiratória e sobretudo a prova da morte, isto é, o fim da atividade cerebral. Para mim, o problema é muito simples; nós realizamos dezessete provas diferentes antes de intervir. A luz verde só a pode dar o neurólogo. Ele é quem "estabelece" a morte e não eu. Desde este momento, a responsabilidade do cirurgião cessa por completo, em relação ao doador. Qualquer coisa que se faça sobre o corpo do doador é lícito. Normalmente se necessita manter o coração do doador em ótimas condições por duas ou três horas, quando menos, com meios artificiais. Trata-se de um cadáver que vive só artificialmente. Sigo adiante

com o mesmo método que tenho aplicado desde o começo. Custou anos e anos de trabalho. Seu êxito no plano técnico é perfeito. Temos melhorado muito com a experiência nosso trabalho pós-operatório. O transplante em si não é tão importante, é infinitamente mais importante o que se faz depois. O transplante não é sequer uma cura radical, isto o sabemos demasiado: é simplesmente um paliativo. Por esta razão ainda o paciente destinado a receber o transplante deve encontrar-se em ótimas condições mui particulares . . .”.

O prof. PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR. *O Transplante do coração face ao Direito Penal Brasileiro* já havia advertido, Rev. dos Tribunais, 389/309: “não será possível dispensar a evidência da morte. Sem ela, se a morte for apenas aparente, o transplante do coração poderá dar causa a um homicídio culposo”.

Na reunião científica dos membros do Departamento de Medicina Legal da Faculdade de Medicina da USP, considerou seu Chefe, Prof. ARMANDO CANGER RODRIGUES um absurdo só permitir o art. 1o. do Anteprojeto a retirada “sem risco de morte ou de lesão corporal de natureza grave”. Risco de morte ou risco de vida é a mesma coisa, e, pela proposta, não pode haver transplante, pois qualquer intervenção envolve um risco.

Sugeri, em Mesa Redonda instituída pela Associação Paulista de Medicina, no dia 02.12.1982 emenda ou supressão do dispositivo.

Referiu-se, em seguida, à lesão de natureza grave, expressão do § 1º inciso I, do art. 129 do Código Penal, distinta da lesão leve e da lesão gravíssima, que entre outras características refere-se ao dano capaz de produzir “debilidade permanente de órgão, sentido ou função”.

Como poderá persistir no Anteprojeto esse artigo, caso o órgão a ser transplantado for o rim, uma vez que, retirado do doador, lhe deixará automática e forçosamente, debilidade permanente da função renal?

Este descuido na redação, torna a proposição inaplicável, em relação ao transplante do órgão de maior importância e demanda.

Um inquérito levado a efeito pela *Folha de São Paulo* aos 10.1982, e divulgado no dia seguinte, dava a entender que nada menos de 90% das pessoas ouvidas na Praça da Sé manifestaram-se contra o Anteprojeto de lei do Governo.

A maioria teme ser vítima de “eutanásia” (sic) nos hospitais ou de tomar a “injeção da meia noite”: se for fácil tirar seus órgãos depois de mortos, suas vidas poderão ser abreviadas para comercialização dos corpos. Outros entendem haver milhares de pessoas querendo suas córneas para enxergar, com perigo de serem deixadas morrer para efetuar o transplante. Um candidato a deputado manifestou que a lei não pode ser aplicada ao caso de falecimento em hospital, pois pessoas subornadas poderiam precipitar um óbito para fins de transplante.

“Na morte natural”, — encarece a Exposição de Motivos — “os sinais de paralisação dos centros vitais, podem ser evidenciados pelos sensíveis aparelhos ligados ao corpo do moribundo, que, no entanto, não oferecem indicações seguras da real situação em que se encontram os órgãos internos. A reversão de expectativa é possível a qualquer momento, embora só excepcionalmente ocorra. A afirmação da morte, nessas circunstâncias, pode conter margem de erro que, por pouco considerável que seja, leva a uma certa insegurança quanto à imediata retirada dos órgãos, sem cortar cedo demais o fio embora tênue de uma vida, o bastante para que se encare com grande reserva a eleição desse momento no suprimento das necessidades de transplante”.

Acrescentou o Prof. ODON RAMOS MARANHÃO, na aludida reunião científica, que o dispositivo encerra uma contradição, ao exigir comprovação da morte pelo médico legista, em desarmonia com outro dispositivo que possibilita tal verificação por médico não legista. A existência de áreas muito grandes onde não existem médicos legistas torna, além do mais, indispensável a verificação levada a efeito por médicos não legistas.

Dada a relevância da matéria parece que essa norma, emendada, deveria ser trasladada do art. 3o. para ser colocada logo em seguida ao § 1o. do art. 1o.

Depois de reproduzir a exigência de que a retirada seja efetuada “sem risco de morte ou de lesão corporal de natureza grave”, formula o § 1o. do art. 1o. do Anteprojeto duas exigências, ou melhor, duas condicionantes com relação ao doador:

- a) seja consangüíneo do receptor, até o segundo grau inclusive ou
- b) tenha obtido autorização judicial, nos demais casos.

#### 4.3. Manifestação de consentimento

A lei em vigor exige a satisfação de uma das seguintes condições jurídicas para reconhecer a validade da permissão para o aproveitamento (art. 3o.):

- I. manifestação expressa da vontade do disponente;
- II. manifestação da vontade através de instrumento público, quando se tratar de disponentes relativamente incapazes e de analfabetos;
- III. autorização escrita do cônjuge, não separado, e sucessivamente, de descendentes e colaterais, ou das corporações religiosas ou civis responsáveis pelo destino dos despojos;
- IV. na falta de responsáveis pelo cadáver, a retirada somente poderá ser feita com a autorização do Diretor da Instituição onde ocorrer o óbito, sendo ainda necessária esta autorização nas condições dos itens anteriores.

LUIZ ROLDÃO DE FREITAS, *Justitia*, vol. 68/30 preleciona:

"A autorização, segundo preceito legal (artigo 3o. e 10 da Lei n. 5.479, de 1968), tem de ser expressa, devendo especificar o tecido, o órgão ou a parte objeto da retirada, quando seja de pessoa viva. Não se exige 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 de disponente relativamente incapaz, mister se faz, seja dada a autorização através de instrumento público, com a assistência do representante legal, inciso II, artigo 2o. 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)".

Não considera crime de constrangimento ilegal o art. 146 § 3º, do Código Penal, "a intervenção médica ou cirúrgica sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal se justificada por iminente perigo de vida".

Ressalta GERVÁSIO LEITE que o "dispositivo fala em intervenção médica ou cirúrgica, estabelecendo um relacionamento linear simples entre médico e paciente, em que este não manifesta sua vontade ou esta não é considerada quando se encontra em perigo de vida. O médico trata, o cirurgião opera sem consultar o paciente, sem buscar o seu consentimento, posto que tem o dever de curar e, no cumprimento desse dever, não depende da vontade do doente. Ao procurar salvar a vida de um enfermo, o médico sobrepõe à vontade deste o seu dever de salvar vidas, porque salvar vida de um doente é o fim da ciência que pratica. E fim legítimo".

Recomenda que esse direito de tratar, que o Estado outorga ao médico com o diploma que lhe confere, não seja entendido senão nos estritos termos da lei, sem qualquer ampliação, transcrevendó a lição de FLAMÍNIO FÁVERO:

"Em casos de transplante de coração, quando a salvação da vida depende só dessa intervenção, não me parece que se possa invocar o direito de tratar que o Código Penal vigente aceita no seu artigo 146 § 3o., inciso I, ao admitir a intervenção médica ou cirúrgica sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida".

É que no transplante — adita o articulista — encontra-se o médico ante uma situação excepcional; não se trata tão somente de cumprir o seu dever de curar ou de procurar salvar alguém em iminente perigo de vida. O de que se cogita é de uma intervenção, ainda em fase de experimentação, que não salva a vida do paciente mas a prolonga sob sério

risco e que implica na tomada de um órgão de terceiro para inseri-lo no organismo do paciente.

Lamenta terem sido vetados, no projeto que se transformou na Lei N. 5479, três parágrafos atinentes à verificação do óbito:

§ 1o. 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 ausência de batimentos cardíacos por mais de cinco minutos.

§ 2o. 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 enxerto.

§ 3o. Em caso de aproveitamento de olhos ou outro órgão do cadáver que dispensam a retirada imediata, bastará o atestado de óbito firmado por um médico”.

E conclui, quanto a esse ponto:

*“Se a morte não está firmemente comprovada e a extirpação é feita, a vontade do doador não está sendo fielmente cumprida; se o diagnóstico da morte embora precoce não é de absoluto rigor, além do descumprimento da vontade, arrisca-se o cirurgião a praticar homicídio culposo pois que, enquanto houver qualquer possibilidade, por mínima que seja, ao médico compete conservar, poupar ou prolongar a vida”.*

*E o consentimento do receptor?*

A lei a ele não se refere, mas a JOSÉ ADRIANO MARREY NETO se lhe afigura, com toda razão não de menor importância em face dos riscos e da própria excepcionalidade do tratamento.

