

DO DIREITO AO PRÓPRIO CORPO EL DERECHO AL PROPIO CUERPO

Carlos José Cogo Milanez¹

<http://lattes.cnpq.br/9423456257815179>

Tatiana Richetti²

<http://lattes.cnpq.br/1419928867607198>

SUMÁRIO: Introdução; 2 Direito ao próprio corpo vivo. Integridade física e fisiológica. 2.1 Conceito; 2.2 Disposições constitucionais; 2.3 Indisponibilidade do próprio corpo; 2.4 Exceções à indisponibilidade do próprio corpo; 2.4.1 Voluntariedade; 2.4.2 Contrariedade ao *publico consensu*; 2.4.3 Cirurgias estéticas; 2.4.4 “Mudança” de sexo; 2.4.5 Exigências de interesse público; 2.4.6 Disposição para fins de transplante; 3 Direito ao próprio corpo. Lei de transplantes (Lei nº 9.434, de 04.02.97 e Lei nº 10.211, de 23.03.01); 4 Direito de sepultar e de ser sepultado; 5 Direito à integridade física e à saúde psicossomática. Risco de morte ou estado de necessidade. Consentimento informado; 6 Considerações finais; Referências.

RESUMO: O direito ao próprio corpo constitui o direito que os indivíduos têm de não sofrer violações e ofensas em seu corpo. No entanto, referido direito não é absoluto, uma vez que a lei pode permitir certas limitações, observados os requisitos impostos por ela. Pode a pessoa fazer disposições acerca do destino de seu corpo após morte. Ainda que a personalidade cesse com a morte, a lei confere restrições à disposição total ou parcial do corpo *post mortem*, desde que o fim seja científico ou altruístico. Se a disposição de partes do corpo tiver fins comerciais, haverá vedação legal para tal disposição.

PALAVRAS-CHAVE: Direito ao próprio corpo; Vivo; Morto; Integridade física.

RESUMEN: El derecho al propio cuerpo es el derecho que las personas tienen de no sufrir violaciones y faltas en su cuerpo. Sin embargo, este derecho no es absoluto, ya que la ley puede permitir que ciertas limitaciones, con sujeción a los requisitos impuestos por ella. ¿Puede la persona hacer los arreglos sobre el destino de su cuerpo después de la muerte. A pesar de que la personalidad cesa con la muerte, la ley establece restricciones a la cesión total o parcial del cuerpo *post-mortem*, ya que el objetivo es científico o altruistas. Si la disposición de las partes del cuerpo tienen fines comerciales, no será legal para sellar dicha disposición.

PALABRAS CLAVE: Derecho al propio cuerpo; vivo; muerto; su integridad física.

Introdução

A proteção à integridade física do homem, seja enquanto vivo ou após a sua morte, se dá em diversos campos, sendo prevista no direito civil, direito penal e constitucional.

No presente trabalho busca-se, sucintamente, em razão da complexidade do tema, destacar que, embora a integridade física esteja atrelada ao direito à vida pode sofrer limitações, sem, contudo, trazer prejuízos àquele que dispõe, já que há expressa vedação neste

¹ Advogado. Professor da Universidade Estadual de Londrina – UEL. Professor da Faculdade Arthur Thomas de Londrina. Mestrando em Ciências Jurídicas pelo CESUMAR.

² Advogada especialista em direito pela Universidade Católica Dom Bosco - UCDB, mestranda em ciências jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá - CESUMAR.

sentido.

Serão abordados os requisitos legais para a disposição de partes do corpo e as particularidades referentes à cirurgias estéticas, adequação de sexo e transplantes de órgãos.

Quanto às cirurgias estéticas, será observada a necessidade de informação exaustiva do médico em relação ao paciente, observando-se as responsabilidades médicas pelas garantias de resultado.

Também será tratada a polêmica acerca da cirurgia de adequação de sexo, observando-se os requisitos legais para tanto.

Enfim serão abordados os requisitos para a disposição de partes do corpo e tecidos tanto em vida como pós-morte, traçando-se os requisitos para cada uma das modalidades

Destarte, serão analisadas as opiniões de diversos autores, bem como as mudanças sofridas no tratamento do tema.

2 DO DIREITO AO PRÓPRIO CORPO: INTEGRIDADE FÍSICA E FISIOLÓGICA

2.1 CONCEITO

A princípio, imperioso se faz analisar o sentido jurídico do termo “pessoa”. Considera-se “pessoa” o ente físico ou coletivo capaz de contrair direitos e obrigações, isto é, um sujeito de direito. Pode-se dizer que sujeito de direito “é aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento do dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção da decisão judicial.”³

A personalidade jurídica é estendida a todos os homens, sendo prevista na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade.

A capacidade, por sua vez, segundo Maria Helena Diniz é a “medida jurídica da personalidade.”⁴ Ao existir, o homem já é considerado pessoa, no entanto, para ser “capaz”, ele necessita preencher certos requisitos, como ser sujeito ativo ou passivo de uma relação jurídica.

O direito ao próprio corpo constitui o direito que os indivíduos têm de não sofrerem violações, ofensas ao seu corpo. Salienta Carlos Alberto Bittar que o corpo é o “instrumento pelo qual a pessoa realiza a sua missão no mundo fático. Configura também direito disponível, mas sob limitações impostas pelas conotações de ordem pública.”⁵

Ademais, todo ser humano tem direito fundamental à vida. O ordenamento o garante desde antes do nascimento, resguardando os direitos do nascituro (CC, art. 2º), infligindo pena ao aborto (artigos 124 e 125, Código Penal) e vedando a eutanásia.

Ainda, a lei pune o homicídio, a tentativa, bem como as ofensas físicas praticadas em relação a outrem, ou em face do Estado.

Acerca do tema, ensina Caio Mário da Silva Pereira⁶:

No conceito de proteção à integridade física inscreve-se o direito ao corpo, no que se configura a disposição de suas partes, em vida ou para decisão da morte, para finalidades científicas ou humanitárias, subordinando conteúdo à preservação da própria vida ou de sua deformidade. A lei não pode plácitar a *autolesão*. É o que

³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 177-118

⁴ Ibid., p. 119.

⁵ BITTAR, 2003 apud OLIVEIRA, José Sebastião; PENACCHI, Mariângela. *Os direitos de personalidade em face*. Disponível em <www.conedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/09_576.pdf>. Acesso em: 25 de agosto de 2011.

⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.250

consagra o artigo 13 do Código Civil, cujo *caput*, contudo, peca de uma incorreção técnica. O médico jamais impõe ou exige a disposição do corpo. O que se pretende enunciar é que pode ser necessária por indicação médica, a extração ou retirada de uma parte do corpo.

Já no campo da Medicina Legal, a traumatologia é o capítulo em que se estudam as lesões corporais decorrentes de traumatismos de ordem material ou moral, nocivos ao corpo ou à saúde física ou mental.⁷

Contudo, existem autores que preferem a denominação “lesões corporais”, posto que abrange o dano ao corpo e/ou à saúde física ou mental, proveniente de agressões materiais ou morais.

Conceitua Delton Croce⁸:

Lesão corporal é todo e qualquer dano ocasionado à normalidade do corpo humano, quer do ponto de vista anatômico, quer do fisiológico ou mental. O crime de lesão corporal, é assim, definido no Código Penal como ofensa à integridade corporal ou à saúde de outrem, isto é, pela existência de dano somático, funcional ou psíquico.

Segundo a quantidade do dano, as lesões corporais classificam-se em⁹:

a) Leves – São as que não determinam as consequências previstas nos §§ 1.º, 2.º e 3.º do artigo 129 do Código Penal

b) Graves – Incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias; perigo de vida; debilidade permanente do membro, sentido ou função; aceleração do parto.

c) Gravíssimas – Incapacidade permanente para o trabalho; enfermidade incurável; perda ou inutilização de membro, sentido ou função; deformidade permanente; aborto.

A lei das XII tábuas punia com a pena de talião a ofensa corporal, denominando-a de *injúria*. Posteriormente, ainda no direito romano, a expressão *injúria* ganhou um conceito mais vasto, abrangendo não apenas as lesões corporais (as vias de fato e as ofensas à honra), mas também outros, como, por exemplo, a violação de domicílio, atentados à liberdade pessoal etc. Desta feita, considerava-se *injúria* a ofensa intencional e injusta à personalidade alheia e se distinguia em leve e grave. Em todos os casos de ofensa física e em algumas hipóteses de ofensas à honra aplicava-se a *injúria atrox*.¹⁰

Apenas no século XVIII a integridade física começou a ser tratada como crime autônomo (*violatio corporis* ou *crimen laesae sanitatis*), inserido como infração independente, no código austríaco de 1803, nos códigos franceses (1791 e 1810), e no código bávaro (1813).¹¹

Sob a influência do Código Francês de 1810, o Código Imperial Brasileiro, conhecia apenas as perturbações da integridade física, sob o título “ferimentos e outras ofensas físicas”. O Código Penal de 1890 adotou o mesmo caminho, com o título de “lesões corporais”.¹²

O Código Penal de 1969, por sua vez, trouxe inovações, principalmente no que tange as lesões qualificadas pelo resultado.

Ao adentrar no campo da bioética, é importante destacar o valor intrínseco à corporeidade humana.

⁷ CROCE, Delton; CROCE JUNIOR, Delton. *Manual de medicina legal*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 115

⁸ CROCE, loc. cit.

⁹ Ibid., p. 115-116.

¹⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 3 ed. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 141.

¹¹ Ibid., p.142.

¹² Ibid., loc. cit.

No campo filosófico, há três entendimentos distintos da corporeidade: a concepção dualista, a concepção monista e a concepção personalista.

Nota-se na concepção dualista sua raiz no pensamento grego. Materializa-se o dualismo antropológico na oposição alma e corpo. Platão (427-347 a.C), principal expoente dessa concepção, crê na união acidental da alma e do corpo; considera a alma o elemento eterno e divino; o corpo se manifesta como barreira principal ao conhecimento das ideias, sendo o ideal do homem se esquivar do que é corpóreo e em afastar-se do mundo¹³.

Já em outra fase do dualismo antropológico, destaca-se Descartes. Este pensador sustentava que o corpo é ligado concreta e fisicamente à alma por meio da epífise, porém as duas realidades divergem por essência e valor; o corpo é tido como instrumento e o seu estudo pertence às ciências da mecânica e da natureza; o espírito é consciência, dando valor ao homem.¹⁴

De acordo com o pensamento de Descartes, a alma não é requisito para a interpretação do corpo, e sim para a consciência de si, para a razão e a explicação racional do mundo.¹⁵

A interpretação materialista e monística apresentou, após Marx, sobretudo com o neomarxismo de Sartre e Marcuse, uma percepção restringida e política do corpo. O marxismo clássico sujeitou o corpo à espécie e à sociedade; o neomarxismo o dirige para uma segunda revolução, mais individualista.¹⁶

Por fim, na concepção personalista do homem e da corporeidade, que tem uma importância fundamental para toda a ética da corporeidade e para os problemas éticos da sexualidade e da medicina, recebeu diversas contribuições em vários momentos da história do pensamento teológico e filosófico.

Max Scheler, principal nome da escola fenomenológica, destacou o valor do corpo como expressão e, conseqüentemente, como cultura, civilização, capacidade de transformação tecnológica do mundo e da matéria, vê na intervenção cultural do corpo a própria capacidade de realização da pessoa. Ademais, o corpo é capacidade de linguagem, porquanto é expressividade, epifania, fenomenologia do eu.¹⁷

Feitas essas considerações, a integridade física pode ser definida como um “modo de ser físico da pessoa, perceptível mediante os sentidos”¹⁸. Consiste em um direito (de personalidade) essencial da pessoa, versando no direito que cada um tem de não ter seu corpo atingido por atos ou fatos de outrem.

