

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

CENTRO DE PÓS GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO DAS
FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP

**A INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO DO FETO ANENCÉFALO SOB O
PRISMA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE**

Gabriela Barros Parigi

Presidente Prudente/SP
2013

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

CENTRO DE PÓS GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO DAS
FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP

**A INTERRUÇÃO DA GESTAÇÃO DO FETO ANENCÉFALO SOB O
PRISMA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE**

Gabriela Barros Parigi

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do título de pós-graduado em Direito Civil e Direito Processual Civil, sob orientação do Prof. Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral.

Presidente Prudente/SP
2013

Parigi, Gabriela Barros

A Interrupção da Gestação do Feto Anencéfalo Sob o Prisma dos Direitos da Personalidade / Gabriela Barros Parigi - Presidente Prudente: Toledo, 2013.

78 p.

Monografia de conclusão de curso de Pós-graduação em Direito Civil e Processo Civil – Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo – Toledo: Presidente Prudente – SP, 2013.

1. Anencefalia 2. Direitos da Personalidade I. Título

A INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO DO FETO ANENCÉFALO SOB O PRISMA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do título de pós-graduado em Direito Civil e Direito Processual Civil.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral.

Examinador 1: _____

Examinador 2: _____

Presidente Prudente, ____ de _____ de 2013.

Em todo comportamento humano existe uma lógica, isto é, uma maneira particular de raciocinar sobre sua verdade; portanto, julgar, medir e sentenciar os outros, não se levando em conta suas realidades, mesmo sendo consideradas preconceituosas, neuróticas ou psicóticas, é não ter bom senso ou racionalidade, pois na vida somente é válido e possível o “auto-julgamento”.

Hammed (Espírito)

Dedico o presente trabalho ao meu tio e padrinho José Geraldo Gerolamo, por todo amor que me dispensou ao longo de sua vida, e aos meus pais.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por mais um objetivo alcançado. Aos meus pais, por todo apoio, carinho e compreensão. Agradeço também a Instituição Toledo de Ensino, e seus professores que me deram subsídios para a realização deste trabalho, em especial ao meu orientador Sérgio Tibiriçá Amaral, pelo privilégio de tê-lo como orientador, por todo o conhecimento que compartilhou comigo, bem como por toda paciência e apoio que me concedeu.

RESUMO

O presente trabalho traz uma abordagem introdutória sobre os direitos da personalidade para tratar do tema da interrupção da gestação em caso de fetos anencéfalos. Os direitos da personalidade estão extremamente ligados à dignidade da pessoa humana, pois são direitos mínimos garantidos à pessoa para que ela tenha uma vida digna. A anencefalia trata-se de doença congênita que atinge o feto, caracterizada pela malformação do cérebro capaz de impedir a vida e que pode ser detectada através de ultrassonografia a partir da décima segunda semana de gestação. Assim, o trabalho discute se a interrupção da gestação não fere os direitos da personalidade, analisando não apenas o prisma da sociedade e dos juristas, mas em especial a qualidade da gestante e até mesmo do feto anencefálico. Durante o decorrer do estudo serão analisados alguns direitos da personalidade e o direito a uma vida digna da mãe, questão de suma relevância para a abordagem do tema em questão, bem como de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da legislação vigente.

Palavras chaves: Anencefalia. Direitos da personalidade. Vida. Dignidade. Interrupção da gestação.

ABSTRACT

The current dissertation brings an introductory approach to personality rights to address the issue of the interruption of pregnancy in the case of anencephalic fetus. Personality rights have a strong bond to the dignity of humans, as they are the minimum rights guaranteed to an individual so she can have a decent life. The anencephaly is a congenital disease that can affect a fetus, characterized by a malformation of the brain that may stop life, and can be detected by ultrasonography from the twelfth week of pregnancy. Hence, this dissertation will discuss whether the interruption of pregnancy violates the personality rights, taking account not only the society and the judges view, but particularly the quality of life of a pregnant woman and the anencephalic fetus. During this study, some personality rights and the right of a decent life for the mother will be analyzed due to the importance of this point to the matter being discussed, as well as the jurisprudence of the Supreme Court and the prevailing law.