*“A autorização, também sem forma especial, deverá ser inequívoca, firmada pelo próprio paciente ou pelas pessoas por ele responsáveis, na hipótese da impossibilidade de manifestação válida, por motivo de saúde, capacidade civil etc., de sua vontade.*

Mediante esse assentimento, embora não eliminando qualquer aspecto da responsabilidade médica, pelo menos participarão o paciente ou quem por ele responsável da tomada de decisão final, de certa forma concordando e/ou aceitando o risco e a conclusão da imprescindibilidade da intervenção.

Será de bom alvitre, portanto, obter a equipe médica não só a autorização do doador como, também, do receptor”.

A matéria é minuciosa e eruditamente versada por ANTEQUERA PARILLI, em sua obra fundamental, a págs. 79-86, desdobrando-se em seus aspectos fundamentais: capacidade para manifestar seu consentimento, consentimento em representação do receptor incapaz, ausência de consentimento, consentimento negado e formalidades do consentimento.

#### 4.4. Proibição de retirada de órgãos de incapazes e de gestantes

O art. 10 da lei em vigor não permite a retirada de qualquer pessoa em vida: só de maiores e capazes.

No caso de um paciente *menor*, relativamente incapaz, mas devidamente autorizado por seus pais, que desejava submeter-se a uma operação de emasculação e conseqüente confecção de vagina, declarando por escrito e de maneira inequívoca o desejo de submeter-se à operação, para tornar-se mulher e poder casar-se com o homem com quem já vivia mantendo relações sexuais anormais, o Prof. Murilo Rezende Salgado, covocado pelo Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina, RT 491/241 examinou a legitimidade da autorização para a realização de qualquer extração ou disposição de órgão do corpo humano, de pessoa viva. É que, no caso em exame, o paciente era menor relativamente incapaz, e a autorização foi assinada por seus pais.

Caso seria de assistência e não de representação, em virtude de que, se admitido o ato, o próprio menor deveria firmá-la, com a declaração de concordância do pai, desde que no exercício regular do pátrio poder.

Acontece, porém, que ante a importância e gravidade que a cirurgia poderá ter, no futuro do operando, entendo tratar-se de ato que só poderá ser realizado com o consentimento da própria pessoa, maior e capaz. A assistência não seria suficiente a legitimar a ação do médico, na operação a que o menor pretende submeter-se.

É asserção que faz com apoio na lição de Franz von Liszt, segundo a qual a disposição, quando permitida, há de ser feita pelo titular do bem jurídico, "são de espírito" (nota n. 11, supra), e também com fundamento no preceito constante do "caput" do art. 10 da Lei n. 5.479, referida, que só permite a disposição de órgão de pessoa maior e capaz.

Indubitavelmente, esta norma se aplica também à hipótese de autorização de operação para mudança de sexo, ante a identidade de situações.

Muito sábia a lei ao exigir que as pessoas sejam também capazes, como demonstra o dolorosíssimo caso, que tanto comoveu a opinião pública, de Roniram Colesi, um portador de retardo mental (mongolismo) de 22 anos, única pessoa da família de Sebastião Guariente de Carvalho (pai do rapaz) em condições de doar-lhe um rim para salvar-lhe a vida.

O Juiz da 2a. Vara da Comarca de Assis, Irineu Antônio Pedrotti, em sentença de 21.09.81, longa e fundamentada, obtemperou que o problema não interessa apenas à clínica, à cirurgia e à imunologia, mas, também, aos princípios básicos da ética e do direito.

Se de um lado uma vida humana está em jogo, de outro lado surgem dúvidas em relação à vida do doador. Fosse o receptor menor ou

incapaz, o consentimento deveria ser dado pelos pais ou pelos representantes legais, e na ausência deles por pessoas qualificadas legalmente. Af, porém, há inversão de valores. Mesmo que em obediência às normas da Lei 5.479/68, o consentimento deve ser expresso (do doador). Diferente seria o caso de estar o doador morto, quando, então, o consentimento seria dado pela curadora ou pelos familiares, mediante autorização escrita.

É muita a responsabilidade da requerente (a mãe do excepcional, como curadora provisória para o consentimento).

Não procede a sustentação do esforçado defensor da requerente, de que "... a negação seria o mesmo que decretar-se a morte do pai do requerido, com o consentimento da justiça...". É que dúvidas existem sobre o sucesso do transplante e sobre a vida do doador, além da legalidade do ato em razão da Lei N. 5.479/68, sobre a vida do doador incapaz. Ora R.C.C. NASCEU MARCADO PELO DEDO DE DEUS PARA A VIDA, E TIRAR-LHE UM ÓRGÃO SERIA O MESMO QUE TIRAR-LHE A LUZ DA VIDA".

Concluiu que o pedido não podia ser escolhido, por não terem as provas materiais trazido à evidência o estado de necessidade e as orais não têm o condão de suprir as deficiências. O ato viria a colocar em risco a vida do incapaz, além de que seria ilegal por infringir o disposto do art. 10, da Lei N. 5.479/68, quando não anti-ético em razão dos arts. 30 e 32, letras "e" e "f" do Código de Ética Médica elaborado pelo Conselho Federal nos termos do art. 30, da Lei N. 3.268/57.

Contra-arrazoando o recurso, traz à baila o Promotor de Justiça MARCOS TADEU GONÇALVES TEIXEIRA os ensinamentos de HANS H. HECHT, indagando, *Os Desafios da Medicina Moderna*, Rev. Clínica Médica da América do Norte, janeiro 1970, p. 83, o que se requer de um doador de rim:

"Deve ser um indivíduo bem motivado e emocionalmente equilibrado, em bom estado geral de saúde, que além de ter compatibilidade ABO (mas não Rh) com o receptor tenha uma histocompatibilidade bastante boa para justificar o uso de um dos seus rins. Embora tenham sido registrados diversos doadores em torno do fim da sétima década e início da oitava, deve-se preferir doadores mais jovens, pois, é menos provável que tenham arterosclerose ou nefrosclerose... O restante do exame para o doador compatível, feito no hospital, compreende, além de uma história completa, exame físico e de laboratório e uma avaliação psiquiátrica completa...".

Inquestionável, que no caso específico dos autos, em que o paciente doador trata-se de pessoa excepcional, que teve sua interdição judicialmente declarada, portador de acentuada oligofrenia, dotado de um Q.I. de 50 pontos, que no conceito psicométrico de Binet e Simon é limítrofe entre os imbecis e os débeis mentais, não é a pessoa indicada. A

retirada de um dos seus rins importará certamente em diminuição permanente ou grave prejuízo para sua saúde, além de não atender ao interesse a à moralidade públicos.

Elogiando tanto o trabalho do representante do Ministério Público, como a sentença, acórdão de 08.06.1982 da Primeira Câmara Civil do TJ-SP, por votação unânime, como aquele, publicado em *Justitia*, vol. 118, setembro-outubro 1982, págs. 238-244, confirmou a decisão de primeira instância.

O Anteprojeto amplia a proibição às gestantes, § 6o. do art. 3o., no que andou com indiscutível acerto.

Discussões tiveram lugar na anteriormente aludida reunião no Departamento de Medicina Legal da Faculdade de Medicina da USP, tendo-se ressaltado a condição particular da mulher, que, sem dúvida, antes da gravidez pode doar.

Ressaltou-se a sobrecarga que vem a sofrer o organismo feminino, que, se vier a engravidar depois, coloca-se em condições de inferioridade biológica, retirando-lhe, muitas vezes a possibilidade de reproduzir.

Aventou-se então a necessidade de que seja devidamente informada, para eximir o operador de qualquer responsabilidade, e até mesmo, só possibilitar a doação à mulher que fosse estéril por natureza, ou que tivesse passado por uma laqueadura.

Não se preocupa no entanto o Anteprojeto em reproduzir as exigências do § 2o., do art. 10 da Lei em vigor, que merecem ser conservadas: "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".

A norma também ficaria melhor sistematizada passando para o § 1o. do art. 1o.

#### 4.5. A exigência da gratuidade

Pela lei em vigor, simplificadora, a retirada de órgãos ou parte de cadáver deve obedecer às seguintes condições:

- a. ser gratuita (art. 1o.);
- b. ser precedida da prova incontestável da morte (art. 2o.);
- c. mediante manifestação expressa da vontade do disponente ou das pessoas indicadas no art. 3o., N<sup>os</sup> III e IV.

A lei exige a *gratuidade* da peça extraída, mas prevê, art. 13, despesas com as retiradas e transplantes, cuja disciplina remete à regulamentação da lei.

O Anteprojeto não alude à gratuidade a não ser indiretamente e de maneira vaga, ao consignar no § 2o. do art. 6o., que as partes ou órgãos



não poderão ser incluídos na composição de custos de sua retirada ou transplante.

Também a Exposição de Motivos não revela maiores preocupações no particular.