Hodiernamente, encontra-se sob a denominação de direito à integridade física, subtipificações dos direitos de personalidade, quais sejam: o direito à vida, o direito à integridade corporal e o direito à saúde. O direito à integridade física se estende até mesmo após a morte, dando, conseqüentemente, origem ao direito ao respeito a seu próprio cadáver.

O direito à integridade corporal, também chamado de direito à integridade física, não pode ser restringido à mera incolumidade anatômica e externa do corpo humano. Esse direito também é abrangido pelo direito à saúde ou ao direito de não ser contagiado por outrem.¹⁹

O tratamento dado à integridade física se dá em planos diversos quando protegida pelo direito civil ou pelo direito penal. O direito penal só prevê e tutela certas espécies de ofensa à integridade física, que estão tipificadas na legislação repressiva.²⁰

¹³ SGRECCIA, Elio. *Manual de bioética*. 2 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 118 – 120.

¹⁴ *Ibid.*, p. 120

¹⁵ *Ibid.*, p. 121

¹⁶ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁷ *Ibid.*, p. 126.

¹⁸ DE CUPIS, 1961 apud SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.p. 466.

¹⁹ *Ibid.*, p. 467.

²⁰ *Ibid.*, p. 468 .

De outro lado, a proteção civil do direito à integridade física atua de modo genérico. Acrescenta aspectos do bem da integridade ausentes no diploma repressivo. O bem da integridade física é um bem único que apenas no âmbito civil encontra a incolumidade do corpo humano, a proteção contra toda e qualquer causa que o agrida, lese ou cause diminuição à integridade física da pessoa.²¹

A integridade da pessoa humana abarca todas as suas feições, compondo uma união, a integridade psicofísica.

Ao longo dos séculos, o tratamento jurídico reservado ao corpo humano foi fortemente influenciado pelo pensamento religioso. Considerado uma dádiva divina, o corpo humano era considerado como digno de uma proteção superior aos fins particulares. O pensamento moderno desfez esse ponto de vista, situando gradualmente a integridade corporal na esfera da autonomia do sujeito. Começou a se falar em “direito ao próprio corpo”, ressaltando que o corpo deve atender à concretização da própria pessoa, e não aos interesses de entidades abstratas, como a Igreja, a família ou o Estado.²²

A atual Constituição Federal reconhece o direito do ser humano à integridade psicofísica em seus dispositivos, como, por exemplo, o art. 5º, inciso XLIX, que assegura “aos presos o respeito à integridade física e moral”. Quanto ao Código Civil, este considerou o direito à integridade psicofísica sob o aspecto dos atos de disposição do corpo humano.

Buscando regular a questão da disposição do próprio corpo, o art. 13 do Código Civil determinou: “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.”

Neste ponto, se tornam relevantes as críticas suscitadas por Anderson Schreiber, sobre o dispositivo em análise²³:

Três críticas importantes têm sido dirigidas ao dispositivo. Podem ser assim resumidas: (i) primeiro, ao autorizar qualquer disposição do próprio corpo por ‘exigência médica’, o art. 13 parece elevar a recomendação clínica a um patamar superior a qualquer avaliação ética ou jurídica; (ii) segundo, ao vedar a disposição do próprio corpo que importe ‘diminuição permanente da integridade física’, o art. 13 sugere, *a contrario sensu*, que estariam autorizadas reduções não permanentes, o que se mostra extremamente perigoso; (iii) terceiro, o art. 13 alude à noção de ‘bons costumes’, ideia vaga e imprecisa, que pode causar sérias dificuldades em um terreno que sofre decisiva influência de inovações tecnológicas e científicas.

É de se sustentar que o direito à integridade física num poder que todo o indivíduo tem sobre seu próprio corpo, ou seja, toda pessoa tem a possibilidade de exercer atos materiais em seu corpo.

O entendimento atual contesta a ideia da existência de um direito de propriedade que o ser humano possui sobre seu próprio corpo. Acreditam que o indivíduo possui largo poder de disposição sobre o corpo, e como sua propriedade, poderia mutilá-lo ou destruí-lo.²⁴

Entretanto, não se pode confundir o direito à integridade física com o poder de disposição que o proprietário possui em relação ao objeto de seu direito. Não possui o indivíduo sobre o seu próprio corpo um *ius utendi*, um *ius fruendi* ou um *ius abutandi*, como teria em relação a um bem de sua propriedade.²⁵

²¹ Ibid., loc. cit.

²² SCHREIBER, Anderson. *Direitos de personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 32.

²³ Ibid., p. 34.

²⁴ SZANIAWSKI, op. cit., p.470.

²⁵ Ibid., p. 471.

Ao se reconhecer, ao homem, um direito de propriedade sobre seu próprio corpo, institui o anseio de resguardar a sua livre atividade em face de terceiros e do Estado, não significando o reconhecimento de um direito de disposição.

Tem-se preferido abandonar o caráter absoluto de intangibilidade corporal do homem, bem como a natureza real que o indivíduo possui sobre seu próprio corpo, que lhe outorgaria um direito da propriedade. Apesar de já ter diminuído, consideravelmente, o respeito com o qual se cercava o corpo humano, como objeto sagrado, considera-se atualmente o direito à integridade do ser humano como uma tipificação dos direitos de personalidade destinados a garantir a proteção dos interesses materiais e morais do ser humano em relação ao seu próprio corpo. O direito à integridade física atribui ao seu titular o poder de pôr fim aos atos materiais praticados por alguém contra seu corpo, tendo o indivíduo o poder de evitar ou fazer cessar qualquer ato que atente contra seu corpo ou contra sua saúde.

2.2 DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS

A integridade físico-corporal constitui um bem vital e revela um direito fundamental do indivíduo. Por esta razão, as lesões corporais são punidas pela legislação penal. Qualquer pessoa que as provoque fica sujeita às penas da lei. Mas a Constituição foi expressa em assegurar a integridade física dos presos (artigo 5º, XLIX). Já havia tal previsão nas constituições anteriores, porém, com precária eficácia. As agressões físicas a presos, a fim de tirar-lhes confissões de delitos, estão abolidos desde a Constituição de 1824, quando, em seu artigo 179, XIX, suprimiu açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis, o que foi completado pelo artigo 72, § 20, da Constituição de 1891, ao abolir a pena de galés e o banimento judicial.²⁶

A atual Constituição garante o respeito à integridade física e moral, declara que “ninguém será submetido a tortura ou a tratamento desumano ou degradante” (artigo 5º, III).

A doação sempre foi admitida, visando suprir deficiência e até salvar a vida de doentes. No que tange a possibilidade de alienação, há expressa previsão constitucional explícita (artigo 199, § 4º), segundo a qual a lei é que define as condições e requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substância humanas para fins de transplante, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue, vetado todo tipo de comercialização. Assim, são considerados bens fora do comércio. A lei, aludida no dispositivo constitucional, já foi promulgada (Lei 9.434, de 4.2.1997, regulamentada pelo Decreto 2.268, de 30.6.1997, que instituiu o Sistema Nacional de Transplante – SNT). A lei só admitiu a disposição *gratuita* de tecidos, órgãos e partes do corpo humano em vida ou *post mortem*, para fins de transplante e tratamento. Para efeitos da referida lei, o sangue, o esperma e o óvulo não estão abrangidos entre tecidos mencionados no seu artigo 1º.

Sobre o assunto, elucida Silva:²⁷

Procedeu bem a lei ao estabelecer a gratuidade para o caso. É que a vida, além de ser um direito fundamental do indivíduo, é também um interesse que, não só ao Estado, mas à própria humanidade, em função de sua conservação, cabe preservar. Do mesmo modo que a ninguém é legítimo alienar outros direitos fundamentais, como a liberdade, por exemplo, também não se lhe admite alienar a própria vida, em nenhuma de suas dimensões. É de observar, contudo, que a lei só permite a disposição de tecidos, órgãos ou partes do próprio corpo vivo para fins de transplante, quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas

²⁶ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 202.

²⁷ *Ibid.*, p. 203.

aptidões vitais e saúde mental, e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora (art. 9º)

Assim, percebe-se a preocupação que a Constituição Federal de 1988 teve em garantir não só a integridade física, mas também a moral.

2.3 DA INDISPONIBILIDADE DO PRÓPRIO CORPO

A Lei Civil veio dispor sobre os direitos da personalidade, tornando-os intransmissíveis e irrenunciáveis, criando também exceções a esta regra.

O art. 11 do Código Civil prescreve: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. Mas pelo enunciado nº 4, aprovado na Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, tal limitação seria possível desde que não seja permanente, nem geral. Admite, de modo implícito, sua relativa disponibilidade, no artigo 13, ao admitir doação de órgãos ou tecidos para fins terapêuticos e de transplante desde que não venha a lesar permanentemente a integridade física do doador, e sua vitaliciedade, ao prever no artigo 12, a possibilidade de se reclamar perdas e danos por lesão a direito de personalidade do morto pelo seu cônjuge sobrevivente e parentes.²⁸

Apesar da grande importância dos direitos da personalidade, o Código Civil, mesmo tendo dedicado a eles um capítulo, pouco desenvolveu sobre o assunto, embora, com o principal objetivo de preservar o respeito à pessoa e aos direitos protegidos constitucionalmente, não tenha sido taxativo.

No contexto do direito ao corpo, ocorre a autorização para transfusão de sangue. Conquanto este se reconstitua na medida das necessidades orgânicas, a transfusão está subordinada às condições do doador e de seu estado de saúde, e também indagações de ordem técnico-científicas. Ainda, não se admite o “comércio com sangue”, ou a “venda de sangue” (art. 199, § 4º, Constituição Federal).

No entanto, lembra Caio Mario da Silva Pereira:²⁹

Nada impede a cessão, mesmo onerosa de partes que se reconstituem naturalmente, como, por exemplo, os cabelos, nem tampouco a disposição de outras partes não reconstituíveis, desde que gratuitamente e para fins terapêuticos ou para transplantes (Código Civil, art. 13, parágrafo único). Essas partes, sem capacidade de reprodução orgânica, somente poderão ser removidas se a sua falta não prejudicar a saúde do doador, com as cautelas técnicas e a observância das exigências de lei especial, precedendo parecer médico.

O art. 13 e seu parágrafo único conheceram o direito de disposição de partes, separadas do próprio corpo em vida para fins de transplante ao preceituar que, “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial”. Aludido artigo está em harmonia com a Lei n. 9.434/97 (artigo 9º, §§ 3º a 8º), regulamentada pelo Decreto nº 2.268/97 (artigo 15, §§ 1º a 9º), prevê a doação voluntária (artigo 199, § 4º, Constituição Federal), feita por escrito e na presença de testemunhas - por indivíduo juridicamente capaz - de tecidos, órgão e parte do próprio corpo vivo para a realização em vida do doador de

²⁸ DINIZ, op. cit., p. 124.

²⁹ PEREIRA, op. cit., p. 252.

transplante ou tratamento, demonstrada a necessidade terapêutica do receptor companheiro, parente consaguíneo até o 4º grau ou qualquer pessoa inscrita na lista única de espera, através de autorização judicial, exceto no caso de medula óssea. Referida doação somente é permitida em se tratando de órgãos duplos, partes recuperáveis e regeneráveis ou tecido, cuja ablação não traga risco para a integridade física do doador nem afete suas aptidões vitais e saúde mental, de modo a não provocar deformação ou mutilação (artigos, 9º, §§ 9º e 4º Lei n. 9.434/97).