Key words: Anencephaly. Personality rights. Life. Dignity. Interruption of pregnancy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	11
2.1 Histórico	11
2.2 Desenvolvimento do Instituto no Brasil	17
3 DA PERSONALIDADE	22
3.1 Início da Personalidade e o Nascituro	23
3.2 Características dos Direitos Decorrentes da Personalidade	29
4 DO DIRETO À VIDA	36
4.1 Alguns Limites	41
5 OUTROS DIREITOS DA PERSONALIDADE	45
5.1 Direito a Integridade Física	45
5.2 Direito ao Corpo	48
5.3 Direito ao Nome	51
6 DA ANENCEFALIA	56
6.1 Falta de Vida	57
6.2 Diagnóstico	60
7 A INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO DOS FETOS ANENCÉFALOS	62
7.1 A Decisão do STF e a Situação Atual	63
7.2 A Dignidade da Gestante	67
CONCLUSÃO	72
BIBLIOGRAFIA	74

1 INTRODUÇÃO

A proteção da pessoa humana, bem como os direitos a ela inerentes é tema que sempre demanda estudos profundos, devido às alterações da vida em sociedade. O alarmante número de fetos anencefálicos registrados no país traz uma questão preocupante e que merece ser observada com cautela. O Brasil é o quarto país com maior número de fetos com essa anomalia, apenas ficando atrás do Chile, México e Paraguai.

Com grande repercussão no âmbito jurídico, a antecipação do parto do feto anencefálico traz consequências não apenas no âmbito penal, quando se discute a sua tipificação como crime de aborto, mas também quanto à discussão sobre a violação aos direitos da personalidade, não apenas do nascituro, mas também da gestante.

A escassez bibliográfica sobre o tema também desperta atenção, sobretudo porque apenas encontrou aparente solução com a recente decisão do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento Fundamental número 54. Além do interesse jurídico, o tema também causa fervorosa discussão no campo religioso, moral, bem como da medicina, pois a comprovação de que o feto não possui chances de sobrevivência depende de laudo médico, e de sua constante evolução e colaboração para que, no direito, se evitem injustiças.

Primando pela preservação da dignidade da pessoa humana, princípio assegurado constitucionalmente, a discussão dos direitos do feto e da gestante se mostra de relevante valor não apenas para o mundo acadêmico, bem como para o cotidiano das pessoas.

Com isso, o presente trabalho tratou dos direitos do feto anencéfalo bem como dos direitos inerentes à personalidade da gestante no que se refere à questão da interrupção da gestação, o que muitos chamam erroneamente de aborto, conforme mostrou o presente estudo.

A metodologia é o conjunto de métodos capazes, que uma vez combinados sistematicamente entre si levam ao desenvolvimento e a conclusão do trabalho. Assim, devido à exigência do uso de uma metodologia eclética, no desenvolvimento do presente estudo foram utilizados diversos métodos.

O método histórico está presente no início do trabalho, o qual consiste na busca dos antecedentes do instituto e permite uma visão mais completa do tema, mostrando, por exemplo, que o feto portador de anencefalia não era tido como pessoa pelo Direito Romano e demonstrando a evolução do tema até os dias atuais.

O método hipotético-dedutivo parte de um problema permitindo a formulação de hipóteses e a realização de testes de falseamento para se chegar a uma solução. Este método também foi utilizado uma vez que a interrupção da gestação de feto anencéfalo trata-se de questão polêmica e, por isso, foi necessário avaliar todas as possibilidades para chegar ao melhor resultado.

Além disso, as pesquisas explicativa, bibliográfica e documental também foram utilizadas com a finalidade de buscar maiores informações sobre o tema proposto, aprimorando, assim, as hipóteses trazidas no projeto de pesquisa.

Conforme dito anteriormente, o segundo capítulo discorreu sobre a parte histórica dos direitos da personalidade, de suma importância para a introdução do estudo e sua compreensão. Trata desde os primórdios do instituto como no Direito Romano e na Grécia, até os tempos atuais, fazendo também uma análise de seu desenvolvimento no Brasil.

O terceiro capítulo, por sua vez, cuidou da personalidade, delimitando seu início, passando pelas três teorias sobre o nascituro: a natalista, consagrada no artigo 2º do Código Civil, segundo a qual a personalidade se inicia com o nascimento com vida; a concepcionista, em que a personalidade e os direitos são garantidos ao nascituro desde a sua concepção e ainda a teoria concepcionista condicionada, na qual os direitos garantidos ao nascituro ficam condicionados ao nascimento com vida.