O que rege a matéria é afinal de contas o sentido de moralidade que prevalece numa determinada época, o sentimento dos bons costumes do homem médio, que está no entanto sofrendo uma rápida evolução nestes últimos dez anos.

É generalizado hoje o entendimento expresso pelo assessor jurídico do Ministério da Saúde, EDELBERTO LUIS DA SILVA, em estudo entregue no dia 19.08.81, considerando que a venda dos próprios órgãos não encontra amparo legal e seu aproveitamento para transplante caracteriza um ato ilegal, cometendo o médico responsável um crime sujeito a punições, agravadas por abuso de direito.

Mas é bem possível que daqui a uma década as idéias sejam diferentes, tal qual há igual período de tempo chocava a opinião geral a simples admissibilidade de operações de mudança de sexo, hoje admitidas como perfeitamente legais em grande número de países.

Iremos talvez nos acostumando com o juízo de que possa alguém amanhã "vender" um rim pressionado por estado de extrema necessidade, da mesma forma que todos sabemos que infelizes existem que vendem seu sangue por preço pouco superior àquele prato de comida que, em termos biológicos, terá muito menos valor para o organismo.

Embora a maioria das legislações o vede, já começa abrir caminho a idéia da cessão remunerada.

Assim, atesta RICARDO ANTEQUERA PARILLI, que, pelo que se refere às transfusões de sangue e transplante de tecidos, o Código Sanitário do México, de 13.03.1973 assinala, no art. 206, que o sangue pode obter-se de voluntários que o proporcionem gratuitamente ou de provedores autorizados que o façam mediante retribuição.

De resto, se ninguém estranha a venda de leite humano ou de cabelos, se se fecham os olhos à venda de sangue é bem de ver que resultaria mesmo infrutífera a exigência da gratuidade para a cessão de órgãos e outras partes do corpo para transplantes (com exceção das gônadas), que acabará sendo feita "por baixo do pano", sob invocação de estado de necessidade.

## CAPÍTULO V

### Após a morte

#### 5.1. As condições especificadas no Anteprojeto. Inexistência de manifestação contrária dos interessados.

O Projeto formula as seguintes exigências:

a. prévia verificação incontestável da morte, nos termos já assinala-

dos (art. 3o. § 1o.), devendo a declaração de óbito ser assinada por médico não integrante da equipe de retirada ou transplante, ou pelo legista, caso a morte tenha ocorrido sem assistência médica (§ 2o.);

b. inexistência de manifestação contrária do falecido ou objeção expressa da respectiva família (art. 1o., II; 3o., I);

c. retirada efetuada exclusivamente por médicos nominalmente identificados pela instituição de saúde, interessada em desenvolver a atividade, no pedido de licença a que alude o § 2o. do art. 1o.;

d. prévia identificação do falecido, por um dos documentos especificados no § 4o. do art. 2o.;

e. inexistência de prejuízo para a verificação diagnóstica causamortis, a critério do médico legista (art. 3o., n. II);

f. prova do grau de parentesco ou da sentença judicial (art. 3o., § 4o.);

g. decurso de pelo menos das 6 horas que o art. 162 do Código de Processo Penal exige para que se inicie a autópsia, dispensada em caso de morte violenta (art. 1o., § 1o., n. II);

h. entrega do cadáver aos familiares, após a retirada, condignamente recomposto, sob a responsabilidade do médico-legista (art. 3o., § 3o.);

i. encaminhamento de uma via do relatório sobre a retirada, acompanhada do documento de identificação do cadáver em que foi efetuada, se for o caso, ao órgão responsável pelas necrópsias (art. 4o., § 2o.).

É na segunda exigência, como já ficou consignado, que reside a maior inovação proposta, nele se consubstanciando todo o espírito da reformulação, possibilitando a inversão da atual situação de carência e aumentando enormemente a possibilidade de aproveitamento de órgãos de um número imensamente maior de cadáveres.

O Projeto de Código Civil de 1975 propõe:

"Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. Admitir-se-ão, porém, tais atos para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial".

Pela revogada Lei n. 4280 a "extirpação de órgão ou tecido" só era permitida para fins de transplante, desde que o "de cujus tivesse deixado "autorização escrita", ou que não tivesse havido "oposição por parte do cônjuge ou dos parentes até o segundo grau, ou de corporações religiosas ou civis responsáveis pelo destino dos despojos", art. 1o., e, ainda, exclusivamente, "a pessoa determinada ou a instituição idônea, aprovada e reconhecida pelo Secretário da Saúde do Estado e pelo Governador ou Prefeito do Distrito Federal".

A extirpação de outras partes que não a córnea deveria ser especificada no regulamento a ser baixado, o que não ocorreu. Era mister ainda

que estivesse provada de maneira cabal a morte atestada pelo diretor do hospital onde se deu o óbito; só poderia ser realizada em Instituto Universitário ou em Hospital reconhecido como idôneo na forma indicada pelo art. 4o., e, finalmente, devia ser efetuada de preferência pelo facultativo encarregado do transplante, e, quando possível na presença dos médicos que atestarem o óbito, só permitida uma extirpação em cada cadáver.

A Lei nº 5479, de 10.08.1963, seguindo o mesmo critério da Lei nº 4280, condiciona o aproveitamento da disposição de uma ou de várias partes do corpo *post mortem*, à permissão do cônjuge não separado, e, sucessivamente, de descendentes, ascendentes e colaterais, ou das corporações religiosas e civis responsáveis pelo destino dos despojos.

Tivemos oportunidade, em trabalhos anteriores, compendiados em nosso *Tratado de Direito Civil*, Parte Geral, vol. 1, São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1982, págs. 471—480, de dissertar a respeito do cadáver, que tal como as partes separadas do corpo humano, é considerado, do ponto de vista jurídico, "coisa".

E o respeito coletivo pelo cadáver, confortado por antiqüíssimas tradições religiosas, exige a conservação de sua dignidade, o que impede, na concepção ainda vigente, qualquer forma de utilização econômica: trata-se de coisa *extra commercium*, objeto de um direito privado não patrimonial, de origem consuetudinária correspondendo aos parentes do defunto, em razão do sentimento de piedade que os liga à pessoa falecida, mais dever do que direito, não para utilidade deles, mas para permitir a tributação das últimas homenagens.

Não se registram em nosso País, como de resto, nos demais, em geral, princípios legislativos reguladores da matéria, mas apenas preceitos administrativos relativos ao sepultamento.

JOSE CASTAN TOBEÑAS prefacionava:

*"Mas, substancialmente, cabe aceitar, com relação ao aludido problema, soluções concordantes com as da doutrina estrangeira. O cadáver não é coisa suscetível de apropriação e comércio, mas res extra commercium sujeita a normas de interesse público e social. Protege-se-o impondo penas aos que contrariarem as leis ou regulamentos sobre inu-mações e aos que faltando ao respeito devido à memória dos mortos, violarem os sepulcros ou sepulturas ou praticarem quaisquer atos de profanação de cadáveres".*

A doutrina reage a esses conceitos, como atesta PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR:

*"Já não se põe mais em dúvida o poder de disponibilidade sobre o próprio futuro do cadáver. De há muito que não é ele considerado, como outrora, coisa fora de comércio, "res extra commercium". Acima do preconceito ético-religioso, que reputava tal, sobrepôs-se o bem comum a todas "bonum commune omnium".*

Essas idéias são respeitadas pelo Anteprojeto, que no entanto admite a inexistência de recusa formal como razão suficiente para ter por autorizada a retirada de órgãos.

Invertendo, com efeito, o sentido do art. 3º da Lei anterior, que considerava indispensável a manifestação expressa da vontade do disponente e eliminando a especificação do tecido ou órgão, propõe, o

"Art. 2º . A manifestação prévia de vontade em sentido contrário à retirada de órgãos será plenamente reconhecida se constar dos documentos enumerados no § 4º deste artigo.

§ 1º . A manifestação de que trata o *caput* deste artigo traduz-se pela expressão NÃO DISPONENTE DE ÓRGÃOS, por extenso, ou resumidamente pelas suas iniciais (NDO).

§ 2º . Os documentos que venham a ser expedidos na vigência desta Lei conterão, a pedido do interessado, as indicações previstas no parágrafo anterior.

§ 3º . Tratando-se de documentos já expedidos o interessado poderá, neles ou em adesivo transparente sobre o seu invólucro, fazer inserir, sem comprometer a sua validade, as indicações relativas à sua decisão, por processo tipográfico indelével.

Pelo § 4º a retirada de órgãos não poderá efetuar-se se não for possível a identificação do falecido, por um dos documentos já indicados.

A Exposição de Motivos depois de ressaltar que a fórmula da recusa em documentação pessoal, a par de sua simplicidade, evita que o ato se torne inócuo, pela obrigatoriedade de identificação do falecido antes da retirada, além da retenção do documento para qualquer verificação, considera dispensável acrescentar que a informação cifrada relativa à recusa de doar órgãos, como constará dos documentos de identificação, destina-se especificamente à orientação das instituições autorizadas a retirá-los, que, para evitar situações embaraçosas, saberão interpretá-la, dispensando-se, portanto, maiores lucubrações para o estabelecimento de fórmula mais sofisticada, perfeitamente dispensável em tal caso, sem prejuízo para que a vontade, assim manifestada, seja satisfeita.

