

Parecer N.º 01/78 do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social - Consultoria Regional da Bahia

Pode o Diretor de um Hospital de caridade de um indigente, logo após seu falecimento, extrair a córnea para, gratuitamente, transplantá-la em um terceiro que dela necessita?

O problema acima exposto é de ser encarado sobre vários aspectos, entre os quais, o religioso, o médico e o jurídico.

Se, em verdade, um dos princípios basilares da Igreja é a caridade, que consiste em, pelo amor de Deus, fazer o bem sem olhar a quem, ato maior de generosidade não pode haver do que dar um pouco de si mesmo em benefício de um terceiro que carece de ajuda.

No elenco de hinos cantados em as nossas Igrejas, um dos mais belos é aquele cujo estribilho é o seguinte:

“prova de amor maior não há, do que dar a vida por um irmão”.

Quanto ao aspecto médico, a disposição voluntária de parte do corpo para beneficiar um terceiro ou para proporcionar o incremento de pesquisas científicas, é unânime e universalmente aceita.

Ninguém ignora a valiosa colaboração dada à Ciência médica pelos indigentes, que, nas ruas, dando o último suspiro, ato final e libertador de uma vida de privações de toda a espécie, são levados para os Institutos Médico-Legais, à espera de alguém que venha reclamar a entrega de seu corpo para sepultá-lo.

Como, porém, às mais das vezes, mendigos não têm parentes conhecidos, os seus corpos são levados às Câmaras frigoríficas dos Institutos Médico-Legais para pesquisas médicas.

Prescreve o Art. 5.º do Código Civil Brasileiro, que,

“são coisas fora do comércio, as insuscetíveis de apropriação e as legalmente inalienáveis”.

Comentando esse artigo, o eminente Clóvis Beviláqua, levando em alta conta o respeito devido à pessoa humana, assinala que,

“o homem, por motivos de ordem moral, não pode ser autorizado a dispor de seu cadáver nem de uma parte de seu corpo”.

E linhas a seguir, depois de invocar a chamada teoria do direito sobre a própria

pessoa, de que fala Wendscheid, que Savigne contestava, afirma que,

“por mim, vejo na personalidade humana um conjunto de direitos, isto é, de poderes de ação assegurados pela ordem jurídica. Desses direitos, uns são fundamentais, como o direito à vida, à liberdade, à honra, à integridade física e, outros, são desdobramentos, aplicações, modalidades dos primeiros. Mas um direito sobre a própria pessoa, parece-nos uma idéia que não se ajusta bem à lógica jurídica”. (in Cód. Civ. Bras. Interpretado, 7ª edição, vol. 1.º, pág. 323).

A lição sempre acatada do insigne Clóvis Beviláqua, guardava perfeita coerência com a doutrina da Igreja e, também, com os ensinamentos do Direito Romano.

Sem dúvida e como magistralmente assinala Fustel de Colanges, o consagrado autor de “La Cité Antique”, grande era o respeito e a veneração tributada pelos romanos aos mortos.

Na velha Roma dos Cezares, os mortos eram considerados tal como uma divindade, “deuses manes”, sempre reverenciados, considerando-se como coisa religiosa — “res sacrae” —, os lugares onde eram sepultados.

Os jazigos perpétuos para os mortos tão usados ainda hoje nos povos cristãos, tiveram a sua secular origem no grande respeito dedicado pelos romanos ao sepulcro, última morada de uma pessoa humana que, um dia, nele for enterrado.

Falando, séculos depois, a um numeroso grupo de médicos, reunidos em Roma num congresso de oftalmologia, a propósito, justamente, da retirada da córnea de um defunto para transplantá-la em um paciente que dela carecia o Santo Padre Pio XII, proclamando a “elevada dignidade do cadáver humano, depois de repudiar o entendimento dos que consideravam o cadáver como coisa”, afirmou:

“o corpo humano era a morada de uma alma espiritual, parte

constitutiva essencial de uma pessoa humana, de cuja dignidade ele partilhara; assim, algo dessa dignidade permanece ainda nele”.

A lição de Clóvis Beviláqua, aceita por muitos a seu tempo, com o perpassar dos anos foi perdendo terreno, já que, nos dias que correm, se tem como acerto e incontestável, que o homem pode exercer direitos sobre a sua própria pessoa.