Passando a tratar da condição de pessoa e, portanto, portador de personalidade, que é a aptidão para ser titular de direitos, o terceiro capítulo também trata do conceito e das características dos direitos decorrentes da personalidade.

O direito à vida foi tratado no quarto capítulo do presente estudo. É direito protegido não apenas pelos Códigos Civil e Penal, mas também amparado expressamente na própria Constituição Federal. Ficou demonstrado, no entanto, que apesar de sua importância devido ao seu caráter essencial, o direito à vida não é absoluto, e dessa forma sofre limitações pela própria legislação.

O quinto capítulo tratou de outros direitos inerentes à pessoa humana e que decorrem do direito à vida, dentre eles a integridade física e psíquica, tema de

grande importância quando se confrontam os direitos à incolumidade física e psíquica da gestante de feto anencefálico e o direito à vida do feto.

Além disso, foram também tratados os direitos ao corpo e às partes dele, o que diz respeito em especial aos transplantes, e por fim o direito ao nome, importante direito da personalidade que identifica e individualiza a pessoa na sociedade.

Ficou demonstrado no capítulo de número seis que a anencefalia pode ser diagnosticada a partir da décima segunda semana de gestação, através de exame de ultrassonografia, e que esse diagnóstico é 100% certo. Constatada a falta de vida do feto a gestante pode optar por interromper a gestação.

Após muitas decisões desencontradas de diferentes juízes a questão da anencefalia foi levada ao Supremo Tribunal Federal através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 54 e o Plenário do Tribunal decidiu que nesses casos a gestante tem o direito de interromper a gestação sem necessidade de procurar o Poder Judiciário para pedir autorização, conforme ocorria antes da decisão em abril de 2012.

Assim, além de trazer detalhes dessa importante decisão do Supremo Tribunal Federal, o sétimo capítulo fecha o trabalho enaltecendo o ponto mais importante da questão, que é a dignidade da gestante. A mulher deve ter o direito à vida digna preservado, uma vez que verificou-se que não se pode colocar em risco a vida da gestante para preservar a vida” do feto, pois constatada a anencefalia também fica constatada a falta de vida deste.

Importante lembrar que a possibilidade de interromper a gestação nesses casos trata-se de um direito da mulher, e não de um dever, como bem tratou o estudo. Com isso se ao receber o diagnóstico de anencefalia a mulher desejar continuar a gestação ela apenas está agindo livremente, segundo sua própria consciência, mas se optar por interromper a gestação, a decisão do Supremo Tribunal Federal garante que o seu direito seja respeitado e ela possa fazer isso sem recorrer ao Poder Judiciário.

2 DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade caracterizam-se não apenas por serem aqueles inatos, inerentes ao ser humano, mas também pela conquista contínua da sociedade. Através da mudança dos tempos em que necessário se faz a tutela de novos direitos, os ordenamentos jurídicos vão se adaptando à realidade para a efetiva proteção a esses direitos, que estão entre os direitos e garantias fundamentais e, portanto, são cláusulas pétreas. Assim, os direitos da personalidade estão entre os direitos humanos ou fundamentais.

Trata-se de direitos que servem para assegurar a dignidade humana uma vez que apenas são garantidos às pessoas, ao passo que “os direitos da personalidade têm por objeto as projeções *físicas, psíquicas e morais do homem*, considerado em si mesmo, e em sociedade” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2009, p. 137).

Esses direitos que inicialmente apenas eram conhecidos como direitos humanos no âmbito internacional passaram a integrar a Constituição Federal, recebendo a denominação de direitos fundamentais. No Código Civil em 2002, esse grupo acabou sendo caracterizado como direitos da personalidade, protegendo não apenas o físico, mas também a moral da pessoa humana.

O estudo dos primórdios do instituto é de extrema importância, pois através do histórico é possível observar a sua evolução, bem como seu acompanhamento pela sociedade. Os direitos da personalidade decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana que hoje são amplamente assegurados pela Constituição Federal foram frutos de muitas conquistas realizadas no passado.

2.1 Histórico

O berço da discussão sobre os direitos da personalidade é a civilização romana. É certo que na Grécia já havia o conhecimento acerca desses direitos, mas foi apenas em Roma que eles evoluíram e houve o nascimento da teoria jurídica da personalidade conforme afirma Elimar Szaniawski (2005, p. 25). A história de Roma

divide-se em fases, as quais abrangem basicamente a monarquia, república e Império (GILISSEN, 2001, p. 81) e cada um dos períodos traz consigo algumas características marcantes.