A princípio, as operações de mudança de sexo em transexual, são proibidas por causarem mutilação, esterilidade, perda de função sexual orgânica. Contudo, são lícitas as intervenções cirúrgicas para corrigir anomalias nas genitálias de intersexuais, assim como a retirada de órgãos e amputação de membros para salvar a vida do próprio paciente. Só por exigência médica será possível a supressão de partes do corpo humano para a preservação da vida ou da saúde do paciente. Consoante o Enunciado nº 6, aprovado na Jornada de Direito Civil, do Centro de Estudos Jurídicos do Conselho Federal: “A expressão exigência médica, contida no artigo 13, refere-se tanto ao bem-estar físico psíquico do disponente”. Desse modo, não se pode exigir que alguém se sacrifique em benefício de terceiro.³⁰

O atual Código Civil abarcou num só artigo a disponibilidade do corpo humano em vida e *post mortem* (artigo 14). Diz ser válida a disposição gratuita do próprio corpo no todo ou em parte, para depois da morte, para fins científicos e altruísticos. Destarte, a ato de disposição pode ser revogado a qualquer tempo. Frise-se que tal inteligência deve ser conciliada com as normas contidas na Lei especial nº 9.434 /1997, sendo ambos dependentes do previsto nos artigos 1º, III, e 199, § 4º, da Constituição Federal.

Portanto, pode a pessoa fazer disposições sobre o destino de seu corpo para depois da morte. Ainda que a personalidade cesse com a morte, a lei confere restrições à disposição total ou parcial do corpo *post mortem*, dependente do fim que deve ser científico ou altruístico.

A respeito da disposição do corpo, após a morte, diz Caio Mario da Silva Pereira:³¹

A disposição a respeito do destino do corpo ou de parte dele pode revestir a forma testamentária ou de ato entre vivos. Em qualquer caso, pode ser revogada, se por testamento, participa a natureza ambulatoria deste. Ao estabelecer a revogabilidade a qualquer tempo, teve em vista o artigo 14, em seu parágrafo único, o ato *intervivos* e independentemente de audiência ou assentimento de outrem.

Segundo art. 14 e parágrafo único do Código Civil fica evidente o princípio do consenso afirmativo, pelo qual cada um deve se manifestar sua vontade de doar seus órgãos e tecidos para depois de sua morte, com objetivo científico ou terapêutico, tendo o direito de, a qualquer tempo, revogar livremente essa doação *post mortem*.³²

Ainda em relação à proteção à integridade física, inclui-se o direito de rejeitar tratamento médico ou intervenção cirúrgica, tendo em vista o risco de vida, não podendo haver resistência a certa terapêutica por mero capricho, ou intenção de suicídio, ou motivos ideológicos. De outro lado, quando o médico perceba que o tratamento é inócuo, deve-se respeitar a oposição do paciente, fundada em razões admissíveis. Na hipótese de o enfermo estar impedido de decidir validamente, o poder de decisão passa para seus familiares.

Versa o art. 15 do Código Civil sobre o assunto, mas não reflete sobre os casos de perícia médica a ser feita no próprio corpo, com intuito de prova em juízo. Entende Caio

³⁰ DINIZ, op. cit., p. 127.

³¹ PEREIRA, op. cit., p. 204.

³² DINIZ, op. cit., p. 130.

Mario da Silva Pereira que o mesmo princípio deve prevalecer, uma vez que o indivíduo tem o direito de se opor à sua realização, não podendo, contudo, aproveitar da recusa.³³

Resta evidente que se tutela não só a integridade física, melhor dizendo, os direitos sobre o próprio corpo vivo ou morto, protegendo-o contra o poder de sua disposição, com exceções já comentadas, mas também a inviolabilidade do corpo humano, posto que ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica.

2.4 DAS EXCEÇÕES À INDISPONIBILIDADE DO PRÓPRIO CORPO

2.4.1 Da Voluntariedade

O direito sobre o próprio corpo, por não ser inteiramente patrimonial e sim pessoal, de caráter especial, tendo por substância a livre disposição do corpo dentro dos limites previstos no ordenamento jurídico.

Neste ponto, interessante advertir que o tema tratado não é tão recente, como bem lembra Antonio Chaves:³⁴

O tema do direito à disposição do próprio corpo não é tão novo quanto parece. Desde o precedente literário do ‘mercador de Veneza’ até os tempos atuais ele tem passado do puro âmbito especulativo para uma prática concreta, que impõe a intervenção de normas jurídicas. Assim é que a simples situação fática, indiferente ao direito em determinada época, adquire relevância jurídica quando a comunidade atribui transcendência social, como aconteceu com a transfusão de sangue, um verdadeiro precedente do transplante de órgãos.

O direito à própria pessoa foi admitido por Windscheid, alegando que do mesmo modo como a vontade da pessoa é crucial para a disposição da coisa, também o é para a própria pessoa.³⁵

Parte-se da noção de autonomia privada, que concede aos particulares o poder de disciplinar seus interesses, por meio dos negócios jurídicos. A respeito desta autonomia no âmbito dos direitos da personalidade, prevê o artigo 11 do Código Civil: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. Assim sendo, a regra é a impossibilidade de haver limitação voluntária aos direitos da personalidade, com exceção das hipóteses previstas em lei.

Explica Adriano Marteleto Godinho:³⁶

O titular do direito da personalidade tanto pode abster-se do direito de defesa ou de impor a cessação ou reparação dos danos, como pode, pela via negocial, ir além e permitir que terceiros interfiram sobre seus direitos da personalidade. É possível que estes atos respeitem à integridade física (autorização para submissão a experiências com novos medicamentos, o que pode gerar, inclusive, riscos à própria vida), ao nome (autorização para seu uso em propagandas comerciais), à imagem ou à privacidade (como se passa nos *reality shows*).

³³ PEREIRA, op. cit., p. 255.

³⁴ CHAVES, Antônio Chaves. *Direito à vida e ao próprio corpo*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 87.

³⁵ Ibid., p. 87.

³⁶ GODINHO, Adriano Marteleto. Phronesis: revista de direito da FEAD. *Pessoa, personalidade e direitos da personalidade*. v. 5 . p. 10-40. Janeiro/Dezembro. 2009. p. 22.

O que se deve discutir é a validade destas hipóteses, pois caso se alcance a conclusão de que a permissão para a prática de tais atos acarretará o aviltamento da dignidade humana, é de se considerar nula qualquer disposição neste sentido.

O assunto provocará distintas conclusões, de acordo com os diversos direitos da personalidade individualmente ponderados. Atinente ao direito à vida, não é permitido, a princípio, praticar atos voluntários inclinados a suprimi-la. Pode-se, porém, aceitar a validade de um negócio que envolva experimentos. No caso, há uma característica que extrai qualquer ilicitude ao ato: a nobreza do seu intento.

Mister se faz retornar ao art. 11 do Código Civil, que além de declarar “intransmissíveis” os direitos da personalidade, acrescentou serem estes “irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

Todavia, o dispositivo em tela não pode ser interpretado em sua literalidade, nesse ponto, destaque-se o entendimento de Anderson Schreiber:³⁷

Eis o detalhe crucial: a vontade individual, por si só, não é um valor. Trata-se de um vetor vazio. Ao jurista compete verificar a que interesses a vontade atende em cada situação concreta. A ordem jurídica não é contra ou a favor da vontade. É simplesmente a favor da realização da pessoa, o que pode ou não corresponder ao atendimento da sua vontade em cada caso concreto. Se a dignidade humana consiste, como se viu, no próprio ‘fundamento da liberdade’, o exercício dessa liberdade por cada indivíduo só deve ser protegido na medida em que corresponda a tal fundamento. Em outras palavras: a autolimitação dos direitos da personalidade deve ser admitida pela ordem jurídica quando atenda genuinamente ao propósito de realização da personalidade do seu titular. Deve, ao contrário, ser repelida, sempre que guiada por interesses que não estão própria ou imediatamente voltados à realização da dignidade daquela pessoa.

Nesse sentido, é fundamental o Enunciado nº 4, aprovado na I Jornada de Direito Civil, organizada pelo Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal. Em sentido inteiramente oposto à parte final do art. 11 do Código Civil, o enunciado afirma: “O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente em geral.”

A concretização da doação e da recepção de órgãos é decisão exclusiva, concomitantemente, do doador e do receptor não podendo ser imposta. Trata-se do consentimento informado, isto é, na concordância do paciente, após uma explicação completa e detalhada sobre a intervenção médica (natureza, objetivos, métodos, duração, justificativa, protocolos atuais de tratamento, contraindicações, riscos e benefícios, métodos alternativos e nível de confidencialidade de dados) em linguagem adequada, para que ele entenda todas as informações. A inexistência de consentimento para a retirada de órgão caracteriza crime de lesão corporal grave, bem como de responsabilidade civil do médico (ressalvadas as hipóteses do tratamento ser previsto em lei, quando o médico é obrigado a prestar o devido socorro e no caso de estado de necessidade).³⁸

Além da duração, do alcance e da intensidade da autolimitação, é imprescindível observar a sua finalidade. Qualquer limitação voluntária do exercício de um direito da personalidade deve estar vinculada a um interesse direto e imediato do seu próprio titular.

³⁷ SCHREIBER, op. cit., p. 16-17.

³⁸ FURLAN, Alessandra Cristina; PAIANO, Daniela Braga. *Disposição de órgãos para fins de transplante ou tratamento*. Disponível em <<http://intertemas.unitedo.br/revista/index.php/INTERTEMAS/article/viewFile/2617/2406>>. Acessado em 10 de novembro de 2011.

2.4.2 Da Contrariedade ao *Publico Consensu*

A expressão cultural através do corpo, por meio da *bodyart* ou *body modification* não é atual.

Anderson Schreiber traz exemplos das duas expressões, primeiro, lembra do caso em que uma estudante de artes plásticas decidiu tatuar o corpo com manchas pretas imitando o couro de uma vaca holandesa malhada. Segundo a estudante, sua atitude decorreu da necessidade de protestar contra a incapacidade digestiva do ser humano: “Não digerimos bem as ideias que recebemos de filmes, livros, jornais; as vacas, ao contrário, digerem o bolo alimentar duas vezes”.³⁹

Muitos qualificariam tal demonstração de contrária aos bons costumes. No entanto, a noção de bons costumes não é uma questão fácil, lembra o autor mencionado:⁴⁰

[...] no direito e na vida, a noção de bons costumes afigura-se tão ampla e vaga que pode abarcar qualquer atitude que se desvie um pouco mais do padrão habitual de comportamento. Historicamente, a expressão foi usada para dar suporte jurídico ao conservadorismo das classes dominantes e à rígida manutenção do *status quo*, o que levou ao seu progressivo abandono pela produção legislativa e acadêmica mais recente. Seu ressurgimento no Código Civil explica-se menos por uma renovação do conceito de bons costumes que pela já mencionada desatualidade do projeto que deu origem à codificação de 2001.

A dignidade da pessoa humana deve limitar essa disponibilidade. Todavia, a dignidade da pessoa humana também não é um conceito objetivo, absoluto, geral, possível de ser abstraído em padrões morais de conduta e a serem impostos a todos as pessoas.

