

RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DO CADÁVER

Laura PEDOTT¹

RESUMO: Analisa-se no artigo qual o entendimento expresso pelo vocábulo “cadáver” e em seguida, o resultado para o fim da personalidade. Além das proteções da legislação prestadas ao cadáver e a razão de proteger um bem jurídico não detentor mais de vida. Discorre-se ainda sobre quem recai a responsabilidade de administrar os direitos concedidos ao morto, incluídos também os casos em que é possível violar os direitos a ele endereçados, ou seja, a utilização do corpo humano *post mortem*. E, por fim, os resultados das violações que não são permitidas pelo ordenamento jurídico.

Palavras-chave: cadáver. transplante. científico. dignidade.

1 INTRODUÇÃO

Desde tempos imemórias o ser humano tem especial atenção a morte. Isso pode ser comprovado por inúmeras passagens históricas, como por exemplo, a famosa frase da *Iliada* “que a terra te seja leve”, utilizada pelos romanos para perdoar tudo que os mortos fizeram. E ainda *Antígona*, de Sófocles, relata o amor fraternal que transpassa a proibição imposta pelo soberano para enterrar o irmão. “[...] tampouco acredito que tua proclamação tenha legitimidade para conferir a um mortal o poder de infringir as leis divinas, nunca escritas, porém irrevogáveis [...]”. *Antígona* é clara quanto ao grau de importância do respeito prestado ao morto na antiguidade.

O objetivo do trabalho é entender a relação dos direitos concedidos ao cadáver e a importância deste para a sociedade de acordo com os costumes e crenças presentes nesta. Analisa-se a definição de cadáver e sua natureza jurídica. Ademais dos usos permitidos do corpo humano após a morte.

¹ Discente do 2º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. e-mail: lauraa.pedott@gmail.com

Averigua-se se a vontade do morto deve ser respeitada e quem é o responsável por fazê-la concretizar. E na situação de não ter sido expressa qual era a vontade do falecido, quem irá manifestar e proteger os direitos inerentes a ele.

Ademais, verifica-se os usos permitidos do corpo humano após a morte. E as implicações da violação dessas permissões.

A partir do método indutivo, chegamos as conclusões do tema proposto. Deste modo, o objetivo de esclarecer quais são as garantias do cadáver serão findadas.

2 CONCEITUAÇÃO DE CADÁVER

De acordo com Silva, cadáver é os despojos (ainda que incompletos) inanimados do ser humano, mesmo que no sentido jurídico não tenha sido pessoa. Fadda e Bensa, afirmam que deve-se equiparar feto e cadáver, em razão de constituir uma *spes hominis*. Em *Pandectas de Windscheid*, alegam que o cadáver não é suscetível de domínio. Existe sobre ele um direito pessoal não patrimonial, de natureza real. Gabba apoiando-se na tese de ser *res nullius*, nega qualquer propriedade ou posse sobre o cadáver. Embora reconheça que o Estado tem o poder de legislar sobre o uso de cadáver para fins científicos (2000, p. 618- 620).

Para Oertmann, cadáver é um coisa, mas não permite-se sua comercialização por razões morais, embora os herdeiros tenham direito de propriedade sobre ele.

Alfredo Orgaz declara que normas religiosas e morais são a principal fonte de veneração e respeito do direito positivo, assim o cadáver não trata de uma coisa por não ter um valor econômico ou patrimonial. Com exceção de ser entregue a algum instituto com fins de estudo ou ensino; e que o cadáver assume a natureza da coisa e poder ser objeto de atos jurídicos (2000, p. 628- 629).

Silva explicita que o cadáver é dotado de valor moral, cultural, religioso e as vezes econômico (2000, p. 636) e ainda que para o direito funerário penal é o corpo humano sem vida, durante o tempo que conserva a aparência humana sem os efeitos desintegrativos da decomposição cadavérica

Sobre a questão do feto e do natimorto há no Brasil três orientações jurisprudenciais. São elas: a) só é cadáver aquele que teve vida extra-uterina; b) é cadáver o

natimorto expulso no termo da gravidez e c) é cadáver o feto de mais de seis meses, por ser viável, nos termos do art. 388 do Código Penal (1992, p. 81- 82).