Na monarquia a sociedade era predominantemente rural, e possuía no *pater famílias* a figura central da família. Ele caracterizava-se como o “dono” de toda sua família, possuindo direito de propriedade não apenas sobre os escravos, mas também seus filhos e sua esposa, podendo realizar até mesmo transações comerciais sobre eles (VENOSA, 2011, p. 30).

Na república romana os direitos não eram estendidos a todas as pessoas, nos dizeres de John Gilissen (2001, p. 83):

Só os *cives*, os cidadãos romanos, gozavam do direito dos Romanos, do *ius civile*. Os estrangeiros, os *peregrini*, não estão submetidos senão ao *ius gentium*, o direito comum a todos os homens (*ius commune omnium hominum*), conforme a razão natural (*ratio naturalis*).

Caracteriza-se, assim, a clara distinção entre as pessoas na república romana. Apenas aqueles considerados como cidadãos romanos possuíam direitos plenos, dentre eles o de propriedade e o direito de votar, enquanto que os estrangeiros apenas eram submetidos ao direito dos povos (*jus gentium*), criado para facilitar o contato e comércio com outros povos.

A condição de cidadão foi estendida aos estrangeiros e a todos os homens considerados livres no período em que prosperou o Império Romano, como forma de manter a união dos povos (VENOSA, 2011, p. 41).

Não apenas em Roma, mas também na Grécia o desprezo pelos direitos subjetivos do indivíduo era latente, conforme afirma Lucília Lopes Silva (2005):

A civilização grega, seja em seus tempos primevos, como nos florescentes tempos de democracia, praticamente desconhecia a subjetividade do indivíduo. O interesse pelo ser humano, exceto como parte da natureza, era pequeno. A própria palavra - pessoa - na acepção que modernamente possui, não encontra sentido semelhante no pensamento grego. Prósopon, vocábulo cujo significado mais se assemelha, designava as máscaras utilizadas pelos atores para que pudessem desempenhar o seu papel no teatro grego. Mais tarde, prósopon passou a significar o próprio papel que o ator desempenhava numa peça. Deriva daí o sentido que veio a ter pessoa - o da representação de cada indivíduo no mundo jurídico - sem contudo vir a representar o homem em toda a intensidade, em todo o esplendor axiológico moral e ético.

Assim, a ideia de homem era diferente do conceito de pessoa, pois para ser considerado pessoa era necessário observar qual o papel, o *status* que cada homem possui na sociedade, e daí deriva o brocardo latino *persona est homo consideratus cum suo statu*, segundo o qual a pessoa é o homem considerado segundo sua representação no mundo jurídico. Exigia-se, pois, alguns requisitos ou condições para que os direitos da personalidade pudessem se estender a cada indivíduo.

Em Roma existiam basicamente três *status* que classificam os indivíduos dentro de uma sociedade conforme Washington de Barros Monteiro (2012, p. 96). O primeiro deles é *status libertatis* em que o homem era classificado como livre ou escravo; o *status familiae* que dizia respeito à posição ocupada pelo indivíduo dentro de sua família, sendo, pois, chefe ou subordinado, na qual apenas o *pater familias* possuía a plenitude da capacidade para ser sujeito de direitos; e, por fim o *status civitatis* considerando o homem de acordo com a cidadania, e desta forma somente possuía personalidade caso reunisse os três requisitos: ser livre, possuir condição familiar e ser cidadão.

O mesmo ocorria em Atenas, pois conforme conclui brilhantemente Lucília Lopes Silva (2005) o estado de cidadão apenas era conferido a algumas pessoas:

Portanto, a cidadania em Atenas era um privilégio, guardado com zelo, que começava a se adquirir pelo nascimento: somente aos filhos de - pai e mãe - atenienses se reservava o direito de serem cidadãos. Mas não bastava a ascendência e ter nascido na cidade de Atenas: era preciso que fosse homem. E aí começava o rol das exclusões: para ser cidadão urgia não ter ascendência estrangeira, não ser mulher, não ser criança, não ser louco, não ser estrangeiro, não ser escravo. Enfim, não ser nada de diferente, nada de estranho.