Em matéria de disposição do próprio corpo, é preocupante a menção aos bons costumes, o art. 13 emprega o termo com desígnio proibitivo. Pode-se afirmar que a chamada *bodyart* não constitui intervenção física grave o bastante para atrair a proibição jurídica do ato. Impedir alguém que tatue ou decore seu corpo incidiria em grave atraso.⁴¹

Quanto à *body modification* é expressão que compreende diversos meios de alteração no próprio corpo por motivos não-médicos. Comumente ligada a fins estéticos, místicos ou religiosos, abrange desde pequenas intervenções, como alongamento de lábios, até modificações mais radicais, como as sofridas por Erik Sprague, um ex-candidato a doutorado na Universidade de Albany que se expôs a consecutivas cirurgias com o escopo de se parecer com um lagarto.⁴²

Na realidade, tais modificações não passam de um modo, pouco convencional, de fazer os outros meditem sobre a condição humana. Há quem pense que uma modificação tão drástica do próprio corpo contraria os bons costumes. Não se pode deixar de falar, nada obstante, de outras práticas de alteração corporal já acolhidas pela sociedade, como a perfuração de orelhas para o uso de brinco, além de outras que foram rejeitadas no início, como as cirurgias estéticas.

Lembra Anderson Schreiber:⁴³ “os bons costumes são, antes de tudo, costumes. E o direito não deve se prestar a proibir tudo aquilo que não seja costumeiro, sob pena de abandonar sua tarefa mais elevada: a de ser instrumento de transformação social.”

As técnicas como *bodyart* e o *bodymodification* não podem ser rejeitadas pelo direito, por mais estranhas que possam parecer ao padrão estético. Em uma sociedade plural, conferir

³⁹ SCHREIBER, op. cit., p. 35.

⁴⁰ Ibid., loc. cit.

⁴¹ Ibid., loc. cit.

⁴² Ibid., p. 37.

⁴³ Ibid., p. 38.

disposição proibitiva a uma noção tão confusa como “bons costumes” traz atitudes que podem travar expressões artísticas, sejam de manifestação intelectual ou de entretenimento.

2.4.3 Das Cirurgias Estéticas

A atividade cirúrgica é um dos mais antigos ramos da medicina. A intervenção médica por meio de incisão e dissecação cirúrgicas foi e é, na história da medicina, um dos principais métodos de cura.

Referências históricas sobre cirurgia plástica mostram casos de intervenções determinadas por doença, má formação congênita ou deformidades; a cirurgia plástica surgiu tendo como principal fim a cura de moléstia.⁴⁴ Atualmente, a cirurgia plástica exerce também outro papel: o de embelezar, de deixar mais aprazível o aspecto corporal do paciente, que, muitas vezes, não padece de nenhuma doença, mas se submete à cirurgia apenas para, em seguida, sentir-se estética e psicologicamente melhor. Na primeira hipótese, quando há uma enfermidade a ser curada, chama-se de cirurgia plástica reparadora. Quando o médico interfere em um corpo sadio, exclusivamente com o desígnio de embelezá-lo, é a plástica estética.

No Brasil, o Conselho Federal de Medicina e a Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica consideram a cirurgia estética como intervenção cirúrgica com uma causa e um fim normalmente terapêuticos e legítimos, que visam a melhorar a qualidade de vida do paciente. Defendem que a responsabilidade do cirurgião estético limita-se à adequada utilização da técnica cirúrgica. Contudo, tal posição é contrária a da doutrina e jurisprudência majoritárias sobre a atividade do cirurgião estético. Assim, a maioria considera a atividade do cirurgião - na cirurgia estética - uma obrigação de resultado.

Sobre a diferença entre as duas obrigações (de meio e de resultado), leciona Graeff-Martins:⁴⁵

A diferença substancial da obrigação de meio para a de resultado – classificação feita por Demogue e lecionada por Mazeaud e André Tunc – consiste em que na primeira, o profissional assume prestar um serviço ao qual dedicará atenção, cuidado e diligência exigidos pelas circunstâncias, de acordo com seu título, com os recursos de que dispõe e com o desenvolvimento atual da ciência, sem se comprometer com a obtenção de um resultado. No caso do profissional médico, este se obriga a envidar seus melhores esforços e usar todos os meios indispensáveis à obtenção da cura do doente, mas sem jamais assegurar o resultado, ou seja, a própria cura.

Lembre-se que a profissão é regida pela *Lex Artis ad hoc*, que segundo Miguel Kfoury Neto é:⁴⁶

[...] o critério valorativo da correção do ato concretizado pelo profissional da medicina – arte ou Ciência Médica – visando a verificar se atuação é compatível – ou não – com o acervo de exigências e a técnica normalmente requeridos e para determinado ato, observando-se a eficácia dos serviços prestados e a possível responsabilidade do médico/autor pelo resultado obtido.

O julgador, destarte, precisa conhecer a *Lex Artis ad hoc* para verificar se o procedimento indicado para aquele ato, do qual sobreveio o resultado lesivo, foi ou não

⁴⁴ GRAEFF-MARTINS, Joana. Revista de direito privado. *Cirurgia plástica estética: natureza da obrigação do cirurgião*. V. 10. N. 37. P. 105-129. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 107.

⁴⁵ GRAEFF-MARTINS, Joana. p. 109.

⁴⁶ KFOURI NETO, 1998 apud GRAEFF-MARTINS, op. cit., p. 110-111.

apropriado, atencioso, cuidadoso e diligente, munido, para tanto, de informações de perícia médica e também de autores consagrados da especialidade médica em apreço.

Nesse ponto, torna-se importante trazer o conceito de iatrogenia, que de acordo com Joana Graeff-Martins é:⁴⁷

[...] fato natural, que não contém qualquer qualificação, nem está afeto a qualquer contingente interno. Não é um fazer não permitido ou um não fazer quando devia, mas apenas e simplesmente um acontecimento no mundo físico, um acontecimento ou resultado danoso decorrente de atuação médica. É, em realidade, um ato jurídico em sentido estrito (espécie de fato *lato sensu*), pois gera consequências jurídicas porque previstas em lei, e não pela vontade das partes. É um acontecimento no mundo físico, originalmente lícito e permitido. É nada mais, nada menos do que uma ocorrência causada pela atuação médica, consequência danosa resultante da atuação médica normal ou anormal.

A iatrogenia, assim, é ato lícito e permitido por ser o meio pelo qual se busca a cura e o resultado favorável.

Há, entretanto, iatrogenias decorrentes de fatores individuais e próprios do paciente: da sua maior sensibilidade e reação a determinados procedimentos ou medicamentos, das idiossincrasias do seu organismo ou de seu psiquismo e da maior demora na recuperação, que, embora muitas vezes previsíveis, não têm a menor relação de causa e efeito com a atuação do médico, a técnica empregada ou o atual estado da ciência.

Acredita Ruy Rosado Aguiar Jr. que a obrigação do cirurgião estético é uma obrigação de meio. Diz ele:⁴⁸

O acerto está, no entanto, com os que atribuem ao cirurgião estético uma obrigação de meios. Embora se diga que os cirurgiões plásticos prometam corrigir, sem o que ninguém se submeteria, sendo são, a uma intervenção cirúrgica, pelo que assumiriam eles a obrigação de alcançar o resultado prometido, a verdade é que a álea está presente em toda intervenção cirúrgica e imprevisíveis as reações de cada organismo à agressão do ato cirúrgico. Pode acontecer que algum cirurgião plástico, ou muitos deles, assegurem a obtenção de um certo resultado, mas isso não define a natureza da obrigação, não altera a sua categoria jurídica, que continua sendo sempre a obrigação de prestar um serviço que traz consigo o risco.

A falta de uma informação precisa acerca dos riscos e a não obtenção de consentimento plenamente esclarecido conduzirão eventualmente à responsabilidade do cirurgião por descumprimento culposo da obrigação de meios, além da quebra de um dos deveres de informação, da dinâmica relação contratual orientada pela boa-fé objetiva.

Ademais, o Código de Ética Médica proíbe ao médico, por ser tal atitude contrária ao costume e à ética profissional, dar expectativa de resultado ao paciente em qualquer prática médica. A conduta de garantir pleno êxito, na cirurgia é ilegal, contrário ao mundo jurídico.

O dever de informação, na relação médica em exame, consiste especialmente na conveniente comparação entre riscos e os benefícios de uma operação estética, no fornecimento de todos os riscos e do elenco das iatrogenias existentes.

Assim, incorrerá em responsabilidade o médico que, conhecendo o desequilíbrio entre o que muito se arrisca e o pouco que se espera obter, executar uma intervenção cirúrgica eminentemente estética, ainda que conte com o consentimento do paciente e mesmo tal assentimento tenha sido manifestado após uma correta e completa informação. Terá ele

⁴⁷ Ibid., p. 113.

⁴⁸ AGUIAR JUNIOR, 1995 apud GRAEFF-MARTINS, op. cit., p. 118-119.

falhado justamente no emprego dos métodos adequados e dos cuidados zelosos da saúde física e mental do paciente, exigidos pela boa técnica médica.⁴⁹

Por isso é que a particularidade que existe na cirurgia estética é exatamente o recrudescimento do dever de informar, uma vez que a informação deve ser exaustiva, a demonstrar cabalmente um equilíbrio entre vantagens e desvantagens.

2.4.4 “Mudança” de sexo

Os diferentes conceitos de transexualidade têm como denominador comum a não compatibilização do sexo biológico com a identificação psicológica sexual no mesmo indivíduo.⁵⁰

Ainda hoje vistas com desconfiança, por grande parte dos tribunais, as cirurgias de transgenitalização passaram a contar com maior aceitação a partir da Resolução 1.652/2002 do Conselho Federal de Medicina. Segundo a aludida Resolução, as cirurgias de transgenitalização são autorizadas “como tratamento dos casos de transexualismo”, exigindo-se o “diagnóstico de disforia de gênero”, caracterizado pelo “desconforto com o sexo anatômico natural” e pelo “desejo de mudar de sexo capaz de levar à automutilação ou autoextermínio”.

A questão envolvendo o transexual permeia os direitos da personalidade, uma vez que se situa na esfera do direito à vida, notadamente no que tange à felicidade pessoal – fim precípua do Estado; o direito à identidade de gênero; à intimidade; à livre expressão sexual; à integridade física e psíquica; ao decoro; o direito à privacidade, entre tantos outros que visem possibilitar a plena inserção do indivíduo na sociedade.⁵¹

Acerca da gradação dos sexos, elucida Adriana C. do Rego Freitas Dabus Maluf:⁵²

Aceita-se hoje a existência de uma gradação de vários estados sexuais compreendidos entre as duas entidades extremas: o homem e a mulher, podendo-se identificar o sexo dos indivíduos de diversas maneiras preponderantes: o sexo cromossômico ou genético, pela análise dos cromossomos (conformação XX na mulher ou no XY no homem), ressalva feita aos casos de intersexualidade, o sexo cromossômico ou genético, pela análise dos cromossomos (conformação XX na mulher ou XY no homem); o sexo nuclear, estabelecido pelo exame da cromatina sexual (o sexo cromatínico aponta para características feminizantes, ausentes nos cromossomos masculinos, o corpúsculo de Baar); o sexo psicológico ou social, definido pelo comportamento; o sexo jurídico, que se estabelece em face das relações assumidas na vida jurídica; o sexo jurídico, que se estabelece em face das relações assumidas na vida jurídica; o sexo hormonal, que se apresenta em face dos hormônios circulantes provenientes das glândulas sexuais, que por sua vez indicam todos os caracteres sexuais somáticos, funcionais ou psíquicos.