3 FIM DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Conhece-se que a personalidade surge com o nascimento com vida e o fim dela é no momento da morte. Entretanto, como está sendo exposto no trabalho, há direitos reconhecidos ao morto. Só é necessário saber quem é o responsável por administrar esses direitos.

De acordo com Szaniawski (1993, p. 303), “O direito ao cadáver diz respeito ao próprio defunto, à sua memória, pois em certas ocasiões podem ocorrer atentados à memória do morto”. Em razão disso, infere-se a partir do pensamento do autor que os direitos inerentes ao cadáver permanecem após sua morte. Todavia, a natureza desses direitos são de propriedade e não de personalidade. Pode-se compreender isso a partir do conhecimento que os familiares são os detentores os direitos de propriedade do parente falecido.

O direito de propriedade mencionado, refere-se ao direito de usar, gozar ou fruir do bem como assim entender o proprietário. Entretanto, essa garantia concedida ao morto esbarra no art. 1º da lei nº. 9.434/97 que assegura 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”.

A leitura da lei explicita que a disposição do cadáver é possível. Embora restrita, ela pode ser realizada mediante determinada situação e de sem fins lucrativos. Isto vai contra o direito de propriedade, o qual o bem, seguindo o querer do proprietário pode ser comercializado ou até doado.

A partir desta análise, pode-se negar o direito de propriedade sobre o cadáver. Lembra-se que o ordenamento jurídico brasileiro concede ao cadáver direito de personalidade. Isto pode ser verificado pelo art. 12 e parágrafo único do Código Civil Brasileiro:

“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”.

A partir disso, tem-se que o direito de personalidade serão exercidos pelos familiares, caso não haja a manifestação do querer do morto.

4 PERMISSÕES DO USO DO CADÁVER

Seguindo o raciocínio exposto por Silva do nivelamento de todos pela morte, os cadáveres sem exceção, têm direito de realizar o sepultamento. Solenidades ou pompas fúnebres não caracterizam desnivelamento, pois são homenagens conferidas à pessoa que existiu (2000, p. 84).

Ademais, Michael Kloepfer (2013, p. 152) menciona que “toda pessoa possui dignidade independente da sua nacionalidade, das suas características pessoais, das suas prestações e do seu *status* social.”

Kloepfer continua que a alegação de que a cada homem também pertence a sua dignidade, revela-se a relação constitutiva entre vida e dignidade da pessoa humana. Esta ligação constitutiva é expandida em razão do entendimento do Tribunal Constitucional Federal Alemão no qual, determinados efeitos prolongados da dignidade da pessoa humana também são protegidos após a morte.

“Seria inconciliável com o constitucionalmente autêntico imperativo da inviolabilidade da dignidade da pessoa humana [...] se o homem, ao qual advém dignidade por força do seu ‘ser pessoa’, também pudesse ser rebaixado ou degradado após a sua morte nesse direito geral de respeito. De forma correspondente, o dever incumbido a todos os poderes no art. 1º, inc. 1, da LF de garantir a proteção ao indivíduo contra violações à dignidade não cessa com a morte.” (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÃO 1951 apud Kloepfer p. 154).

Respeitando o princípio do pode-dever das pessoas, Silva afirma que todos têm o direito/dever de sepultar os corpos mortos. E é um dever das autoridades administrativas (2000, p. 86). Além disso, para Elimar Szaniawski o direito exerce a proteção ao cadáver, dando um destino onde preserve sua dignidade (1993, p. 367).