Dessa forma, a população dividia-se em três classes sociais: cidadão, que eram considerados homens livres e somente a eles eram conferidos os direitos inerentes à pessoa, que podiam ser exercidos de forma plena, metecos que eram os estrangeiros e por fim os escravos.

Quanto à liberdade, no antigo direito romano o escravo era equiparado a uma coisa, considerado apenas um bem, pois não possuía função alguma na sociedade, e dessa forma era desprovido de personalidade, uma vez que a condição de pessoa é premissa essencial para a garantia dos direitos da personalidade.

“Outrossim, não obstante o escravo constituir um ser humano, não era considerado pessoa, em Roma. Não era sujeito de direito. Equiparava-se à coisa, *res. Servus est res.*” (SEMIÃO, 2000, p. 49), desprovido, pois, do chamado *status libertatis*.

Apesar de ordenamentos mais antigos como o romano e o grego já tutelarem alguns direitos inerentes à pessoa, mesmo que de forma precária, pois necessário o preenchimento de alguns requisitos, não existia propriamente uma teoria geral sobre os direitos da personalidade, pois além de considerar o homem segundo a posição que ocupavam (*status*), apenas eram garantidos alguns direitos de forma isolada, ignorando a proteção aos direitos subjetivos.

A proteção aos direitos da personalidade é recente quando se trata de direito subjetivo, que significa o poder de agir qualificado por uma norma jurídica, e decorreu do próprio desenvolvimento da sociedade. A evolução desta teoria ocorreu primeiramente em decorrência do interesse público devido à forte influência do cristianismo, que nas palavras de Carlos Alberto Bittar (2008, p. 19) é baseado em três fatores de suma importância:

A construção da teoria dos direitos da personalidade humana deve-se, principalmente: a) ao cristianismo, em que se assentou a idéia da dignidade do homem; b) à Escola de Direito Natural, que firmou a noção de direitos naturais ou inatos ao homem, correspondentes à natureza humana, a ela unidos indissolavelmente e preexistentes ao reconhecimento do Estado; e, c) aos filósofos e pensadores do iluminismo, em que se passou a valorizar o ser, o indivíduo, frente ao Estado.

O cristianismo estabelece uma ligação entre o homem e Deus, baseado na fraternidade entre os indivíduos, libertando-se da ideia de que apenas deveriam ser concedidos direitos segundo a sua posição na sociedade, resultando, no pensamento de que todo homem tem direito a uma vida digna. “Com o cristianismo existe uma ruptura com a cultura judaica, que defendia a existência de um povo escolhido por Deus. Assim, todos passaram a serem considerados filhos de um mesmo Deus” (RIBEIRO, 2009, p. 30).

Com isso, foram surgindo alguns documentos. A Magna Carta da Inglaterra de 1215 e outros *bills* previam direitos inatos ao ser humano, mas a proteção a esses direitos apenas ocorreu no campo do direito público com Declaração Norte-Americana em 1776. A Magna Carta da Inglaterra trata-se de um documento assinado pelo Rei João, que ficou conhecido como João Sem Terra, firmado com os bispos da Inglaterra e que previa o fim do poder absoluto do Estado,

submetendo a vontade do soberano à lei. Ingo Wolfgang Sarlet (2008, p. 48) complementa:

Este documento, inobstante tenha apenas servido para garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, alijando, em princípio a população do acesso aos “direitos” consagrados no pacto, serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o habeas corpus, o devido processo legal e a garantia de propriedade.

A Magna Carta Inglesa de 1215 apesar “escrever” alguns direitos decorrentes de conquistas da humanidade, não os concretizou, ou seja, não possuíam proteção constitucional propriamente dita, uma vez que não alcançou todos os cidadãos, mas apenas a elite inglesa. Além disso, as limitações diziam respeito apenas ao poder do Rei, não se estendendo ao Parlamento.

Já em 1776 a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América foi decorrência da revolução das colônias inglesas na América, fundada na ideia do Liberalismo, proclamando sua independência do Reino Unido. A partir dela cada Estado institui seu próprio sistema, e cada qual previa instrumentos de proteção aos direitos fundamentais, o que foi repetido depois pela Constituição Americana de 1787. Nesse sentido José Reinaldo de Lima Lopes (2000, p. 314) salienta:

Em julho de 1776, já no início do processo de independência das treze colônias, havia sido proclamada na Virgínia uma lista de direitos. É um documento fundador do novo Estado liberal: reconhece direitos inatos, que ao Estado compete apenas garantir, não instituir (...).