A operação de mudança de sexo recebe amparo legal pela Resolução de nº 1.492/97 do Conselho Federal de Medicina. Antes disso, em 1979 foi apresentado um Projeto de Lei de autoria do deputado José de Castro Coimbra que visava regulamentar na esfera jurídica a problemática das pessoas transexuais. Apesar de aprovado pelo Congresso Nacional, foi vetado pelo Presidente da República João Figueiredo.⁵³

⁴⁹ Ibid., p. 123.

⁵⁰ SUTTER, Matilde Josefina. Determinação e mudança de sexo. Aspectos médico-legais. São Paulo. RT. 1993. p. 105.

⁵¹ MALUF, Adriana C. do Rego Freitas Dabus. *Curso de bioética e biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 257.

⁵² Ibid., p. 254-255.

⁵³ Ibid., p. 257.

Até setembro de 1997, a cirurgia e demais procedimentos eram considerados medidas não éticas e passíveis de punição pelo Conselho de Medicina e também pelo Poder Judiciário, como crime de lesão corporal.

Em 2002, o Conselho Federal de Medicina aprova nova Resolução de nº 1.652/02, que amplia o já disposto na Resolução anterior, revogando-a expressamente.

Conforme disposição expressa dessa Resolução, está liberada eticamente aos médicos a realização da cirurgia transgenital em pacientes maiores e capazes, que se sintam em desconforto com seu sexo originário e que tenham sido submetidos à terapia por, no mínimo, dois anos e que venham recebendo acompanhando de equipe multidisciplinar (onde convivem com pessoa do sexo oposto antes da realização cirúrgica) e que apresentem desejo compulsivo de eliminar a genitália externa, além de perder os caracteres primários e secundários do sexo originário e adquirir os do outro sexo; apresentem permanente distúrbio de identidade sexual de forma contínua por, no mínimo, dois anos, além da ausência dos outros transtornos mentais.⁵⁴

Inicialmente, o Conselho Federal de Medicina declarou inadmissível a cirurgia redesignatória, uma vez que entendia que ela ofendia valores éticos que as sociedades médicas deveriam preservar; entendia que sob o ponto de vista anatômico, a cirurgia não era corretiva, mas mutiladora, constituindo lesão, na esfera penal.⁵⁵

Posteriormente a resolução do Conselho Federal de Medicina reconheceu essa cirurgia como correta e adequada; adaptando os seus resultados ao princípio da liberdade e ao reconhecimento da dignidade humana como um dos fundamentos do artigo 1º, III, da Constituição Federal. Portanto, o cenário do transexual mudou. A jurisprudência pátria vem consolidando o direito personalíssimo da alteração (ou adequação) do sexo biológico ao sexo psíquico.

Percebe-se que a cirurgia de mudança de sexo é lícita no Brasil, desde que um médico ateste o estado patológico do seu paciente.

2.4.5 Exigências do Interesse Público

Diferentemente do direito à vida, que é um direito indisponível, o direito à integridade do homem pode, dentro de certos limites, ser disponível, embora seja um direito absoluto. O indivíduo pode consentir em dispor de sua integridade física desde que desta disponibilidade não resulte em uma diminuição permanente da integridade física ou que não seja contrária à lei e aos bons costumes. Esta disponibilidade que o indivíduo possui sobre seu próprio corpo chegou, nos últimos anos, a tal excesso, transformando-se o corpo humano em objeto de comércio.⁵⁶

Pode-se dividir a matéria em dois grupos:⁵⁷

Atos ilícitos – Os atos ilícitos em relação ao próprio corpo dizem sempre respeito ao corpo vivo, não se aplicando à categoria ao corpo morto. Assim, constituem-se atentados à integridade física do indivíduo todos os atos que comprometem a conservação do ser humano, a exemplo dos duelos, dos contratos que permitem a eutanásia ou que causem uma mutilação resultante na diminuição permanente da integridade física. A doutrina em geral, tem-se manifestado no sentido de não haver qualquer razão para vedar a pessoa de dar um caráter oneroso aos atos de disposição de seu corpo.

Atos ilícitos – Neste grupo estão compreendidos todos os atos que não se constituam em um atentado à conservação do indivíduo, a exemplo da venda do próprio cabelo,

⁵⁴ Ibid., p. 259.

⁵⁵ Ibid., p.263.

⁵⁶ SZANIAWSKI, op. cit., p. 476.

⁵⁷ Ibid., p. 477-478.

do contrato de aleitamento, da transfusão de sangue, plasma e seus derivados, da venda de esperma humano para centros de estudo e bancos de conservação de esperma para a inseminação artificial etc. Devemos observar que esses tipos de contratos não visam uma finalidade terapêutica, são meros atos de disposição do próprio corpo ou partes do mesmo, mas que são lícitos por não trazerem nenhuma diminuição permanente à integridade física. Aliás, 'o direito à integridade física não alcança o que se regenera ou cresce sempre'.

Verifica-se que alguns atos podem atentar à conservação do indivíduo ou lhe trazer riscos. Sua licitude, todavia, não será questionada se eles preencherem certas condições, que devem ser rígidas. Trata-se de determinados tipos de contratos médico-cirúrgicos, e, especialmente, aqueles que versam sobre o transplante de órgãos, a cirurgia estética ou nas intervenções cirúrgicas com a finalidade de "adequação do sexo" em casos de transexualismo. Com a presença de objetivos profiláticos, o atentado à integridade da pessoa é legitimado e com a condição de que exista um equilíbrio entre os riscos da intervenção cirúrgica e o benefício que se espera.

Deve-se anotar que o Decreto nº 2.268/97 prevê, pelo art. 20, que a retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo vivo seja precedida da comprovação de comunicação ao Ministério Público.

Resta evidente que o Estado, em se tratando da tutela à integridade física, tem interesse na questão, motivo pelo qual regula qualquer ato que venha a trazer modificações ou riscos, como por exemplo, as cirurgias para mudança de sexo, os transplantes de órgãos etc.

Não é à toa, que a voluntariedade foi tratada no art. 11 do Código Civil, comenta Anderson Schreiber que:⁵⁸

Tomado em sua literalidade, o dispositivo negaria qualquer efeito ao consentimento do titular no campo dos direitos da personalidade. Compreende-se o receio do legislador. A experiência histórica [...] demonstra que, deixados inteiramente livres, os homens acabam por renunciar aos seus direitos mais essenciais, 'concordando', por força da necessidade, com situações intoleráveis. Não se trata de uma preocupação ultrapassada, como se pode verificar, a título meramente ilustrativo, dos inúmeros casos de venda de órgãos humanos que, mesmo sendo proibida por lei, ainda ocorre clandestinamente no Brasil e no exterior. Para atender às suas necessidades e de suas famílias, o ser humano é capaz de sacrifícios extremos.

Note-se que o Código Civil não desejou prejudicar a pessoa humana com um com um excesso paternalista, mas protegê-la das consequências da própria vontade.

Já na esfera penal, cabe à autoridade policial a tarefa de coletar provas para a instrução do processo penal, cuja responsabilidade se resume na identificação, fichamento, busca e classificação de suspeitos, feitura de fotografias e mensuração do corpo e captação de impressões digitais, mesmo contra a vontade expressa do indiciado. Os meios de prova citados são considerados legais e admitidos pelo direito. Outros tipos de provas que se classificam entre as provas biológicas e técnicas têm sido rejeitados pela maioria das legislações.⁵⁹

Ainda no campo penal, tem-se buscado o auxílio das ciências naturais e da técnica para a realização dos meios de instrução processual, com a ajuda de médicos, biólogos, tecnólogos, aplicando-se a medicina legal na realização de exames de sangue para verificação da dosagem alcoólica do infrator, nos exames de sanidade física e mental dos delinquentes, nos exames de lesões corporais, nos exames de corpo de delito, entre outros. A lei processual

⁵⁸ SCHREIBER, op. cit., p. 26.

⁵⁹ Ibid., p. 482.

regula mais de uma dúzia de espécies de exames têm por escopo a constituição da prova penal, possuindo estes exames, às vezes, semelhantes com os exames médicos, corporais e hematológicos realizados no juízo cível, pois seu objetivo é o cumprimento de um interesse público superior, que se traduz na busca da verdade, na luta contra o crime⁶⁰

O fundamento que justifica a prática desses atos contra a integridade psicofísica do indivíduo, desde que lícita, se resume na ideia do surgimento de um poder determinado para sociedade, a ser exercido pelo Estado, no sentido de aplicar penas corporais no indivíduo condenado pela prática de delitos.

Contudo, há a intangibilidade dos elementos imprescindíveis à conservação do indivíduo, ainda que haja um interesse público necessário.

2.4.6 Disposições para fins de Transplante

A atual Lei dos Transplantes (Lei nº. 9.434/97) dispõe sobre a retirada de órgãos e partes do corpo humano, com fins de transplante ou tratamento, em vida do doador ou após a sua morte. Os transplantes deverão ser efetuados por estabelecimento de saúde, público ou privado, e por equipes médico-cirúrgicas de remoção e transplante previamente autorizados pelo órgão de gestão nacional do Sistema Único de Saúde (artigo 2º).

Sobre as doações em vida para pessoas que não sejam cônjuges ou parentes do doador, a Lei 10.211 alterou o artigo 9º da Lei 9.434 para passar a exigir a autorização judicial, dispensada apenas em caso de medula óssea.

Pela lei, a gestante somente poderá dispor de tecido para ser usado em transplante de medula óssea, desde que tal ato não afete sua saúde e a do feto (artigo 9º, § 7º). Aquele que for incapaz, com compatibilidade imunológica comprovada, pode doar, havendo consenso dos seus pais ou do representante legal, dispensando-se hoje autorização judicial, em caso de medula óssea, que não venha a lesar sua saúde (Lei n. 9434/97, artigo 9º, § 6º). O ato de disposição de órgão e tecido em vida do doador é revogável por ele ou pelo seu responsável legal, a qualquer tempo, antes de sua concretização (Lei n. 9.434/97, artigo 9º, § 5º), ou seja, antes da intervenção cirúrgica. Isto é assim porque não se pode admitir execução coativa, uma vez que é inadmissível, juridicamente, impor a alguém a obrigação de dispor de sua integridade física.⁶¹

O autotransplante pode dar-se com a anuência da própria pessoa, ou, se ela for incapaz, de seus pais ou responsável legal (Lei n. 9.434/97, artigo 9º, § 8º).

É preciso, ainda, que, antes do transplante ou enxerto, haja expresse consentimento do receptor, ou de seu representante legal, se incapaz, devidamente instruído, em termos compreensíveis da excepcionalidade da medida e dos riscos que podem advir (Lei 9.434/97, artigo 10 e parágrafo único, Decreto nº 2.268/97, artigo 22, §§ 1º e 2º).

A doação de órgãos, feita pela pessoa em vida, será livremente realizada, desde que o beneficiário seja seu cônjuge ou parente até o quarto grau. Para beneficiar outras pessoas, será necessária autorização judicial. Também o § 3º do art. 7º dispõe que só é permitida a doação quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade. Além disso, o ato não pode representar grave comprometimento das aptidões vitais e saúde mental do doador, nem causar mutilação ou deformação inaceitável (o que atentaria contra os bons costumes) e deve corresponder a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável ao receptor. Segundo a lei, portanto, atos de mero capricho ou mesmo de heroísmo não têm validade e, se praticados, podem sujeitar seus partícipes a

⁶⁰ Ibid., loc. cit.