De acordo com Malicki (1985) apud Silva (2000, p. 631), cadáver é coisa objeto de relações jurídicas, não obstante com destinação limitada. Não ofende a moral nem o direito considerar o cadáver como objeto de direito. Destinação com intuito de transplantes,

estudos científicos, não pode ser considerado imoral e disponibilizar apenas gratuitamente, não influencia em sua natureza jurídica. Além disso, menciona a IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil e a II Jornadas Provinciales de Derecho Civil, as quais ponderaram que a pessoa tem um direito personalíssimo definido como direito subjetivo, para dispor de seu próprio corpo e de seus despojos mortais.

Já para Clóvis Beviláqua, cadáver é coisa fora de comércio. Espínola segue doutrina majoritária, ou seja, não há direitos patrimoniais sobre o cadáver (2000, p. 631- 633).

4.1 Transplante e Tratamento

Segundo Kloepfer (2013, p. 154), a Lei sobre o Transplante de Órgãos, de 11.11.1997, versa sobre a proteção da dignidade do morto e quanto a “retirada de órgãos e todas as medidas a ela relacionadas” e “devem ser executadas sob a observância da dignidade do doador de órgãos”. Ademais, a doação de órgãos ou qualquer pesquisa médica precisa da autorização do morto ou da correspondente permissão de seus dependentes.

Segundo Silva, o artigo 11, do regulamento da lei de transplantes, especifica que retirado os tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, o cadáver deve ser condignamente recomposto e entregue aos responsáveis pelo sepultamento ou necropsia legalmente obrigatória. Reconstitui-se o cadáver, em razão do respeito que deve-se ao mesmo. Isto é explicado pelo fato dele ser um símbolo da pessoa que faleceu e representa o espírito do falecido. O espírito é o receptor do respeito (2000, p. 693- 694).

A Lei n. 8.489, de 19 de novembro de 1992, permite a retirada de tecidos, órgãos ou de uma ou várias partes do corpo, para fins terapêuticos, humanitários ou científicos, em vida ou *post mortem*. No último caso é necessária prova incontestável da morte, de manifestação neste caso, evidentemente, desde que precedida de manifestação expressa do disponente, por meio de documento pessoal ou oficial. Caso ausente o documento, se não houver manifestação em contrário por parte do cônjuge, ascendente ou descendente, o transplante é obrigatoriamente realizado por médicos reconhecidamente idôneos e com capacidade técnica comprovada, em instituições públicas ou particulares autorizadas pelo Ministério da Saúde (CROCE, JÚNIOR, 1996, p. 355).

Apesar do cadáver ser coisa *sui generis*, não se adota sobre ele o direito das coisas: o cadáver é *res extra commercium*, ou seja, não pode ter fins econômicos. Isto que impõe o art. 1.º, conforme Croce e Júnior.

E ainda para eles, com o intuito de evitar prejuízo da exumação, a retirada de partes do cadáver encontra amparo legal somente se não houver suspeita de ser caso de vítima de crime. Caso seja obrigatório, deve-se realizar a necropsia ou a verificação diagnóstica *causa mortis*, a retirada de suas partes deverá ser autorizada por médico-legista e citada, respectivamente, no protocolo da primeira ou no relatório da segunda, conforme o art. 162 do Código de Processo Penal, e também previsto no art. 7.º da Lei dos Transplantes (1996, p. 355- 356).

4.2 Uso para fins científicos

Para Cunha Gonçalves, “o homem tem o direito de dispor de si como melhor entender, exercendo livremente a sua atividade para a realização dos seus fins.” (SILVA, 2000, p. 638).

Carvalho Santos “Acresce que os cadáveres dos pobres que falecem nos hospitais, são remetidos para a Faculdade de Medicina, a fim de serem dissecados para estudos. Ninguém enxerga nisso ato imoral, pelo fim alevantado que o justifica.” Ele continua:

“[...] por que se considerar imoral apenas esse fato quando ele é resultante da própria vontade do homem, que, em vida, nada mais fez do que manifestar o desejo que isso que se faz todo dia com os pobres, com o seu cadáver também se fizesse? Ao contrário, menos imoral é, até, se fizer isso com o corpo de quem em vida autorizou que tivesse seu cadáver esse destino, do que com aqueles outros, que são objeto de tais estudos, embora sem a necessária autorização, mas tão somente pelo fato de serem pobres e desamparados”.