A Declaração dos Direitos do Estado da Virgínia, a qual precede a Declaração de Independência já garantia os direitos naturais de todos os homens, ficando clara a proteção aos direitos subjetivos. Outro marco importante para a proteção dos chamados direitos do homem foi a Declaração Francesa proclamada em 1789 em resposta à Revolução Francesa, que trazia a reação contra o Poder do Estado, marcado pelo absolutismo, bem como pelo regime feudal excessivamente opressivo.

Independente de o homem estar ou não inserido na sociedade a partir da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, a ele eram assegurados direitos, uma vez que a proteção aos direitos humanos não decorria da posição em que o indivíduo ocupava na sociedade, mas do reconhecimento de seus

direitos inerentes. Direitos esses que foram positivados posteriormente nas Constituições de vários países entre os séculos XIX e XX, e a partir de então deixaram de ser apenas direitos humanos, ganhando status de direitos fundamentais.

Ainda nos séculos XIII a XVIII outros movimentos como o Renascimento, o Humanismo e o Iluminismo, que por sua vez consagrou o importante papel do homem na sociedade, lutando para o reconhecimento do indivíduo perante o Estado também pregavam a valorização de todo homem como pessoa e foram importantes para a positivação dos direitos do homem. Assim Elimar Szaniawski (2005, p. 38) salienta:

O Renascimento e, principalmente, o *humanismo*, que vinha se impondo a partir do século XVI, alavancaram novas idéias, que já fermentavam desde o recrudescimento da Baixa Idade Média, conduziram os juristas da época à formação do *direito geral de personalidade*, como um *ius in se ipsum*, surgindo as primeiras noções de *direito subjetivo* e a existência de um poder de vontade individual.

Posteriormente à Segunda Guerra Mundial, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 internacionalizou a proteção aos direitos fundamentais, pois foi proclamada pela Assembleia Geral da ONU (Organização das Nações Unidas), garantindo a dignidade da pessoa humana com fundamentado na liberdade, paz, igualdade, justiça, dentre outros tendo em vista a importância do seu reconhecimento frente aos governos totalitários, seguida pela Convenção Europeia de 1950, pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos de 1966, e pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia do ano 2000.

A proteção aos direitos da personalidade no âmbito privado, apenas foi conquistada tardiamente, passando a integrar o ordenamento jurídico pátrio a partir do século XXI, enquanto que no direito romano a *actio injuriarum* já trazia manifestações de proteção aos direitos da personalidade no âmbito privado quanto punia às manifestações ofensivas contras as pessoas, bem como na Inglaterra a Carta Magna reconhecia alguns direitos inerentes ao homem.

No entanto a ideia de proteção a esses direitos ocorreu primeiramente na Grécia, partindo de *hybris*, que significava exagero, quando o homem ultrapassa os limites que lhe foram impostos (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2009, p. 141) e, portanto, necessário sua tutela.

Com o decorrer do século XIX e XX houve a proteção desses direitos em várias codificações, mas com elevado grau de abstração. Alguns exemplos são a Lei de Roma (1895), o Código Alemão (1896) que previa a legalização ao nome, bem como a obrigação de reparar o dano quando decorrente de atentado contra a pessoa, sendo seguido pelo Código da Suíça que além de conter as disposições acima também enalteceu o papel da liberdade para tutela dos direitos da personalidade (BITTAR, 2008, p. 32 e 33).

Com o passar dos anos, os direitos da personalidade ganharam espaço com capítulos próprios em muitos ordenamentos como no Código Civil Italiano de 1942, o qual abrangeu além do direito ao nome também protegido em outros ordenamentos, o direito ao próprio corpo e a imagem. Esses direitos também foram contemplados com cunho constitucional, podendo citar como exemplo a Constituição Italiana de 1974 a qual estende a todos os cidadãos o direito à dignidade social, a da Espanha (1978), e a Portuguesa (1976).