"A inexistência de recusa formal já seria razão bastante para ter-se por autorizada a retirada de órgãos. A despeito disso, as dificuldades para esclarecimento da população forçam, ainda, a admissão da vontade da família para suprir possível inadvertência quanto à necessidade de cada cidadão tomar posição a respeito.

De conformidade com o espírito do projeto, entender-se-á, no entanto, que a objeção expressa constitui ônus da família e deverá, portanto, ser exteriorizada antes de ultrapassado o chamado "time factor" para início do procedimento, quando então, no seu silêncio, a intervenção poderá ser realizada.

A doação tácita que se pretende instituir resultaria inútil, no entanto, e frustraria o gesto altruístico de quem, em vida, não se opôs à retirada dos próprios órgãos, se não se cogitasse de meio eficaz para a imediata intervenção no corpo após a morte. Por isso, as instituições que recebem pacientes, em gravíssimo risco de vida, são obrigadas a comunicar a internação àquela que, mais próxima, se achar autorizada a efetuar retiradas de órgãos.

Essa é, sem dúvida, a grande inovação do projeto e a que se prevê seja a mais utilizada quando da aplicação da lei que, assim, a aprove. A sua instituição em norma legal resolverá toda a demanda de órgãos transplantáveis. Ainda que o seu sentido seja de alcance universal, em verdade, a sua aplicação resumir-se-á praticamente na utilização do cadáver de pessoas que tiveram morte violenta, porque eleito pelos médicos como o ideal para transplantes, dado não ser, em geral, portador de patologias que contra-indicariam o aproveitamento de seus órgãos.

## 5.2. Retirada exclusivamente por médicos identificados

O art. 4º da Lei n. 5479, atualmente em vigor, concede exclusividade da retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes de cadáver a "médico de capacidade técnica comprovada, em instituições públicas ou particulares, reconhecidamente idôneas e autorizadas pelos órgãos públicos competentes".

Será admissível essa gradação entre médicos com e sem capacidade técnica comprovada? Comprovada perante quem? Terão que se submeter a testes? Não prestaram todos eles o solene juramento hipocrático? E os que não se sentirem com competência especializada, irão ter a insensatez de praticarem atos para os quais saibam não estarem suficientemente habilitados?

Respondem todos pelos seus atos, não só civil, como até mesmo criminalmente!

Distingue FREITAS NOBRE entre *doador e fornecedor*: embora todo doador seja um fornecedor, nem todo fornecedor é doador.

Opõe restrições à exigência de que as instituições públicas ou particulares devam ser autorizadas pelos referidos órgãos: desde que devidamente treinado, o médico está capacitado, sem necessitar de autorização extra.

Realça o absurdo de se estabelecerem duas categorias de médicos, os autorizados e os não autorizados, pois não estão eles realizando atos profissionais alheios à sua competência.

Fez bem o Anteprojeto em substituir a exigência pela de que a retirada seja efetuada por médicos nominalmente indicados por instituição de saúde, interessada em desenvolver a atividade, no pedido de

licença que então fará ao órgão sanitário a que incumbe, nos termos de legislação federal, fiscalizar as condições de exercício das profissões e ocupações técnicas e auxiliares relacionadas diretamente com a saúde.

É o que propõe o art. 1º.

Observa-se porém que a retirada não pode ser acionada por um só facultativo, nem pode ser ele membro da equipe que assistiu a pessoa durante o tratamento: consciente ou inconscientemente é levado muitas vezes a julgar de maneira errada. Por isso, no Hospital das Clínicas de São Paulo é exigida a presença do neurologista clínico, do neuro-cirurgião, do Diretor Clínico do Hospital e ainda do Chefe de Plantão do Pronto-Socorro, segundo protocolo elaborado no Departamento de Neurologia, em colaboração com o Prof. CANGER RODRIGUES.

### 5.3. Prévia identificação do falecido

A exigência, segundo o Anteprojeto, deverá ser satisfeita por um dos documentos indicados no art. 2º, § 4º :

- I. carteira de identidade;
- II. carteira de identidade expedida por órgão de classe;
- III. carteira de trabalho e previdência social;
- IV. identidade de beneficiário da Previdência Social; ou
- V. carteira nacional de habilitação.

Levantam-se duas objeções. A seguir-se à risca o critério, de indivíduo não identificado não poderiam ser retirados órgãos. O mesmo ocorreria com relação a cadáver perfeitamente conhecido, muito embora tenha notoriamente autorizado a retirada, se no momento da morte não forem encontrados seus documentos, tão freqüentemente extraviados ou retirados por indivíduos inescrupulosos em acidentes de trânsito.

### 5.4. Inexistência de prejuízo para a verificação diagnóstica causa-mortis, a critério do médico legista

Essa exigência do art. 3º, n. II do Anteprojeto não diz respeito apenas às condições do próprio cadáver, como, outrossim, àquelas em que ele foi encontrado.

Não foi feliz a Exposição de Motivos no trecho em que alude à necessidade de ser vencido "um outro obstáculo", acrescentando que não se poderia perder tempo com a exposição prolongada do cadáver no lugar onde se verificou a morte, à espera dos peritos para os necessários levantamentos dos vestígios que interessam à prova criminal.

Nem é verdade que "pequeno prejuízo para essa não constitui impedimento para a imediata remoção do cadáver, logo em seguida à morte".

Muito ao contrário, objeta ARMANDO CANGER RODRIGUES, o prejuízo é grande, quando não total, se for omitido o reconhecimento da necessidade legal de perinecropsopia, em casos excepcionais:

"É o exame criminalístico tão importante quanto o exame médico legal. Um não prescinde do outro, completam-se. Grandes erros judiciários se cometem pela negligência ou pela falta de exame criminalístico, no diagnóstico diferencial da causa jurídica da morte.

Há mesmo um "slogan" em medicina legal, para evitar o açodamento do exame de local: "o cadáver pode esperar", o vivo não pode esperar.

É justo, portanto, remover imediatamente o vivo, que merece cuidados médicos, mas o cadáver não, em hipótese alguma, pela possibilidade de, por omissão, prejudicar terceiros inocentes que poderão ser envolvidos".

Denuncia mesmo ligeira confusão do Anteprojeto entre retirar vítimas vivas (que obriga a rapidez e urgência no atendimento, e, na verdade, muitos atos homicidas não se consumariam pelo salvamento das vítimas) e remoção do cadáver encontrado, que é diferente, exigindo atenção primordial, que passa a ser minuciosa, e portanto lenta no exame do corpo, nada impedindo a espera pela adequada perícia técnica.

"Está no senso comum o ato de socorrer e, quase sempre o transporte imediato de feridos para os hospitais vem sendo feito por populares responsáveis, desnecessária portanto a autorização expressa a que se refere este item do projeto".

##### 5.5. Prova do grau de parentesco ou da sentença judicial

Exige o art. 3º, § 4º do Anteprojeto, prova do grau de parentesco.

EMIL SABBAGA, Professor de Nefrologia da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, numa mesa redonda promovida pela Associação Paulista de Medicina criticou acerbamente o texto, que, a seu ver, faria o Brasil recuar 20 anos em matéria de doação e transplantes:

*"Embora eu aceite a compulsoriedade que existe, por exemplo, na legislação francesa, uma das mais avançadas do mundo, vejo outras falhas graves no projeto. Ele impede a doação em vida quando não se tratar de pessoas consanguíneas. Isso significa, por exemplo, que uma mulher não pode doar um rim para o marido. É preferível manter a lei atual, que pelo menos não atrapalha".*

O grau de parentesco pode no entanto ser suprido por sentença judicial, que, todavia, como expressa o art. 3º, § 4º do Anteprojeto,

não dará autorização se o doador tiver filhos ou dependentes menores, ou houver objeção do cônjuge, dos pais, dos filhos ou irmãos maiores (art. 3º, § 4º).

Arroga, assim, o Anteprojeto o ônus da objeção à retirada à família, uma vez que a ela atribui semelhante iniciativa.

Indaga, no entanto, ARMANDO CANGER RODRIGUES se não seria mais justo imputar à instituição encarregada de efetuar o transplante a incumbência de procurar a família até encontrá-la, para obter o indispensável consentimento, só ficando autorizada a retirada se resultarem baldados todos os esforços efetivamente desenvolvidos, ou no caso de seu silêncio até o esgotamento do "time factor", limitadíssimo em determinados casos de transplante, p. ex., de rim, ao passo que será mais longo no caso de retirada de glândulas para medicamentos (hormônios).

A admissibilidade de objeção dos parentes mais próximos está em contraste com o princípio da autorização presumida no caso de ausência de manifestação em contrário do próprio interessado.

Quebranta e praticamente inutiliza o princípio, dando margem a dúvidas e vacilações.