Santos não é contra o homem vender seu cadáver a um anatomista. Realizando a venda pratica um ato incluído entre os direitos que pode exercer sobre sua própria pessoa, nos quais não viola direitos alheios, nem ofende os princípios da conservação e utilidade social, da moral pública ou os interesses de ordem e a moral pública (1977, v.2, p. 462).

5 PROTEÇÃO AO MORTO

E o código penal, no título V, capítulo II, artigos 209 a 212 trata dos crimes contra o respeito aos mortos. Direito funerário penal para Justino da Silva, é a parte do direito funerário que regula o poder punitivo do Estado, de acordo com as crenças e costumes nutridas pela sociedade em relação aos mortos e aos lugares que lhe são destinados (1992, p. 20).

Segundo Hungria (1982) apud Silva (1992, p. 42), a lei penal não protege a paz dos mortos, “mas o sentimento de reverência dos vivos para com os mortos”. E ainda: “O respeito aos mortos, (do mesmo modo que o sentimento religioso) é um relevante valor ético-social, e, como tal, um interesse jurídico digno, por si mesmo, da tutela penal”. Ademais há o delito de calúnia, expresso na lei n.º 5.250/67 que recebe a tutela do direito civil.

O código penal no título V, capítulo II, dos artigos 209 ao 212 trata dos crimes contra o respeito aos mortos. O primeiro a ser estudado será o artigo 209, o qual tem como ilícito penal “impedir ou perturbar enterro ou cerimônia funerária”.

Segundo Noronha (1976) apud Silva (1992, p. 39-40), enterro “é a transladação do corpo, sua remoção ou transporte para o lugar onde deve ser enterrado, haja ou não o acompanhamento ou cortejo”. Já cerimônia funerária é todo e qualquer ato religioso ou civil em homenagem ao defunto. Se o corpo do mesmo não estiver presente incide a regra do artigo 208.

Para o penalista, o nome dado ao crime não é adequado, pois diferencia enterro de cerimônia funerária, e o título do delito dá à segunda expressão sentido que abrange a primeira, quando isso, entretanto, não é o correto, porque, efetivamente, diferencia-se o enterro da cerimônia funerária.

“Violar ou profanar sepultura ou urna funerária” é o que está disposto no artigo 210. Para Mazzili (1986) apud Silva (1992, p. 57), a lei não estabelece um sentimento de respeito pelos mortos, mas o respeito pelos que nutrem respeito pelos mortos.

A definição de violar é abrir, devassar, descobrir, escavar ou desmanchar a sepultura ou sepulcro. Enquanto profanar conceitua-se como ultrajar ou desprezar injuriosamente, por palavras, escritos ou gestos, a sepultura ou urna funerária (SILVA, 1992, p. 60- 61).

O artigo 211 estabelece que “destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele” é um crime com reclusão de um a três anos e multa. Cadáver, para o direito funerário penal, é o corpo humano sem vida, enquanto conservada a aparência humana sem os efeitos desintegrativos da decomposição cadavérica (SILVA, 1992, p. 81).

A ação do tipo penal consiste em destruir, subtrair, ou ocultar. A significação de destruir é deixar de existir, queimando ou esmagando, reduzindo a detritos ou resíduos. Subtrair conceitua-se como furtar, tirar da situação de proteção ou guarda da família, parentes, vigia do necrotério, guarda do cemitério, etc. Não é exigido o apossamento. E por fim, ocultar corresponde a esconder, fazer desaparecer o cadáver temporariamente sem destruí-lo (SILVA, 1992, p. 87- 88).