Assim, no final do século XX e início do XXI foi introduzida a chamada cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade nas Constituições vigentes, como forma de assegurar maior efetividade aos direitos individualmente protegidos pelos ordenamentos civis, pois “somente a leitura da norma civil à luz da constituição e de seus princípios superiores é que revelará, à noção de direito da personalidade, a sua verdadeira dimensão” (SZANIAWSKI, 2005, p. 62). Isso tudo ocorre como a inserção do princípio da dignidade da pessoa humana, devendo o mesmo ser utilizado como parâmetro para a aplicação das regras nos demais ramos do direito.

Por fim, cabe salientar que a história de conquista dos direitos fundamentais e nesses estão inseridos os chamados direitos da personalidade resulta no chamado Estado Democrático de Direito, amparado do texto constitucional que além dos demais direitos pertencentes ao homem também protege a dignidade da pessoa humana prevista como princípio, nas suas várias acepções.

2.2 Desenvolvimento do Instituto no Brasil

O Direito Brasileiro sofreu influência do Direito Romano, pois esse foi difundido por toda a Europa, e também foi base do Direito Português bem como

Espanhol, e as Ordenações Filipinas foram feitas pelo rei espanhol Felipe II e vigoraram no Brasil até o Código Civil de 1916. Mas não é só, também possui ascendência no Direito desenvolvido pela Igreja Católica e pelo Direito Germânico. Nesse sentido Sérgio Semião (2000, p. 61) conclui: “(...) mas a verdade é que a legislação do Brasil civilizado teve por origem imediata as Ordenações do Reino de Portugal, cuja formação histórica teve por base o Direito Romano, modificado pelo Direito Canônico e pelo Direito Germânico”.

No Brasil, os direitos e garantias fundamentais foram positivados desde a Magna Carta 1824, conhecida como Constituição Imperial, a qual previa em suma a igualdade, a liberdade, e a inviolabilidade ao sigilo de correspondência, com base no liberalismo (LOPES, 2000, p.27).

O seu rol foi constantemente ampliado pelas Constituições posteriores, mas não foram positivados de forma específica no antigo Código Civil brasileiro. Carlos Alberto Bittar (2008, p. 60) complementa:

No Brasil, não obstante os precedentes da Constituição Imperial sobre a inviolabilidade da correspondência, a liberdade e a igualdade, foi na Republicana de 1891 (art. 72) que se cuidou dos direitos individuais de modo orgânico, ampliando-se na de 1934 e depois de 1946 o seu regime.

Apenas com o advento do texto constitucional de 1988 expandiu-se a proteção já reconhecida nos demais textos constitucionais, ampliando o rol de garantias, com destaque especial para o direito à vida, à segurança, à liberdade, bem como à propriedade com a aprovação da Declaração de Direitos Individuais. Assim, o respeito à dignidade da pessoa humana, amplamente assegurado na forma de princípio pela Constituição Federal (art. 1º, inciso III), trouxe mais efetividade a proteção desses direitos. Nesse sentido Francisco Amaral (2003, p. 257) salienta:

A tutela jurídica dos direitos da personalidade desenvolve-se em dois níveis, um de natureza constitucional, que reúne os princípios que organizam e disciplinam a organização da sociedade, e outro, próprio da legislação ordinária, que desenvolve e concretiza esses princípios. De modo mais específico, pode-se dizer que a proteção aos direitos da personalidade é de natureza constitucional, no que diz respeito aos princípios fundamentais que regem a matéria e que estão na Constituição, e é de natureza civil, penal, administrativa, quando integrante da respectiva legislação ordinária.

Enquanto o Código Civil traz a proteção pontual aos direitos da personalidade, a Constituição cuidou para que uma tutela geral se estabelecesse

sobre todos eles, com base nos princípios gerais de direito. Além disso, os direitos fundamentais ganharam especial proteção do constituinte ao estabelecer no artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV sua condição de cláusula pétrea, formando por assim dizer um núcleo de direitos essenciais.

Assim, tamanha sua proteção que não podem ser alterados nem ao menos mediante emenda constitucional. Paulo Bonavides (2011, p. 577) acrescenta: “Mas uma novidade de maior importância trouxe, de último, a nova Constituição: os direitos e garantias individuais recebem ali uma proteção suprema, vedando-se ao poder constituinte derivado a introdução de emenda que tenha a suprimi-los”.