Como é óbvio, o exercício desse direito só encontra limites e, assim, só não pode ser exercitado, em razão de texto expresso de lei, em atenção aos interesses de ordem social ou de interesse coletivo da conservação da espécie, como, por exemplo, na repressão ao aborto em respeito ao direito à vida que tem o nascituro, nos casos de aut mutilação, auxílio prestado aos suicidas e intoxicados.

No exame da matéria ora em apreciação, num preito de Justiça, não se pode esquecer a douta lição do insigne Cunha Gonçalves, quando ensina que,

“fora das exceções acima invocadas, tem o homem o direito de dispor de sua pessoa como melhor entender”.

E o grande jurista, logo em seguida acrescenta que,

“Sobre este ponto de vista é inegável que o homem pode exercer direitos sobre a sua própria pessoa, entre os quais, ceder o sangue para uma transfusão a fim de salvar um doente; atirar-se à água ou no meio das chamas para salvar uma vida alheia; sujeitar-se à experiências de novas terapêuticas ou legar o seu cadáver para fins científicos; contratar-se para arriscados serviços desportivos, nos circos, sujeitando-se às perigosas provas de faquir, jejuador ou equilibrista”.

Dando seqüência ao seu douto entendimento, continua o eminente jurista lusitano:

“todos esses atos são direitos sobre o próprio corpo e, como eles, não se lezam direitos alheios nem se ofendem os supremos princípios de moral pública, da conservação e utilidade social ou dos interesses do estado”.

Depois dessas brilhantes considerações, Cunha Gonçalves, jurista insigne, de muito falecido, mas cujas lições são sempre invocadas, conclui o seu entendimento em torno da questão afirmando:

“e se o homem pode dispor de seu corpo inteiro, com maioria de ra-

zão pode dispor de parcelas dele que, por sua vontade separou, e, bem assim, pode dar destino a seu cadáver”. (In Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro, vol. VI, pág. 238).

Carvalho Santos, insigne comentador de nosso Código Civil, não diverge da douta lição de Cunha Gonçalves, afirmando que,

“Não é contrária à moral nem mesmo o fato do homem vender seu cadáver, por exemplo, à um anatomista. Ele assim agindo, pratica tão somente um ato incluído entre os direitos que pode exercer sobre a sua própria pessoa, com o qual não lesa direitos alheios nem ofende os princípios de conservação e utilidade social, da moral pública ou dos interesses de ordem jurídica. Ele pratica, em suma, um lícito jurídico”.

Desse insigne jurista é também o entendimento de que, em verdade,

“ninguém contesta a legitimidade da remessa de cadáver de indigentes para as Faculdades de Medicina onde são dissecados para estudos e, assim, não há no fato do cadáver ser destinado a estudos anatômicos ou de qualquer outra natureza, imortalidade alguma. É uma praxe consagrada e adotada em todos os centros civilizados e da mais requintada cultura”.

(In Cód. Civil Brasileiro Interpretado, vol. II, pág. 188-189).

Estudando, também a clareza e a segurança que lhe são peculiares, a questão da “proteção à integridade física”, o eminente civilista, Prof. Orlando Gomes, ensina que, “O direito sobre as partes separadas do corpo, é dos que ensejam menos controvérsias, sendo admitido por quase todos os escritores. Sua natureza não é, entretanto, pacífica. Com a separação deixaria de ser direito de personalidade, segundo alguns (Gangi, Degni Santoro Passarelli), transformando-se em direito de propriedade e passando as partes separadas à categoria de coisas do comércio. Em verdade, porém não perde a sua natureza disponível”.

Depois de outras brilhantes considerações em torno da questão ora em exame, o eminente catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, afirma que,

“de regra, é proibida a extração anatômica, em vida, mas, excepção-

nalmente, há de ser permitida, respeitados limites que somente podem ser traçados a luz do caso concreto. Assim, o transplante da córnea, para a recuperação de vista tem sido admitido em circunstâncias excepcionabilíssimas. E o de coração”.

(In Introdução ao Direito Civil, 3.ª edição, pág. 146).

A propósito, é de se registrar que o professor Cristiane Barnard, ficou mundialmente conhecido com os seus pioneiros métodos para transplante de coração.