O último artigo tutelado pelo título V descreve como ilícito “vilipendiar cadáver ou as suas cinzas”. O cadáver insepulto (utilizado para estudos antômicos) também é abrangido neste tipo penal. Parte do cadáver ou seus restos mortais são da mesma forma abrangidos (SILVA, 1992, p. 96).

A conceituação de vilipendiar é tratar com desprezo, ultrajar (SILVA, 1992, p. 99). Segundo Noronha (1976) apud Silva (1992, p. 99), vilipêndio pode dar-se por palavras, por atos ou escritos.

O artigo 138 §2º trata da ofensa à honra dos mortos (SILVA, 1992, p. 103). Conforme o penalista Noronha (1976) apud Silva (1992, p. 104), o morto não sofre lesão de interesse seu, já que é sujeito passivo de delito. Ofensa a direito de seus parentes e à própria sociedade é o que existe. Ainda Noronha critica a falta da difamação e da injúria no tipo penal.

6 CONCLUSÃO

A legislação brasileira assegura direito de personalidade ao cadáver, apesar deste direito estar relacionado aos atributos da pessoa humana enquanto vivas. Isto se explica em virtude, da morte não dar fim nas obras e criações do indivíduo *post mortem*. O princípio da dignidade da pessoa humana é o fundamento desses direitos.

Com isso, surgem dúvidas a respeito de quais direitos são conferido ao corpo humano *post mortem*. Desde de qual o conceito de cadáver a partir do critério legal e sua

natureza jurídica. Com a determinação do último, depreendeu-se qual o área do direito que protege o bem jurídico violado.

A partir dessas aferições, chega-se ao entendimento que trata-se de um direito subjetivo pessoal. Uma vez que se estendem direitos de personalidade ao cadáver, estando direitos relativos a pessoas concedidas ao mesmo.

Assim, a pessoa humana deve ter uma destinação digna, ou seja inumação, cremação, doação de órgãos ou tecidos ou doação do corpo para fins estudos à algum instituto de pesquisa. As doações de parte do corpo não são consideradas imorais, pois não ferem nenhum dos direitos pertencetes ao falecido. A destinação do corpo para centros de pesquisa científica também não ferem estes direitos. Há também o exame de necropsia em ocorrências de mortes violentas.

Por conseguinte, desonra não é enquadrada nesses casos, que inclusive tem amparo legal. Caso algum direito do morto seja desrespeitado, o Poder Judiciário por meio de ações cíveis ou penais protegerá este bem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos de personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução: Pietro Nassetti. 1. ed. - São Paulo: Martin Claret, 2002.

CROCE, Delton; JÚNIOR, Delton Croce. **Manual de Medicina Legal**. 3. ed. rev. - São Paulo: Saraiva, 1996.

HUNGRIA, Nélon, FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. v. 6. 5. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 1982. v. VI, 378 p.

MALICK, Anahi S. M. **El cadáver. Actos dispositivos**. - Revista La Ley, Buenos Aires, t. 1985-C, p. 384

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Violação de sepultura**. - Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 75, n. 608, p. 275-90, jan. 1986.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 10. ed. - São Paulo: Saraiva, 1978. v. 3, 433 p.

SANTOS, João Manoel de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. 10. ed. - Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1977. v. II, 462 p.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet, Luís Marcos Sander, Pedro Scherer de Mello Aleixo e Rita Dostal Zanini 2. ed. rev. e ampl. 2. tir. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SILVA, Justino Adriano Farias da. **Direito funerário penal**. 1. ed. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992.

_____. **Tratado de direito funerário**. t. 1. 1. ed. - São Paulo: Método Editora, 2000. t. I, 694.

_____. **Tratado de direito funerário**. t. 2. 1. ed. - São Paulo: Método Editora, 2000. t. II, 883

ALEMANHA, Tribunal (1951). **Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Karlsruhe, Grudgesetz, 1951.

SÓFOCLES. **ÉDIPO REI - ANTÍGONA**. Tradução: Jean Melville. 1. ed. - São Paulo: Martin Claret, 2005.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 1. ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 1993.