⁶¹ DINIZ, op. cit., p. 128.

responder civilmente.⁶²

A disposição do corpo, em vida ou morte, deve ser ato gratuito, pela própria natureza dos bens em questão. No entanto, em se tratando de partes separáveis e renováveis do corpo humano, não é vedada a sua retirada. Depois da separação, assumem o caráter de coisas, que, excepcionalmente, podem conter valor econômico.⁶³

Não obstante, considerando-se o risco decorrente dessa espécie, ela só é admitida quando presentes alguns requisitos. O primeiro requisito dessa espécie cirúrgica diz respeito à necessidade terapêutica do receptor. A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo humano somente será permitida se corresponder à necessidade terapêutica comprovadamente indispensável e inadiável, do indivíduo receptor. É primordial que não haja alternativa de tratamento para o doente.⁶⁴

O sangue, o óvulo e o espermatozoide não estão compreendidos entre os tecidos de que trata a Lei nº 9.434/97. O tratamento diferenciado em relação ao sangue explica-se em razão da simplicidade do procedimento.⁶⁵

A Lei 10.205/2001 tratou de regulamentar o § 4º do artigo 199, Constituição Federal, relativo à coleta, processamento, estocagem, distribuição e aplicação do sangue, seus componentes e derivados. Quanto ao espermatozoide e óvulo, a Resolução nº 1.358/1992, do Conselho Federal de Medicina, adotou normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida. Frise-se que em ambas, foi proibido o caráter comercial ou lucrativo da doação.

A doação para retirada em vida está condicionada à existência, entre doador e receptor, de um vínculo familiar. Trata-se de requisito que visa a impedir a comercialização de partes do corpo. Presume-se que o vínculo familiar entre doador e receptor assegura a natureza altruística do ato e afasta a eventualidade da comercialização. Se não forem parentes, pode o juiz autorizar o transplante dando à norma legal em referência interpretação teleológica e extensiva.

3 DO DIREITO AO PRÓPRIO CORPO MORTO. LEI DE TRANSPLANTES (LEI Nº 9.434, DE 04.02.97 E LEI Nº 10.211, DE 23.03.01)

A morte é um fenômeno natural necessariamente apreendido pelo direito que condiciona o fim da personalidade, como o nascimento condiciona a aquisição.

A personalidade jurídica se adquire ou se perde em função da qualidade de ser humano vivo. Com a morte, deixa-se o cenário jurídico, não sendo mais sujeito de direito, uma vez que o cadáver é a essência material de uma ex-pessoa (no sentido jurídico).⁶⁶

Contudo, o desaparecimento da personalidade jurídica do defunto não é tão absoluto, na medida em que o direito admite certa sobrevivência, além da morte, da sua personalidade jurídica.

Existe dificuldade em se demonstrar o exato momento da morte, uma vez que morrer é um processo. A evolução da ciência médica permite manter o indivíduo entre a vida e a morte. Contudo, a constatação do momento da morte é importante para o transplante de órgãos e tecidos.⁶⁷

⁶² GODINHO, op. cit., p. 23.

⁶³ Ibid., loc. cit..

⁶⁴ SÁ, 2003 apud FURLAN; PAIANO, loc. cit.

⁶⁵ BARRETO, Wanderlei de Paula ; LUKACHEWSKI, Wanderlei Junior. *Doação de órgãos e partes do corpo*. Disponível em <<http://cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/1877/1255>>. Acessado em 10 de nov. 2011.

⁶⁶ VIEIRA, Tereza Rodrigues (Organizadora). *Ensaio de bioética e direito*. Brasília: Ed. Consulex, 2009. p. 203.

⁶⁷ Ibid., p. 198.

O Parecer nº. 12/98 do Conselho Federal de Medicina (CFM), de 17 de junho de 1998, considera a morte encefálica como o momento do óbito e traz o seguinte excerto: “Os critérios para a verificação da morte encefálica não se aplicam apenas às situações de transplantes de órgãos. Os médicos devem comunicar os familiares a ocorrência, o significado da morte encefálica antes da suspensão terapêutica.”

Já a Resolução nº 1.480/1997, também do Conselho Federal de Medicina, determina que a parada total e irreversível das atividades cerebrais equivale à morte.

A Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos define o transplante “como um procedimento cirúrgico que consiste na reposição de um órgão ou tecido de uma pessoa doente – receptor – por outro órgão normal de um doador, morto ou vivo. É um tratamento que pode prolongar a vida com melhor qualidade, ou seja, é uma forma de substituir um problema de saúde incontrolável por outro sobre o qual se tem controle”⁶⁸

A disposição *post mortem* do próprio corpo está disciplinada no Capítulo II da Lei nº 9.434/97. É aquela cujos efeitos ocorrem após a morte do doador, ou seja, a retirada de tecidos, órgãos ou partes do corpo, para transplante ou tratamento, deverá ser precedida do diagnóstico de morte encefálica. Nessa espécie, embora ocorrida a morte encefálica, muitos de seus órgãos conservam temporariamente a sua funcionalidade e podem ser aproveitados no tratamento de outras pessoas (receptoras).⁶⁹

A morte encefálica deve ser constatada e registrada por dois médicos não integrantes das equipes de remoção e transplante. A lei permite a presença de médico da família do falecido no ato de comprovação e constatação da morte encefálica. Os critérios clínicos e tecnológicos serão os definidos por Resolução do Conselho Federal de Medicina. O Decreto nº 2.268/1997 determina que, dos dois médicos que comprovarem a morte encefálica, ao menos um seja especialista em neurologia, com título reconhecido no País. Os estabelecimentos de saúde deverão comunicar às centrais de transplantes do seu Estado a ocorrência, em suas dependências, de morte encefálica.⁷⁰

É importante acrescentar, ainda, que a retirada de tecidos, órgãos ou partes do corpo, no caso de morte sem assistência médica, de óbito em decorrência de causa mal definida ou situações similares, somente poderá ser procedida após a autorização do patologista do serviço de verificação de óbito e citada em relatório de necropsia.⁷¹

Atualmente, vigora a regra de que a doação depende de autorização de pessoa da família, cônjuge ou de qualquer dos seus parentes maiores, na linha reta ou colateral, até o segundo grau, inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte. Foi adotado o sistema do consentimento (*opting-in system*), o qual exige assim, a anuência expressa do doador ou de sua família.⁷²

Segundo Fábio Ulhoa Coelho, qualquer pessoa, em vida, pode manifestar a expressa vontade de não ser doadora, hipótese em que a retirada dos órgãos, tecidos ou partes não se realizará ainda que com a autorização familiar. Nos mortos não identificados, não se poderá fazer a captação ou retirada de elementos para transplante. Contudo, consoante a Lei n. 9.434/97, é a vontade da família que prevalece, até mesmo se contrária à vontade do *de cuius*.⁷³

Ressalte-se que o órgão é destinado ao tratamento da pessoa que se encontra em primeiro lugar na lista única de espera. Nem o doador tampouco a família podem escolher o receptor dos órgãos doados após a morte, a escolha é feita pelas centrais de transplantes. Deve

⁶⁸ BANDEIRA, 2001, apud FURLAN; PAIANO, loc. cit.

⁶⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v.1. p. 199.

⁷⁰ FURLAN; PAIANO, loc. cit.

⁷¹ Ibid., loc. cit.

⁷² AMARAL, op. cit., p. 266.

⁷³ FURLAN, loc. cit.

o futuro receptor sofrer de doença progressiva ou incapacitante, irreversível por outras técnicas terapêuticas. O transplante está sujeito à compatibilidade sanguínea e histocompatibilidade com o organismo de quem receberá a doação.

No final do Capítulo II, a lei determina que após a retirada de partes do corpo, o cadáver seja condignamente recomposto e entregue aos parentes ou aos responsáveis legais para o sepultamento.

Sobre a Lei nº 10.211/2001, Anderson Schreiber tece críticas:⁷⁴

Para regular tão importante matéria, o Congresso Nacional editou a Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Bastante avançada em sua redação original, a Lei 9.434 chegava a presumir, em seu art. 4º, a intenção de todas as pessoas de dispor, após a sua morte, de tecidos, órgãos ou partes do próprio corpo para transplante, 'salvo manifestação de vontade em contrário.' A inovação gerou polêmica, alimentada por grupos que se opõem à técnica dos transplantes quase sempre por razões religiosas. Como consequência, o Congresso Nacional acabou editando uma nova lei. A Lei 10.211, de 23 de março de 2001, modificou profundamente a legislação anterior. Além de suprimir a presunção da intenção de dispor dos órgãos, a Lei 10.211 criou novas exigências para o transplante que, na prática inviabilizam a sua realização.

Entretanto, o retrocesso mais grave da Lei 10.211 ocorreu no campo da disposição *post mortem*, isto é, na retirada de órgãos da pessoa após o seu falecimento. Alterando o artigo 4º da Lei 9.434, a referida lei determinou:

Art. 4º A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

Ainda, o citado autor complementa:⁷⁵

Tal interpretação subordina a autonomia corporal do indivíduo à vontade de terceiros, atribuindo a cônjuges e parentes um inusitado 'direito sobre o corpo alheio', capaz de prevalecer mesmo contra a vontade do falecido. Trata-se de grave atentado contra o valor constitucional da dignidade humana, que pressupõe a plena autodeterminação individual em tudo aquilo que não gere risco para si ou para a coletividade. Submeter a vontade do doador em matéria corporal à autorização do Estado-juiz (no caso de doação em vida) ou ao consentimento de cônjuge ou parentes (no caso da disposição *post mortem*) é desconsiderar a vontade individual naquilo que possui de mais próprio e íntimo: a sua autonomia corporal.

No entanto, apresenta solução para o problema:⁷⁶

O dispositivo aparentemente diz muito pouco e, por isso, tem sido desprezado em face da lei especial. Bem visto, contudo, o art. 14 afigura-se utilíssimo, por permitir uma construção interpretativa mais compatível com os valores constitucionais. Embora não tenha chegado a revogar expressamente a legislação especial, o dispositivo reconheceu sem qualquer ressalva a validade do ato de disposição gratuita do próprio corpo 'para depois da morte'. Como o Código Civil de 2002 é norma posterior à Lei 10.211, de 2001, o reconhecimento irrestrito de validade deve

⁷⁴ SCHREIBER, op. cit., p. 46.

⁷⁵ Ibid., p. 48

⁷⁶ Ibid., loc. cit.

assumir algum efeito inovador na ordem jurídica. Não se pode admitir que o legislador tenha trazido regra nova desprovida de qualquer utilidade simplesmente para confirmar o que a lei especial já afirmava.

Ante o exposto, se deduz que, para a utilização de tecidos, órgãos ou partes do cadáver humano, é imprescindível o consentimento para a prática do ato e a incontestabilidade da morte, assim como a finalidade terapêutica e a gratuidade da disposição

4 DO DIREITO DE SEPULTAR E SER SEPULTADO

A personalidade jurídica, segundo Sophie Gjidara-Decaix, se esvai com a morte que, constitui também um fato jurídico, com a redação de um atestado de óbito, último ato de estado civil de uma pessoa sem o qual não poderá ser sepultado regularmente.⁷⁷

Muito embora se afirme que com a morte ocorre a extinção da pessoa humana, e por consequência os direitos de personalidade, asseveram também que alguns desses direitos se estendem após o falecimento.

Assim, os direitos da personalidade se estendem após a morte, pois a família do falecido tem legitimidade para defender todos os direitos inerentes a personalidade que eles possuem.