A doutrina dos ilustres civilistas acima citados foi em termos categóricos, acolhida pelo legislador brasileiro.

Em 10 de Agosto de 1958, foi editada a Lei de n.º 5.479, cuja emenda é a seguinte:

“Dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes do cadáver para finalidade terapêutica e científica e dá outras providências”.

No seu Art. 3.º, cuidando da permissão para o aproveitamento de uma ou várias partes do corpo, “post-mortem”, estabeleceu legislador no item IV desse mesmo artigo que,

“na falta de responsáveis pelo cadáver, a retirada somente poderá ser feita com autorização do Diretor da Instituição onde ocorrer o óbito, sendo ainda necessária esta autorização nas condições dos itens anteriores”.

A Lei de n.º 5.479, de 10 de Agosto de 1968 substituiu a primeira lei que no Brasil cuidou da questão, vale dizer, a Lei de n.º

280, de 06 de Novembro de 1963, que expressamente dispõe sobre a extirpação de órgão ou tecido de pessoa falecida.

De tudo quanto vem de ser exposto, é de se concluir, com absoluta segurança, que nenhum ato contrário à Lei existe na retirada por um médico de hospital para indigentes, da córnea de pessoa recém-falecida, para gratuitamente, transplantá-la para um outro indigente na tentativa de salvar a vista de um outro indigente.

No caso acima focalizado, não se tem como cogitar da chamada “autorização de parentes”, certo como é que, e mais uma vez vale repetido, indigente não tem parente conhecido para dar a necessária autorização.

Em verdade, nos grandes centros, por motivos e circunstâncias diversas, o indigente é um infeliz que vive às expensas da cidade pública, sem pão, sem teto, sem lar, em carinho e sem afeto de quem quer que seja até que a morte venha libertá-lo de seu doloroso infortúnio.

Por tudo quanto acima acaba de ser exposto, face às leis civis, a retirada da córnea de um indigente recém-falecido para transplantá-la a um outro indigente que dela carece não viola qualquer norma de nossa legislação civil.

Apreciando, agora, a matéria que é objeto deste parecer sob o ângulo do Direito Penal, não se pode perder de vista, o princípio consagrado no Art. 19 do Código Penal de 1940, segundo o qual,

“não há crime quando o agente pratica o ato, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de um direito”.

Em casos que tais, o Código Penal reconhece a exclusão de criminalidade.

O Decreto-Lei n.º 1.004, de 21 de Outubro de 1969, que promulgou o novo Código Penal, no seu art. 27 manteve, *ipsis literis*, a redação do art. 19 do Código Penal de 07 de Dezembro de 1940.

Nestas condições e tal como, com a maestria de sempre, doutrinava o insigne jurista, Ministro Nelson Hungria,

“o médico que extirpa parte do cadáver para um transplante em pessoa viva, não pratica nenhum ilícito penal”, entendemos que, no caso objeto deste parecer, inexistente o chamado ilícito penal.

E isso porque, lutar pela preservação da vida humana, em respeito à velha máxima do “*SEDARE DOLORUM, DIVINUS OPUS*”, é um dentre os mais sagrados deveres do médico, assumido desde o instante solene da colação do grau, pelo que nenhuma infração às normas do Direito Penal se pode enxergar no fato que é objeto deste pronunciamento.

De todos é sabido que, no sistema do Código Penal Brasileiro, os crimes contra o respeito devido aos mortos são os seguintes: impedimento ou perturbação de cerimônia funerária (Art. 235) violação da sepultura ou urna funerária (Art. 236); destruição, subtração ou ocultação de cadáver (Art. 237) e vilipêndio à cadáver ou suas cinzas (Art. 238).

Pelos motivos acima expostos, ao nosso entender, inexistente ilícito civil ou penal no ato de um diretor de Hospital de Indigentes, extraíndo a córnea de pessoa recém-falecida, para transplantá-la e, ao que se informa, com absoluto sucesso, em outro indigente que dela urgentemente carecia na tentativa de recuperar a vista perdida.

Este. S.M.J., é o nosso parecer.

Salvador-BA, 18 de Abril de 1978

Jorge Gama Abreu — OAB/BA 233