#### 5.6. Decurso de pelo menos seis horas. A morte violenta

Dispõe o Código de Processo Penal, invocado pelo art. 1º, § 1º, n. II do Anteprojeto:

"Art. 162. A autópsia será feita pelo menos seis horas depois do óbito, salvo se os peritos, pela evidência dos sinais de morte, julgarem que possa ser feita antes daquele prazo, o que declararão no auto.

Parágrafo único. Nos casos de morte violenta, bastará o simples exame externo do cadáver, quando não houver infração penal a apurar, ou quando as lesões externas permitirem precisar a causa da morte e não houver necessidade de exame interno para a verificação de alguma circunstância relevante".

As mortes violentas, por imposição legal, assinala a Exposição de Motivos — estão sujeitas à necrópsia, de modo que a intervenção do médico-legista na sua verificação seria impeditiva de qualquer precipitação condenável no aproveitamento do cadáver. Os evidentes sinais exteriores permitem, ademais, a supressão da cautela de esperar por seis horas, como recomenda o Código de Processo Penal, para iniciar o procedimento, tempo demasiado longo para a utilização de órgãos, como os rins, por exemplo.

"Idêntico princípio, portanto, deverá ser estendido aos casos de morte natural, quando o corpo das pessoas, assim falecidas, for selecionado para a retirada de órgãos para transplante. Transpõem-se, destarte, as dificuldades para a obtenção de órgãos, com a verificação da



morte, por profissional desvinculado de interesse na retirada, designado pelo Estado e, por conseguinte, investido de autoridade para evitar qualquer abuso, com a vantagem de estar sempre presente a intervenções que tais”.

EVERARDO DA CUNHA LUNA, *Disciplina Jurídica do Transplante*, Justitia, vol. 64, 1969, sustenta que a proibição legal atinge o caso em que o disponente for vítima de suicídio. Embora a lei não o considere crime, por motivo de política criminal, não resta dúvida que se trata de um ato ilícito, e a compreensão dessa palavra, contida no referido art. 12, não se destinando a fins penais, independe de interpretação estrita: crime, no caso seria “o ato ilícito ofensivo da vida ou da integridade corporal do disponente”.

Assinalando a situação diferente das vítimas de morte violenta das da morte natural, acentua a Exposição de motivos que os centros vitais estão expostos praticamente à percepção de sua destruição, sem ensanchas para o erro na detecção da morte, se os equipamentos igualmente a comprovam.

“Nas condições descritas no parágrafo único do artigo 162 do Código de Processo Penal, o diagnóstico da morte é instantâneo, sem necessidade de deter-se, sequer, no exame do cadáver. Os outros casos de necropsia, cumprido o rito da lei processual penal, reservam margem de segurança de, no mínimo, seis horas, eliminando-se, de vez, qualquer possibilidade de erro. A este tempo alguns órgãos são ainda aproveitáveis.

Acresce considerar que, aqui, a intervenção do agente da Administração Pública submete a retirada a uma vigilância constante do Estado, porque dependerá sempre da liberação do corpo pelo médico-legista.

Nessas circunstâncias, o Estado, pela ação do legista, sem compromissos com o transplante que se fará, tem condições de garantir o direito à vida. Os temores que, no outro caso, justificariam uma atitude de reserva, seriam, nesta hipótese, infundados e, pois, irrelevantes para repelir a adoção da necropsia como o momento ideal para a retirada de órgãos.

#### 5.7. Necessidade de cadáveres para os estudos de anatomia

A carência de corpos humanos para estudos nas Faculdades de Medicina, é bem ilustrada num compendioso artigo do Prof. Liberato J. A. Didio:

*“O estudo do corpo humano pelos estudantes de medicina, sob a supervisão direta da Escola de Anatomia, é talvez o fato mais impressio-*

*nante na educação médica; no anfiteatro, o estudante se familiariza com o que é o corpo humano, razão por que deve efetuar um estudo detalhado de cada região e cada sistema. Não existe substituto para esta experiência de tanto valor e por esta razão o doador presta um serviço inestimável à ciência médica.*

*O número ideal de cadáveres para o estudo da anatomia é estimado em um para quatro estudantes (dois de cada lado), sob a supervisão de um instrutor, que é responsável por um mínimo de quatro grupos. A base para esta distribuição é principalmente pedagógica e depende do número de cadáveres com que se conta para o trabalho de equipe, cuja aprendizagem é mais efetiva dirigida pelo instrutor, que deve dispor de um corpo previamente dissecado, para completar o ensino e correlacionar continuamente o mesmo com os descobrimentos anatômicos, segundo a história clínica, numa "dissecação lenta necroscópica" (autópsia)".*

Prossegue demonstrando que se houver um número insuficiente de cadáveres para obter uma proporção de 1:4, a dissecação atribuída a um grande número de estudantes por cadáver será deficiente e o ensino nulo; quando a existência é muito reduzida, a única alternativa é empregar a dissecação já efetuada para vários grupos (prosecção), útil somente quando praticada em condições corretas sob direção apropriada.

*"Desde que se deram a conhecer estas necessidades, convenceu-se a comunidade cada dia mais de que a doação de seu cadáver é um benefício para o ensino nos departamentos de anatomia".*

#### **5.8. Requisitos relativos ao receptor**

O Anteprojeto preocupa-se, quase que exclusivamente, com a retirada de órgãos ou partes do corpo, em vida ou após a morte.

Confessa, com efeito, a Exposição de Motivos que as preocupações, na elaboração da nova lei orientaram-se para a retirada de órgãos do corpo humano, sem dispensar muita atenção ao transplante, condicionado apenas aos casos em que as aquisições médicas tradicionais não podem solucionar. "O transplante deve ser visto, desde essa única restrição, como uma técnica terapêutica a mais, dentro da faculdade reconhecida ao médico de escolher o caminho mais indicado para a cura de seus pacientes, segundo os princípios éticos que informam o exercício da profissão.

Desse modo, o projeto volta-se quase que exclusivamente para a disciplina da retirada de órgãos do corpo humano, limitando-a às hipóteses previstas em seu artigo 19.

As duas primeiras, referem-se à intervenção, em vida, no corpo dos doadores, restringindo-se essa possibilidade à consangüinidade ou à au-

torização judicial, com o escopo de, por essa forma, pôr termo às tentativas de venda de órgãos”.

Existe, no entanto, outra preocupação de natureza mais grave ainda, a de *roubo* de órgãos.

Veza por outra surgem na imprensa notícias vagas, que não induzem à certeza, mas levantam suspeitas, como a publicada no “Jornal da Tarde” de 18.11.1981 do menino Edson Marques das Neves, de um ano e meio que, internado no hospital de Mirandópolis por causa de uma verminose aguda, de lá saiu cego, com suspeitas de que suas córneas lhe tenham sido retiradas, tendo a Promotoria Pública determinado a abertura de uma sindicância.

Mas em duas ocasiões não podia deixar de referir-se aos receptores formulando duas exigências, ambas no art. 4º:

a) que os transplantes somente possam ser realizados em pacientes com doença progressiva ou incapacitante, irreversível por outras técnicas terapêuticas;

b) que do prontuário médico do receptor conste o relatório do legista sobre a retirada, em que se confirme ter sido verificada uma das condições previstas nos itens I, III e IV do art. 3º, isto é, inexistência de manifestação de recusa em documento de identificação; na forma estabelecida no art. 2º, ou objeção expressa por parte da família do falecido; prova do grau de parentesco ou da sentença judicial.

Comentando o art. 146, § 3º, I do Código Penal, que não considera crime de constrangimento ilegal a intervenção médica ou cirúrgica sem consentimento do paciente, ou de seu representante, se justificada por iminente perigo de vida, e o parágrafo único do art. 4º da Lei 5479, somente admitindo que o transplante seja realizado se o paciente não tiver possibilidade alguma de melhorar, através de tratamento médico ou outra ação cirúrgica, deduz GERVASIO LEITE que, não satisfeitas as condições, não deve o transplante ser considerado como método adequado à cura, impondo-se, ainda, caso seja o transplante o único tratamento, o exame da compatibilidade.

Encarece então a necessidade do expresso consentimento do receptor, que deve ser ainda claro, preciso, real, desanuviado de qualquer dúvida; é necessário que a vontade do agente se manifeste desembaraçadamente sem as pressões decorrentes do quadro sombrio que o cirurgião pode montar ante o doente dominado pelo pavor. Quem sofre dores; quem se encontra sob o terror da morte dolorosa; quem vê prolongarem-se as horas e os dias no leito de um hospital, muitas vezes desmoralizado, não pode manifestar a sua vontade plena e desembaraçadamente.

A espera de um doador com quem seja compatível, pode ficar semanas no leito, trabalhado pela pressão do médico que lhe fez um diagnóstico precoce de morte e, destarte, o consentimento que emite não é obra de uma vontade descompromissada, liberta de pressões.