No entanto, entende Elimar Szaniawski que:⁷⁸

[...] o Direito tem se ocupado em proteger o corpo humano após a morte no sentido de lhe dar um destino onde se mantenha sua dignidade. Este direito respeita aos parentes do morto, tratando-se de um direito familiar, diferente do tratamento que se dá às partes separadas do próprio corpo, e possui conotações e natureza de um direito de propriedade. O direito ao cadáver diz respeito ao próprio defunto, à sua memória, pois em certas ocasiões podem ocorrer atentados à memória do morto.

Entende referido autor que os direitos inerentes ao cadáver subsistem após sua morte, entretanto, afirma que a natureza que esses direitos possuem é de direitos da propriedade, e não de personalidade.

Contudo, Juliana Apyrgio Bertoncelo e Marcela Berlinck Silva Pereira dizem que tal alegação choca-se com as normas estabelecidas sobre aquele, haja vista que por propriedade entende-se o direito de usar, gozar ou fruir do bem como entender o proprietário, e na prática não funciona desta forma. E para isso cita o artigo 1º da lei n.º 9.434/97 que assevera que “a disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou *post mortem*, para fins de transplante e tratamento, é permitida na forma desta Lei”.⁷⁹

Frise-se que para o direito brasileiro o cadáver possui direito de personalidade, o que se constata através da interpretação do artigo 12 e parágrafo único do atual Código Civil Brasileiro. Observe-se:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.
Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

⁷⁷ GJIDARA-DECAIXA, 2007 apud BERTONCELO, Juliana Apyrgio; PEREIRA, Marcela Berlinck. *Direito ao cadáver*. Disponível em: <www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2502.pdf>. Acessado em 25 de agosto de 2011.

⁷⁸ SZANIAWSKI, op. cit., p. 303

⁷⁹ BERTONCELO; PEREIRA, loc. cit.

Assim, mesmo a morte, não extingue o respeito devido ao corpo humano, que deve ser protegido contra qualquer atentado à sua integridade, salvo casos expressos em lei.⁸⁰

Destaca-se que uma pessoa mesmo após a morte tem direito de proteção à honra, à imagem, a intimidade, a integridade física, enfim, podem ser protegidos todos os direitos inerentes a dignidade da pessoa.

Questão interessante é no caso da afronta aos direitos do morto, indaga-se quem seriam as pessoas legitimadas para defendê-los. Explicam Juliana Aprygio Bertonecelo e Marcela Berlinck Pereira:⁸¹

Levando-se em consideração que o cadáver não possui mais capacidade física para exercer seus direitos, estes serão transmitidos aos parentes mais próximos do falecido. Caso a ofensa a esses direitos tenha ocorrido antes do falecimento, sem que o falecido tenha ingressado com alguma ação, pode ser que os sucessores deste assim o façam, substituindo-o em seu direito. Da mesma forma ocorre quando a ofensa é irrogada após a morte, com a diferença de que os sucessores estão legitimados a realizar apenas a defesa da memória do falecido, devido a violação do direito, e não como substituto deste. A ordem de legitimidade está estabelecida no parágrafo único do art. 12, combinado com o artigo 943, ambos do Código Civil Brasileiro.

Portanto, as pessoas legitimadas a atuarem em nome do falecido são: o cônjuge, descendentes, ascendentes e os colaterais em linha reta até o 4º grau, sendo atribuído este direito por exclusão, ou seja, primeiramente cabe ao cônjuge, na falta deste, aos descendentes e assim sucessivamente.

Ressalta-se que o enunciado 275 do CEJ, sobre este assunto, complementa que “o rol dos legitimados de que tratam os artigos 12, parágrafo único, e 20, parágrafo único, do Código Civil também compreende o companheiro”.

Destarte, quem tem direito de decidir qual a destinação do corpo após a morte é o próprio sujeito, através da manifestação de última vontade, onde pode constar a vontade do sujeito enquanto vivo sobre o que será feito com seu corpo.

Não existindo uma disposição expressa do próprio morto sobre a sua destinação após a morte, cabe a família, na ordem já estabelecida, decidir o que será feito.

Todavia, caso exista a declaração de vontade deixada pelo *de cujus* essa deve obrigatoriamente ser respeitada. Caso essas disposições estejam em consonância com a ordem pública e privada, deverá ela predominar.

Pode também esta manifestação determinar sobre a doação de órgãos ou partes do corpo para os doentes que necessitam de um transplante.

Estabelecendo a doação de órgãos, importante destacar que após se constatar a morte encefálica deve-se observar quais os órgãos podem ser aproveitados para a doação, retirá-los, e restabelecer o corpo morto de forma digna, para que este em seguida possa ser inumado ou cremado, conforme dispõe o art. 8º da Lei 9.434/1997: “Art. 8º. Após a retirada de tecidos, órgãos e partes, o cadáver será imediatamente necropsiado, se verificada a hipótese do parágrafo único do art. 7º, e, em qualquer caso, condignamente recomposto para ser entregue, em seguida, aos parentes do morto ou seus responsáveis legais para sepultamento.”

Conclui-se que o ato de disposição de última vontade, para o ordenamento brasileiro, é inteiramente permitido, observando-se a destinação a ser dada ao cadáver e a forma como esta irá ocorrer, tendo em vista o respeito aos limites legais para que tal ato não seja tido como nulo, destaque-se que se deve respeitar também a moral e aos bons costumes.

Assim, não pode existir ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, atrelado

⁸⁰ VIEIRA, op. cit., p. 205.

⁸¹ BERTONCELO; PEREIRA, loc. cit.

ao sujeito quando vivo ou morto, bem como do direito à integridade física.

Ensina De Cupis, que o [...] destino normal do cadáver, que consiste em ser dado a paz da sepultura, segundo as formas admitidas pelo ordenamento jurídico; e também não deixa de o ser quando entregue a institutos científicos ou para práticas anatômicas. Nenhum outro destino é possível.⁸²

Destaca-se que a Lei n.º 8.503/1992, que estabelece sobre o cadáver não reclamado para fins de estudo e pesquisas científicas, preceitua no § 3º, do artigo 3º, que “é defeso encaminhar o cadáver para fins de estudo, quando houver indício de que a morte tenha resultado de ação criminosa”.

Baseado no princípio do consenso afirmativo, Gonçalves assevera que somente o falecido é que pode determinar a doação de órgão após o falecimento, ou seu encaminhamento para estudos e pesquisas. Assim, observa: “[...] o princípio do consenso afirmativo, pelo qual cada um deve manifestar sua vontade de doar seus órgãos e tecidos para depois de sua morte, com objetivo científico ou terapêutico, tendo o direito de, a qualquer tempo, revogar livremente essa doação feita para tornar-se eficaz após a morte do doador”.⁸³

Ocorre, porém, que a legislação brasileira não prevê nenhum obstáculo nos parentes do falecido determinarem a doação do corpo daquele para fins de pesquisas, uma vez que existe expressa permissão no art. 4º da Lei n.º 9.434/1997, que assim põe:

Art. 4º A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

Portanto, poderá a família decidir pela doação de órgãos do cadáver, ou sua destinação para pesquisa ou estudos científicos, desde que com finalidade altruísta e gratuita.

Em relação aos cadáveres não reclamados, dispõe a Lei n.º 8.501/1992, em seu art. 2º que “o cadáver não reclamado junto às autoridades públicas, no prazo de trinta dias, poderá ser destinado às escolas de medicina, para fins de ensino e de pesquisa de caráter científico”.

Embora disposto que o cadáver pode ser cremado quando de tal modo o determinar o próprio falecido ou a família, há certos impedimentos em relação a este ato, previstas no Código de Normas da Corregedoria Geral da Justiça atualizado até o provimento n.º 174 de 15/01/2009.

A seção 25 do Código de Normas citado estabelece sobre as limitações da cremação do cadáver. Dispõe do item 6.25.1: “6.25.1 – A cremação de cadáver somente será feita daquele que houver manifestado a vontade ou no interesse da saúde pública e se o atestado de óbito houver sido firmado por dois (02) médicos ou por um (01) médico legista e, no caso de morte violenta, depois de autorizada pela autoridade judiciária”.

Assim sendo, somente o falecido, ao contrário do que acredita a doutrina, é quem pode determinar se seu corpo será cremado ou não após a morte.

Entretanto, de acordo com Elimar Szaniawski em determinados casos, existe a possibilidade de se dar destinos distintos ao cadáver.

Os ataques que mencionado autor considera legítimo contra o cadáver são divididos em dois grupos: a) atentados ao cadáver legitimados pela necessidade; b) atentados ao cadáver legitimados pelo direito a prova.⁸⁴

Concernente ao atentado ao cadáver legitimados pela necessidade, entende-se os

⁸² DE CUPIS, 2004 apud BERTONCELO; PEREIRA, loc. cit.

⁸³ GONÇALVES, 2006 apud BERTONCELO; PEREIRA, loc. cit.

⁸⁴ SZANIAWSKI, op. cit., p. 304

casos em que é necessária a extirpação de algum órgão ou tecido do corpo humano para transplantá-lo em outra pessoa, retirando este órgão de um morto para salvar a vida de uma pessoa viva. Ainda, alega o autor que em “outras vezes, torna-se necessário estudar os efeitos que determinada doença produziu no corpo de alguém que já faleceu, a fim de se evitar que essa mesma doença venha a dizimar outras pessoas, sãs.”⁸⁵

Desse modo, nas hipóteses expostas acima, não existiria o ilícito.

Outrossim, não é visto como ilícito, o atentado ao cadáver legitimado pelo direito de prova, que nada mais é que os exames realizados no corpo morto, as denominadas necropsias⁸⁶.

O direito à prova justifica e admite, a exumação do cadáver de alguém, desde que previamente autorizada por autoridade competente.⁸⁷

Confirmando este entendimento, estabelece o § 2º do artigo 3º, da lei n.º 8.501/92, que “se a morte resultar de causa não natural, o corpo será, obrigatoriamente, submetido à necropsia no órgão competente”.

Tais objetivos, segundo Elimar Szaniawski, geram a excludente de ilicitude, o que converte uma ação em admissível pelo ordenamento jurídico.

5 DO DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA E À SAÚDE PSICOSSOMÁTICA. RISCO DE MORTE OU ESTADO DE NECESSIDADE. CONSENTIMENTO INFORMADO

O direito à vida deve ser analisado à luz do Direito Civil, por envolver os chamados direitos de personalidade, e do Direito Penal, no tocante às sanções aplicáveis aos casos de atentado à vida.

O fundamento de que se amparam as Testemunhas de Jeová para o não-recebimento de transfusão está no caráter sacro conferido ao sangue, em decorrência da interpretação dada aos textos bíblicos.

A Constituição Federal, no art. 5º, elenca os direitos e deveres individuais e coletivos dos cidadãos, sendo que o *caput* do citado dispositivo consagra o direito fundamental à liberdade individual e de consciência.

Pode se afirmar que:⁸⁸

Liberdade individual é um princípio ético que possibilita escolhas por parte dos cidadãos. As preferências que manifesta, o diferenciam dos demais membros da sociedade, tornando-o capaz de escolher entre o bem e o mal.

Já a liberdade religiosa é um ato humano fundamental consagrado nas Constituições dos países democráticos e em tratados internacionais. Compreende a liberdade de professar ou não uma crença religiosa, mudar de religião e até mesmo não aderir nenhuma delas

A autonomia refere-se ao poder que tem a pessoa de tomar decisões com base em valores, crenças, de forma livre e esclarecida, em meio às alternativas que se apresentam.⁸⁹

O direito à autonomia ou autodeterminação, encontra-se previsto no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal.