Se a morte não está firmemente comprovada e a extirpação é feita, a vontade do doador não está sendo fielmente cumprida, se o diagnóstico da morte embora precoce não é de absoluto rigor, além do descumprimento da vontade, arrisca-se o cirurgião a praticar homicídio culposo pois que, enquanto houver qualquer possibilidade, por mínima que seja, ao médico compete conservar, poupar ou prolongar a vida.

## CAPÍTULO VI

### Cadastro, responsabilidade penal e civil

#### 6.1. Instituições de saúde autorizadas a efetuar a retirada. Destino das partes não utilizadas. Cadastro dos carentes de transplantes.

A retirada por instituições de saúde só será admitida quando satisfaçam às seguintes condições:

a) dispor de todos os meios para a realização de necropsias e conservação dos órgãos retirados (§ 3º);

b) a retirada poderá verificar-se, em instituição de saúde, distinta da autorizada, por equipe e sob a responsabilidade desta, desde que se observem todas as condições estabelecidas no mesmo Anteprojeto.

As instituições autorizadas a desenvolver tais atividades, deverão estabelecer entendimentos para a organização do cadastro nacional de carentes de transplantes, com vistas ao racional aproveitamento das partes ou órgãos retirados (art. 6º, caput).

Deverão ainda colocar os órgãos ou partes que não utilizarem, imediatamente, à disposição daquela onde ocorreu a inscrição mais antiga de todos os receptores considerados ideais (§ 1º).

Acrescentam os §§ 5º e 6º do art. 1º:

“As instituições de saúde do lugar daquelas autorizadas na forma deste artigo, deverão informá-las dos óbitos iminentes entre os pacientes ali internados.

Verificada em qualquer lugar a morte, quem a tenha presenciado poderá providenciar a remoção do cadáver para as instituições de saúde a que se refere o § 2º deste artigo, contanto que o faça imediatamente”.

Esta última proposição foi criticada, na aludida reunião do Departamento de Medicina Legal, pelo Prof. ODON RAMOS MARANHÃO que a qualificou de totalmente errada, pois enquanto que, nos demais casos, a verificação da morte é cercada de todos os cuidados e cautelas, neste é entregue a qualquer leigo, que fica sem mais autorizado a efetuar a remoção.

Propõe ainda o Anteprojeto:

"Art. 6º . As instituições autorizadas a desenvolver as atividades reguladas nesta Lei estabelecerão entendimentos para a organização do cadastro nacional de carentes de transplantes, com vistas ao racional aproveitamento das partes ou órgãos retirados.

§ 1º . Os órgãos ou partes não utilizáveis pela instituição que os retirou ficarão imediatamente à disposição daquela onde ocorreu a inscrição mais antiga de todos os receptores considerados ideais".

Registra, assim, notável progresso com relação ao sistema em vigor, em que a Lei 5479 dispõe singelamente, no art. 7º , que não havendo compatibilidade, a destinação a determinada pessoa seja, a critério do médico chefe da instituição, e mediante prévia disposição ou autorização de quem de direito, transferida para outro receptor, em que se verifique aquela condição.

"As instituições interessadas na realização de transplantes sentem a necessidade — consigna a Exposição de Motivos — de um grande intercâmbio entre si, o que se justifica inteiramente pelas dimensões continentais do País, a dificultar a localização imediata de um receptor ideal para órgãos disponíveis, com a conseqüente perda destes.

Melhor deixar com elas mesmas a organização de um Banco de Dados para esse fim, que seria a forma de superar os obstáculos enfrentados no aproveitamento das partes retiradas, do que confiar ao Poder Público, como tem sido sugerido, a criação de Bancos de Órgãos.

Dentro das tendências observadas na organização das entidades congregadoras de profissionais, surgiria espontaneamente a idéia de uma sociedade de instituições autorizadas a retirar órgãos, em vista dos seus próprios interesses, a que cuidariam logo de dedicar extremo zelo, resolvendo-se, assim naturalmente, a dificuldade apresentada".

A realização dessas intervenções, indispensáveis em grande número de pessoas, pondera o Professor Agregado da Universidade Centro Ocidental Lisandro Alvarado, da Venezuela, coadjuva um esforço para incrementar os trabalhos de docência e investigação nesse campo da ciência, dotar o maior número de centros hospitalares dos recursos técnicos e humanos necessários para criar uma organização capaz de coordenar os trabalhos que se realizam.

A obtenção dos objetivos permitirá falar de um "nível maciço" na prática dos enxertos, necessário, como afirma HÉCTOR ARTUCIO, porque as novas técnicas carecem de sentido ético e social na medida em que o Estado não se preocupe em obter sua aplicação a todos os pacientes que aspirem a seus benefícios sem distinção econômica de natureza alguma.

A matéria é, efetivamente, da mais alta relevância, estabelecendo um critério que, bem implantado e bem desenvolvido, com absoluta imparcialidade, poderá apresentar resultados altamente positivos.

A tecnologia brasileira já concede viabilidade a um sistema eletrônico de coleta, centralização e distribuição de dados e informações as mais completas e diversificadas, não apenas no que diz respeito às quantidades, espécies, características sanguíneas, cor da pele, etc., como ainda, possibilitando o cadastro dos médicos e das instituições nominalmente identificadas nos termos do art. 19, § 2º do Anteprojeto, dos respectivos órgãos sanitários, sentenças judiciais, resultados dos relatórios dos legistas sobre a retirada, e todos os dados complementares que forem considerados úteis, como ainda estabelecer imediatas estatísticas, estudos de percentualidades, etc, etc.

Um começo auspicioso já foi dado, segundo a reportagem *Uma escolha justa*. Notícias Prodesp n. 118, janeiro-fevereiro 1984.

*Como definir, entre 1.800 doentes renais, a pessoa correta para receber em transplante um determinado rim? Sem os sistemas desenvolvidos pela Prodesp, garante um médico do HC, isto seria praticamente impossível.*

Somente com o auxílio do terminal é praticável a ponderação de vários fatores:

"Dos 7 mil brasileiros portadores de insuficiência renal crônica, 1.800 estão hoje cadastrados em uma lista de espera organizada por computador, o Sistema de Transplante de Rins desenvolvido pela Unidade Funcional "B" da Prodesp para a Unidade de Transplante Renal do Hospital das Clínicas da FMUSP.

Sem o sistema atual estaríamos totalmente perdidos com o acúmulo de doentes, revela Flávio Jota de Paula, médico-assistente da Unidade de Transplante e participante ativo no desenvolvimento do sistema — o primeiro a ser introduzido em área médica do HC. Ele é fundamental para a escolha do receptor quando surge um doador cadáver (com morte encefálica comprovada por eletroencefalograma ou carótido-angiografia), decisão que deve ser tomada menos de 24 horas após a retirada do rim e seu resfriamento a 4°C."

Também não poderá ser olvidada a discriminação que fatalmente ocorrerá se o sistema não for implantado com todas as cautelas, de apenas as pessoas dotadas de amplos recursos econômicos conseguirem esses transplantes.

Problemas não apenas médico e jurídico, mas também humano, como os que se apresentam no tocante à implantação de um coração artificial, ocorrida pela primeira vez em Salt Lake City, no dia 02.12.1982, exatamente aos 15 anos da data em que Christian Barnard fazia, na Cidade do Cabo, o primeiro transplante cardíaco.

Já se antecipavam as graves questões de natureza moral, legal e social que levantaria.

Um estudo do Instituto Nacional de Enfermidades Cardíacas e Pulmonares dos Estados Unidos da América do Norte divulgou, no ano de 1973, um comunicado elaborado por um grupo de dez médicos, advogados, sociólogos, moralistas e políticos, encarecendo que, vendido a um custo de aproximadamente 25 mil dólares, só seria acessível aos ricos, caso não fosse concedida uma ajuda econômica aos dele necessitados.

Dada a insuficiência de corações artificiais, de início, à dificuldade da seleção dos beneficiados, que deverá obedecer critérios médicos rigorosos, outra será acrescida: a da determinação da morte de pessoas dotadas de coração artificial, que irá fazer o sangue circular depois da morte de outros órgãos.

## 6.2. Órgãos responsáveis pelas necropsias e suas funções

O Anteprojeto alarga o âmbito do órgão responsável pelas necropsias e de seus médicos legistas, propondo:

"Art. 5º. O órgão responsável pelas necropsias designará médicos-legistas para funcionarem permanentemente junto às instituições de saúde autorizadas a efetuar retiradas, nos termos do artigo 1º

Parágrafo único. Sem prejuízo da sua independência profissional e da vinculação técnica e administrativa ao órgão responsável pelas necropsias, o médico-legista designado para servir junto às instituições mencionadas neste artigo, realizará os exames cadavéricos solicitados por estas e acompanhará, onde quer que se dêem, todos os atos de retirada".

"Não ocorrerá, ademais, " — frisa a Exposição de Motivos — "senão a ampliação do campo da necropsia, que, podendo restringir-se às intervenções necessárias à indicação da *"causa mortis"*, se estenderá à retirada de órgãos hígidos, além dos que simplesmente deveriam ser submetidos à análise laboratorial. Mas, *a priori*, não se pode afirmar a higidez do órgão, assim retirado, o que só o seu devido exame confirmará. Embora se destine, nesse caso, a transplante, a sua retirada tem sentido dentro da finalidade da necropsia.

Em face dessas garantias, é compreensível que os cadáveres de pessoas que tiveram morte natural, selecionados para a retirada de órgãos, sejam igualmente submetidos às cautelas do artigo 162 do Código de Processo Penal, como obstáculo a qualquer acoadamento no seu aproveitamento. Tal providência, ao lado de outras razões de ordem médica, induzirá ao desinteresse pelos cadáveres nessas condições, em face de sua reduzida utilidade para a prática dos transplantes. A opção

será inevitavelmente pelos cadáveres de pessoas que tiveram morte violenta, portanto legalmente sujeitos à autópsia médico-legal.

### 6.3. Aproveitamento de glândulas

Outra inovação ousada do Projeto consiste na sumária indicação, no art. 7º de que "as glândulas que produzam hormônios utilizados na preparação de medicamentos, serão retiradas pelo médico-legista, durante a necropsia, e encaminhadas à instituição autorizada a fabricá-los, nos termos da legislação sanitária federal".

Realça a Exposição de Motivos o hormônio da hipófise, que, por recente conquista científica brasileira, é empregado na preparação de medicamento, destinado a resolver os casos de raquitismo, insusceptível de ser produzido por síntese: "A técnica ainda não é empregada no induzimento do crescimento, nos moldes desejados pelo contingente de pessoas carentes deste tratamento, porque muitas hesitações assaltam os legistas, na extração da hipófise, possível, hoje, sem desfiguração alguma do cadáver".

Aguardava-se, para fins de 1979, a aprovação, pelo Congresso Nacional, de projeto de lei que permitisse a retirada da glândula hipófise dos crânios dos cadáveres necropsiados, para a fabricação de hormônio hipofisário, o que reduziria o custo de cada ampola, importando, então, no custo de Cz\$ 2.300,00 a unidade, em mil por cento.

Com efeito, uma criança que deva iniciar a medicação aos cinco anos, ao terminá-la, aos 18, implicará no custo de dois milhões e meio só na compra de injeções.

Mas isso só seria possível se aprovada uma modificação da lei que venha a permitir a retirada da hipófise dos cadáveres cuja necropsia seja obrigatória, independentemente do consentimento prévio da vítima de acidente ou morte violenta, ou, posterior, de seus familiares.

A autorização, pelo projeto, ficaria a cargo do diretor da instituição onde a necropsia se realizar.

"No projeto — volve a Exposição, — prevê-se o encaminhamento da glândula à instituição autorizada a fabricar o medicamento, resultante do processo industrial de utilização de seu hormônio. Aqui também, evitou-se o estabelecimento de um monopólio estatal, sem prejudicar o desenvolvimento da atividade por instituições da Administração Pública, uma vez que, em todo o projeto, não se distingue entre estas e as de direito privado, sem vínculo com o Estado. A questão define-se completamente na legislação sanitária, nas disposições relativas ao registro do medicamento, e nas normas que informam a propriedade industrial, protegendo-se o direito do descobridor ou autor



da fórmula, que livremente decidirá pelo melhor caminho para a exploração da sua descoberta”.

Mais e mais se acentuam as preocupações diante de tão frio dispositivo proposto, e de tão despojada alusão à fabricação de medicamentos extraídos de glândulas humanas e a processo industrial.

Mesmo porque já havia manifestado a mesma Exposição que “não se lograria grande progresso, se as autópsias pudessem ser realizadas somente nos institutos médicos-legais. Nesse caso, a retirada, só seria factível, se monopolizada pelo Estado, com o aparelhamento dos institutos para isso e para a conservação dos órgãos, o que, decididamente, não se coaduna com os princípios constitucionais relativos à intervenção estatal, vedada na exploração de atividade sem interesse para a segurança nacional e possível de ser desenvolvida pela iniciativa privada.

A objeção, contudo, para que o Estado explore a atividade, não é impediante da colaboração que deve prestar para que ela se desenvolva no interesse da comunidade. Daí porque se intenta deslocar as autópsias para o âmbito das instituições de saúde, autorizadas a retirar órgãos. Não há nisso, evidentemente, prejuízo algum para as finalidades do exame cadavérico, desde que se assegurem as condições ideais para a sua realização e a independência do médico-legista, como se dispõe no projeto”.

Longe de evitar-se o estabelecimento de um monopólio estatal, parece ser esse um exemplo típico de reconhecimento de sua necessidade. Arrepiam pensar na existência de entidades particulares, dispondo de todos os elementos de informação, investirem contra os cadáveres disputando encarniçadamente partes e glândulas, a exemplo do que, ao que parece, já acontece com o sangue.

Monopólio algum desperta simpatia; estatal, muito menos.

Mas anima reconhecer que já se nota sensível evolução por parte de algumas entidades administrativas que estão satisfazendo plenamente aos seus objetivos, embora a custos elevados. Disposições rigorosas na redação dos estatutos à entidade a ser criada contribuirão para evitar desvirtuamentos nocivos não só na sistemática, como também no aproveitamento de pessoal realmente capacitado e em número que não ultrapasse o estritamente necessário.

Mas as glândulas não se prestam apenas a produzir hormônios.

Há alguns decênios era amplamente versada a matéria do transplante das glândulas genitais, quando estava em voga o sistema WORO-NOFF.

Sem discutir a duvidosa utilidade da operação mostra CASIMIRO CARAVELLI, *Medico, in Dizionario Pratico del Diritto Privato*, Milão, Vallardi, vol. III, parte III, 1936, pág. 975, a divergência que então se notava entre os doutrinadores: para GRISPIGNI e DEL VECCHIO, a

cessão é perfeitamente lícita, porque justificada pelo consentimento, da mesma forma que a extração e a transfusão do sangue, ao passo que, para SPIEZIA, esta é lícita, não extração e o transplante de órgãos.

Predomina o consenso ao princípio expresso pelo mesmo CARAVELLI, de que uma orientação deve resultar de dispositivo legal explícito: para os bens não declarados inalienáveis, a inalienabilidade só seria admissível "quando do fato, resulte uma violação do interesse público ou mesmo de um direito privado alheio, como, por exemplo ocorreria na auto-lesão do segurado, objetivando obter o prêmio, na mutilação voluntária de quem está sujeito a obrigações militares e casos semelhantes".

Conclui que unicamente nestes casos pode-se falar de ilícita violação da integridade física. Entende que a hipótese considerada, por não perturbar qualquer direito alheio, permanece dentro da esfera das relações individuais. Não se podendo sequer dizer que ofenda os sentimentos sociais, deve necessariamente enquadrar-se na atividade lícita, da mesma forma que o boxe e tantos outros esportes, dos quais muitas vezes decorrem piores conseqüências. Cita, a propósito, vários acórdãos.

#### 6.4. Inaplicabilidade da lei futura às partes renováveis

Nos termos do art. 8º do Anteprojeto, não se aplicará a futura Lei à retirada ou extração de partes ou substâncias renováveis do organismo humano.

A extração de substâncias ou partes renováveis, em quantidade sem significação para a saúde dos doadores — elucidada a Exposição de Motivos — não poderia evidentemente subordinar-se às exigências do projeto, pelo risco de decretar-se o colapso de seu fornecimento. Algumas hipóteses já são consideradas pela legislação vigente e outras mais talvez demandassem diploma especial sobre a matéria, que, de qualquer modo, não tem pertinência com o sentido do projeto.

#### 6.5. Responsabilidade penal e civil

A responsabilidade do médico é imensa — teve oportunidade de encarecer o Des. JOÃO ANTÔNIO NETO, Rev. For. vol. 235, pág. 8 — e todos os que assistem aos momentosos triunfos da cirurgia e da imunologia não se deixam ofuscar pelo deslumbramento dos fatos, a ponto de fechar os olhos para os excessos que possam ser cometidos, à sombra dos triunfos da vida sobre a morte:

"Acredita-se, mesmo, que alguns médicos teriam suspendido as manobras da reanimação, motivados pelo desejo de extrair o órgão necessário".

"Em suma, a responsabilidade médica deve ser proclamada e cobrada, em princípio. O médico que, precipitadamente, aplica métodos ainda não bastante comprovados, o que se descuida, por pressa, incuria ou excessivo entusiasmo — o que despreza precauções e diligência, ao medicar ou operar, e o ignorante da sua arte — deve ser responsável, por imprudência, negligência ou imperícia, caindo sob o foco daquela "temibilidade" de que fala Salvador Pascual. Não obstante, nós, os juizes, nunca devemos desprezar a máxima prudência ao decidir sobre a responsabilidade dos médicos, convindo, mesmo, acolher com simpatia a advertência de Garcia del Diestro citada por Jimenez de Asúa, em seu monumental Tratado de Derecho Penal. Diz o Mestre que "os erros imputáveis a interpretações erradas, e mesmo à própria ignorância, não creio que seja fácil, nem justo, submetê-los ao rígido critério do Código Penal. Os primeiros, porque a Medicina não é uma Ciência matemática; os segundos, porque não se deve perder de vista que quem logra um título facultativo adquire com ele um certificado de capacidade, concedido pelo Estado, que deste modo vem a assumir o papel de fiador. Ao Estado, pois, é a quem devemos exigir todos nós, médicos e profanos, que inspecione cada vez com mais zelo o labor docente de suas universidades, impondo ao professorado mais rigor na seleção de alunos".