Do princípio, extrai-se que as condutas médicas devem ser autorizadas pelo paciente, desde que dotado de capacidade. Já o profissional da medicina fica obrigado a apresentar

⁸⁵ Loc. cit.

⁸⁶ BERTONCELO; PEREIRA, loc. cit.

⁸⁷ Ibid., loc. cit.

⁸⁸ VIERA, op. cit., p.86.

⁸⁹ Ibid., p. 87.

todas as informações sobre o diagnóstico, o tratamento proposto e o prognóstico, para que o doente decida com segurança.⁹⁰

Para configurar a autonomia, o indivíduo deve ter liberdade (possibilidade de escolha livre de coação, manipulação ou influências), competência (capacidade para entender e avaliar a informação sobre o procedimento a realizar-se) e ser esclarecido (equipar-se de informação necessária e suficiente para o exercício do seu poder de decisão).⁹¹

O respeito à autonomia expressa a ausência de qualquer influência na esfera de ação do indivíduo, exceto quando dela possa resultar gravames a direitos de terceiros. Abrange, além das opiniões e escolhas pessoais, os valores religiosos, que não podem ser desprestigiados.

A necessidade do consentimento para a atuação médica decorre do direito que o paciente tem de opor-se ao tratamento, escolhendo outro que lhe pareça menos invasivo.⁹²

Nesse sentido pessoa enferma não pode ser forçada a submeter-se a qualquer tratamento, exceto em caso de risco iminente de morte, sob pena de o interventor cometer o crime de constrangimento ilegal, tipificado no artigo 146, *caput*, e § 3º, I do Código Penal.

Assim, intervindo o médico em paciente que apresenta risco de morte, mas não iminente, estará, em tese, cometendo o crime de constrangimento ilegal.

O art. 4º da Lei n. 9.434/97, em sua redação original, introduziu o consentimento presumido ou silêncio-consentimento: o consentimento para retirada de órgãos de cadáveres dependia da vontade expressa em vida pelo defunto e não da decisão dos parentes. Todos os cidadãos identificados teriam seus tecidos, órgãos e partes do corpo extraídos *post mortem* para servirem de meio de tratamento ou serem transplantados, sempre que não constasse em seus documentos, a manifestação de vontade contrária à doação.⁹³

Após a edição da lei, o legislador foi surpreendido com diversas discussões ao afastar qualquer possibilidade de oposição ou de autorização por parte dos familiares do falecido.

A partir da decisão da maioria da sociedade brasileira de combater o artigo em análise, o governo alterou a lei pela Medida Provisória n.1.718 editada em 06.10.98, e, posteriormente pela Lei n. 10.211/2001. Assim, o sistema foi modificado de consentimento presumido para consentimento informado. A pessoa legítima para concordar ou discordar é o cônjuge sobrevivente ou o parente consanguíneo mais próximo.

O direito à integridade da pessoa humana é um direito absoluto. Todos têm o dever de respeitar a incolumidade anatômica do indivíduo e sua saúde, não podendo atentar contra estes bens jurídicos. Nem mesmo os médicos podem realizar exames, intervenções cirúrgicas ou tratamentos sem que haja expresso consentimento por parte do paciente. Excetuam-se apenas as hipóteses em que a pessoa seja vítima de acidente, ou no caso em que surgirem complicações à sua saúde que requeiram uma atuação urgente do médico promover a diminuição permanente da integridade física do paciente sem sua concordância expressa. Nessa hipótese, devido à presença do estado de necessidade, transfere-se o poder de autorização para a atuação do médico ao representante legal ou aos parentes do paciente.⁹⁴

Explica Elimar Szaniawski:⁹⁵

Estando, contudo, o paciente diante de um iminente risco de vida, pode o cirurgião realizar as intervenções necessárias e o internamento médico hospitalar sem o consentimento do doente, de seu representante legal ou dos parentes. Não se apresentando o estado de necessidade como o iminente risco de vida do

⁹⁰ Ibid., loc. cit.

⁹¹ Ibid., loc. cit;

⁹² Ibid., loc. cit.

⁹³ BANDEIRA, 2001, apud FURLAN; PAIANO, loc. cit.

⁹⁴ SZANIAWSKI, op. cit., p. 474

⁹⁵ Ibid., loc. cit.

paciente, nem hipótese de interesse público, torna-se ilícito qualquer exame médico ou corporal sem o consentimento do examinado, uma vez que “assim o fazendo, estará violando o direito à sua própria pessoa, em desrespeito à sua dignidade humana.”

Verificando, o médico, que o paciente não tem condições de dar o seu consentimento por falta de capacidade de autodeterminação, poderão ser tomadas medidas terapêuticas e profiláticas necessárias para preservação da vida e da saúde do enfermo.⁹⁶

O indivíduo pode consentir em dispor de integridade física desde que desta disponibilidade não resulte uma diminuição não resulte em uma diminuição permanente da integridade física ou que não seja contrária à lei e aos bons costumes.

O Código Brasileiro de Ética Médica, em seu art. 25, e a Resolução nº 1.154/84 do CFM traz o dever de informar o paciente e sua família do diagnóstico e do prognóstico da enfermidade, bem como da prática medicamentosa a ser utilizada. O artigo 31 do mesmo do mesmo Código veda a utilização de terapias não utilizadas no país.⁹⁷

A Resolução de nº 1.246/1988 do CFM, em seu artigo 46 proíbe expressamente ao médico efetuar qualquer procedimento sem o conhecimento e o esclarecimento do paciente. Para Maria Helena Diniz, a égide do princípio da autonomia, tendo em vista o respeito aos direitos da personalidade deve o profissional de saúde respeitar a vontade do paciente ou de seu representante legal para a realização do ato médico. Daí a exigência do consentimento ser livre e informado.⁹⁸

A conduta médica que estiver baseada no esclarecido consenso do paciente constitui o ideal da terapêutica científica. A consagração dessa ideia vem elencada no Código de ética Médica no art. 46, onde ainda nos artigos 56 e 59 se esclarece que o paciente tem livre-arbítrio de se decidir ou não por um tratamento, salvo iminente risco de vida ou revelações a respeito do estado de saúde pessoal que possam comprometer o seu bem-estar ou sua saúde

Existem, porém situações em que o paciente não está em condições de exprimir a sua vontade e é urgente a intervenção médica. É lícito, ao médico, tomar a conduta mais adequada mesmo sem o consentimento do paciente ou de seus familiares como no caso do estado de necessidade em face de um iminente perigo de vida do paciente em frente à inexecução de um determinado procedimento.⁹⁹

Pelo princípio da beneficência a prática médica deve buscar sempre o bem-estar do paciente, evitando, na medida do possível, quaisquer danos ou riscos de vida; só se pode realizar tratamento ou indicar cirurgia para o exposto bem do paciente/enfermo. O princípio da não maleficência traduz uma obrigação de não acarretar dano ao paciente. Finalmente, existe o direito de recusa de algum tratamento arriscado; é direito básico do paciente o de não ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento ou cirurgia, ou ainda não aceitar a continuidade terapêutica.

Considerações Finais

No conceito de proteção à integridade física inscreve-se o direito ao corpo, no que se configura a disposição de suas partes, em vida ou para decisão da morte, para finalidades científicas ou humanitárias, subordinando conteúdo à preservação da própria vida ou de sua deformidade.

A integridade da pessoa humana abarca todas as suas feições, compondo uma união, a

⁹⁶ Ibid., p. 475

⁹⁷ MALUF, op. cit., p. 223.

⁹⁸ DINIZ, 2009 apud MALUF, op. cit., p. 223.

⁹⁹ MALUF, op. cit., p. 224-225.

integridade psicofísica.

Por se tratar de um direito da personalidade, o direito a integridade física é intransmissível e irrenunciável, comportando, contudo, exceções a esta regra.

A voluntariedade é um dos requisitos para a disposição do próprio corpo, não estando ninguém obrigado a se submeter a tratamento que não queira.

Tal disposição também não deve contrariar os bons costumes, devendo estes ser observados no momento da disposição.

As cirurgias estéticas possuem como requisitos a informação exhaustiva acerca dos riscos e o pleno consentimento do paciente, incorrendo em responsabilidade médica o profissional que garantir pleno êxito na cirurgia.

Quando o assunto é disposição do próprio corpo para adequação de sexo, deve-se observar que não há ferimento à lei, mesmo que a disposição do corpo seja definitiva, uma vez que este é o meio empregado para o tratamento do transexualismo caracterizado pelo desconforto com o sexo anatômico natural. Assim, por haver orientação médica, não fere a Lei Civil vigente.

Pode a doação de órgãos ser feita com doador vivo ou morto. Em se tratando de doador vivo, a regra é de que a doação não pode diminuir a capacidade do doador, colocar sua vida em risco ou causar mutilação. Ainda é requisito o vínculo familiar entre doador e receptor. Não havendo tal vínculo, há a necessidade de autorização judicial. Com isso evita-se totalmente a comercialização de partes do corpo, garantindo-se a natureza altruísta do ato.

Na doação pós-morte é obrigatória a constatação da morte encefálica, a autorização para a doação e a digna recomposição do cadáver, vedando-se totalmente a comercialização de órgãos e tecidos

Assim, ao contrário do direito à vida que é um direito indisponível, o direito à integridade do homem pode, dentro de certos limites, ser disponível, apesar de ser um direito absoluto. O indivíduo pode consentir em dispor de sua integridade física desde que desta disponibilidade não resulte em uma diminuição permanente da integridade física ou que não seja contrária à lei e aos bons costumes, não podendo ter caráter comercial.

Referências

BARRETO, Wanderlei de Paula ; LUKACHEWSKI, Wanderlei Junior. **Doação de órgãos e partes do corpo.** Disponível em <<http://cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/1877/1255>>.

Acessado em 10 de nov. 2011.

BERTONCELO, Juliana Apyrgio; PEREIRA, Marcela Berlinck. **Direito ao cadáver.** Disponível em: <www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2502.pdf>. Acessado em 25 de agosto de 2011.

CHAVES, Antônio Chaves. **Direito à vida e ao próprio corpo.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil.** São Paulo: Saraiva, 2003, v.1.

CROCE, Delton; CROCE JUNIOR, Delton. **Manual de medicina legal.** São Paulo: Saraiva, 1995.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal.** 3 ed. São Paulo: Bushatsky, 1976.

FURLAN, Alessandra Cristina; PAIANO, Daniela Braga. **Disposição de órgãos para fins de transplante ou tratamento.** Disponível em <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS/article/viewFile/2617/2406>> . Acessado em 10 de novembro de 2011.

GODINHO, Adriano Marteleto. Phronesis: revista de direito da FEAD. Pessoa, personalidade e direitos da personalidade. v. 5 . p. 10-40. Janeiro/Dezembro. 2009.

GRAEFF-MARTINS, Joana. Revista de direito privado. **Cirurgia plástica estética:** natureza da obrigação do cirurgião. V. 10. N. 37. P. 105-129. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito.** São Paulo: Atlas, 2010

OLIVEIRA, José Sebastião; PENACCHI, Mariângela. **Os direitos de personalidade em face.** Disponível em <www.conedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/09_576.pdf>. Acesso em: 25 de agosto de 2011

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil.** 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos de personalidade.** São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SGRECCIA, Elio. **Manual de bioética.** 2 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

SUTTER, Matilde Josefina. **Determinação e mudança de sexo.** Aspectos médico-legais. São Paulo. RT. 1993.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VIEIRA, Tereza Rodrigues (Organizadora). **Ensaio de bioética e direito.** Brasília: Ed. Consulex, 2009.