JOSE ADRIANO MARREY NETO, que o cita, extrai desse comentário todo rigor e cuidado que se deve exigir ao firmar-se o diagnóstico de que determinado paciente necessita de um transplante ou ao aceitar este ou aquele doador.

A infração de qualquer das disposições aventadas, reza o art. 9º do Anteprojeto, "sem prejuízo da ação penal e da reparação civil, constitui ilícito sanitário, a ser apurado e julgado nos termos da Lei n. 6437, de 20.08.1977.

A disposição é mais ampla e genérica do que o parágrafo único do art. 6º da Lei n. 5.479, que aludia somente ao art. 211 do Código Penal, cominando reclusão de um a três anos, e multa de mil a seis mil cruzeiros, a quem "destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele", para o caso de, após a retirada de tecidos, órgãos e partes do cadáver, não ser este condignamente recomposto e entregue aos responsáveis para o sepultamento.

Pune ainda o art. 11 da mesma Lei:

- a retirada não precedida de prova incontestável de morte;
- a retirada não precedida de permissão, de quem de direito, para o aproveitamento;
- a retirada ou transplante não realizado por médico de capacidade técnica comprovada em instituição idônea;
- a não comunicação dos diretores e Institutos Universitários e aos hospitais, ao diretor da Saúde Pública, de quais as pessoas que fizeram

disposições, para "post mortem", de seus tecidos ou órgãos, com destino a transplante, e o nome das instituições ou pessoas contempladas.

Ora, as infrações à legislação sanitária federal estão configuradas na Lei 6.437, de 20.08.1977.

Basta correr os olhos pelas 31 enumeradas no art. 10:

*I. construir, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, laboratórios de produção de medicamentos, drogas, insumos, cosméticos, produtos de higiene, dietéticos, correlatos, ou quaisquer outros estabelecimentos que fabriquem alimentos, aditivos para alimentos, bebidas, embalagens, saneamentos e demais produtos que interessam à saúde pública, sem registro, licença e autorizações do órgão sanitário competente ou contrariando as normas legais pertinentes; II. construir, instalar ou fazer funcionar hospitais, postos ou casas de saúde, clínicas em geral, casas de repouso, serviços ou unidades de saúde, estabelecimentos ou organizações afins, que se dediquem à promoção, proteção e recuperação da saúde, sem licença do órgão sanitário competente ou contrariando normas legais e regulamentares pertinentes; III. instalar consultórios médicos, odontológicos, e de quaisquer atividades para-médicas, laboratórios de análises e de pesquisas clínicas, bancos de sangue, de leite humano, de olhos, e estabelecimentos de atividades afins, institutos de esteticismo, ginástica, fisioterapia e de recuperação, balneários, estâncias hidrominerais, termas, climatéricas, de repouso e congêneres, gabinetes ou serviços que utilizem aparelhos e equipamentos geradores de raio-x, substâncias radioativas ou radiações ionizantes e outros estabelecimentos, laboratórios, oficinas e serviços de ótica, de aparelhos ou materiais para uso odontológico, ou explorar atividades comerciais, industriais, ou filantrópicas com a participação de agentes que exerçam profissões ou ocupações técnicas e auxiliares relacionadas com a saúde, sem licença do órgão sanitário competente ou contrariando o disposto nas demais normas legais e regulamentares pertinentes; etc, etc.* para verificar que não estamos diante de nenhuma "infração sanitária", e sim de verdadeiro crime. Nem a referência "sem prejuízo da ação penal e da reparação civil" configura base suficiente para ação penal, pois aparece como mero complemento, deixando vaga a idéia da punição.

Não será através de disposições imprecisas como essas que se irá beneficiar a classe médica, muito justamente ciosa do rigor e do brio com que procura coibir abusos de alguns de seus elementos eventualmente menos qualificados para tão delicada tarefa.

Como teve oportunidade de advertir EDELBERTO LUÍS DA SILVA, "só em uma circunstância a lei permite intervir no corpo vivo de uma pessoa, sem razão fundada em sua saúde: para retirar órgãos que, sem risco de vida, tenham sido doados para fins huma-

*nitários ou terapêuticos. Desde que desapareça essa finalidade, a intervenção não tem respaldo na lei. Não se alegue em nenhum momento que o consentimento da pessoa torna lícita a ação do médico”.*

Compendia JOSÉ ADRIANO MARREY NETO seu estudo em 62 afirmações, das quais, para concluir, vamos reter as primeiras duas:

*A vida humana é um bem coletivo e interessa assim à sociedade como ao indivíduo. Ela integra a comunidade social e lhe é indispensável. Ao indivíduo não é lícito abroquelar-se com a liberdade pessoal, para adoecer e morrer.*

*Na raiz dos transplantes acha-se o bem social, reconhecido pelo legislador ao elaborar a Lei federal 5.479/68 e ao facultar a disposição de partes do corpo humano, vivo, ou quando já cadáver, de forma tal a permitir ao indivíduo post mortem permaneça útil, em continuidade ao ser e a seu modo de estar no mundo intimamente relacionado com seus semelhantes, pela solidariedade humana.*

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 01 – ALMEIDA FILHO, Amaro Alves de. – A figura do doador nos transplantes cardíacos; necessidade de sua regulamentação legal específica. *Justitia*, 79: 09-15, 1972.
- 02 – BRASIELLO, T. – Persona propria; diritti sulla. *Dizionario del pratico del diritto privato*. Milão, Vallardi, s.d. v.5 p.1, p.527-32.
- 03 – CHAVES, A. – *Tratado de direito civil*. São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1982. t.1, p.416-87.
- 04 – COSTA JÚNIOR, P.J. – O transplante do coração em face do direito penal brasileiro. *Rev. Probl. Bras.*, 60, mar. 1968.
- 05 – CUNHA GONÇALVES, L. – *Tratado de direito civil*. 2. ed. São Paulo, Max Limonad, 1955. v.1, t.1, p. 188-97.
- 06 – DE CUPIS, A. – *I diritti della personalità*. Milão, Giuffrè, 1959. 271p.
- 07 – DIDIO, L.J.A. – Material anatomico para la educación medica. México, Consejo Nacional de Profesores de Ciências Morfológicas, 34 (3/4): 13-6, 1982.
- 08 – GOMES, L.R.F. – Inegociabilidade da matéria orgânica. *Justitia*, São Paulo. 68: 39-62, 1970.

- 09 – HOJDA, Matilde Josefina Sutter. – Mudança de sexo: causas e conseqüências. Intersexualidade e transexualidade. *Rev. do Instituto de Medicina Social e de Criminologia de São Paulo*, São Paulo, 3: 50-7, 1982.
- 10 – LEITE, G. – A manifestação da vontade nos casos de transplante. *Rev. de Inf. Legislativa*, Brasília, (29): 87-94, 1971.
- 11 – MARREY NETO, José Adriano. – Transplantes; considerações sobre a Lei 5.479, de 10.08.68. *Rev. dos Tribunais*, 578: 16-36, 1983.
- 12 – PARILLI, R.A. – *El derecho, los transplantes y las transfusiones*. Ucola, Barquisimeto, 1980. 225p.
- 13 – PERLINGIERI, P. – *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Cernino, Jovene, 1972. 551p.
- 14 – RODRIGUES, A.C. & LIMA NETO, J.C.O. – Problemas jurídicos do transplante do coração humano. *Arquivos da Polícia Civil*, São Paulo, 25: 223-62, 1975.
- 15 – SALGADO, Murilo Rezende. – O transexual e a cirurgia para a pretendida mudança de sexo. *Rev. dos Tribunais*, São Paulo, 491: 241.7, 1976.
- 16 – SANTAMARIA, M.F. – *Persona (diritti della) nuovo digesto italiano*. Turim, Utet, 1939. v.9, p.912-28.
- 17 – SILVEIRA, Olavo Camargo. – Registro civil; retificação de assento de nascimento de menor para ficar constando ser do sexo feminino (sentença). *Rev. dos Tribunais*, São Paulo, 570: 268-72, 1983.
- 18 – STRENGER, Irineu. – A eutanásia e seus aspectos jurídicos. *ADV Informativo*, Rio, p. 299-300, 1983.
- 19 – TODOLI, J. – *Ética dos transplantes*. São Paulo, Herder, s.d. 86p.
- 20 – VASSALI, G. – A proteção na esfera da personalidade na era da técnica. *Justitia*, São Paulo, 56: 39-76, 1967.