O Código Civil de 2002 não trouxe propriamente inovações com relação à Constituição Federal, ou seja, não traz normas específicas sobre o tema, mas em contrapartida tem-se dispositivos legais que tratam mais profundamente de matérias isoladas como o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei que trata da investigação de paternidade (Lei 8.560/92) que vem conferindo maior preocupação aos direitos inerentes à pessoa, a Lei da Imprensa (Lei 4.177/62), a Lei sobre os direitos autorais (Lei 9.610/98) bem como a Lei de Transplantes (9.434/97) que trata da disposição sobre partes do corpo, e o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003).

No Código Civil o tratamento dispensado aos direitos da personalidade ocorre de forma genérica, cuja interpretação necessita ser feita pela jurisprudência e pelos doutrinadores, através de princípios norteadores. O Código não esgota o tema, mas os direitos da personalidade são tratados de forma mais objetiva nos artigos 11 a 21, com capítulo próprio dedicado a eles. Em suma o artigo 11 trata-os como essenciais, sendo, portanto, intransmissíveis e irrenunciáveis, apenas excluindo-se os casos previstos em lei.

O artigo 12 consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição quando prevê a reclamação de perdas e danos. Os artigos 13 a 15 por sua vez tratam do direito à vida, discorrendo sobre o direito ao corpo, em especial no que se refere à intervenção cirúrgica ou ao tratamento médico, bem como às partes do corpo no que diz respeito aos transplantes.

O direito ao nome está consagrado no artigo 16, enquanto o artigo seguinte trata de publicações que atinjam tanto o nome bem como a honra, a moral da pessoa. O direito à honra, propriamente dito, está consagrado no artigo 20 do ordenamento civil e o artigo 21 estabelece o direito à privacidade, à vida privada da pessoa, no mesmo sentido que a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso X.

Maria Helena Diniz (2005, p. 135) assevera: “O direito à privacidade da pessoa (CF, art. 5º, X) contém interesses jurídicos, por isso seu titular pode impedir invasão em sua esfera íntima (CF, art. 5º, XI)”.

Há também a previsão da cláusula geral de responsabilidade civil constante no artigo 186 do Código que se estende à proteção desses direitos, assim, prevê a reparação em perdas e danos para aquele que sofrer dano a direito da personalidade.

Conforme dito anteriormente os direitos da personalidade não se exaurem nos artigos 11 a 21 do Código Civil, pois este rol é meramente exemplificativo, devendo ser analisados os casos concretos que envolvem a matéria em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A disciplina e a proteção aos direitos da personalidade não ocorre somente no âmbito civil e constitucional, mas também na área penal, por exemplo, quando prevê os delitos que afrontam os direitos da personalidade como a vida, a integridade física, a honra, consagrados pelo interesse público, tanto no Código Penal bem como em legislação especial.

Em apertada síntese, é possível notar que o nascimento e a evolução da teoria dos direitos da personalidade deve-se aos anseios das diferentes manifestações da sociedade, cada uma ao seu tempo, contra o poder estatal, conquistando a valorização do indivíduo como pessoa humana. Nesse sentido assinala Adriano de Cupis (2008, p. 24):

Todo o meio social tem uma sensibilidade particular relativamente à essencialidade dos direitos. É assim que, mudando a consciência moral, modificando-se o modo de encarar a posição do indivíduo no seio da sociedade, muda correlativamente o âmbito dos direitos tidos como essenciais à personalidade. Ao repercutir-se esta concepção sobre o ordenamento jurídico, os direitos da personalidade adquirem uma figura positiva.

Assim, conforme se alteram os interesses da sociedade é que os direitos da personalidade são reconhecidos, a exemplo da noção de direito ligado à religião, que prosperou por muitos anos e depois se alterou, aproximando a ideia de direito à ética. Com isso, em cada fase da história alguns direitos foram sendo valorizados, preponderando como ideia central a de que o Estado apenas positiva direitos já existentes (direito natural) segundo as necessidades das pessoas, mas não os cria propriamente (BITTAR, 2008, p. 08).

No mesmo sentido, Roxana Borges (2005, p. 24), afirma que a conquista de muitos desses direitos se deve à desigualdade social assim como ao avanço tecnológico:

Dentre os primeiros direitos típicos de personalidade reconhecidos como direitos fundamentais estão o direito à vida, o direito à liberdade e o direito à integridade física. Foram direitos reconhecidos a partir da oposição entre indivíduo e Estado. Visava-se a proteger a pessoa contra as intervenções arbitrárias do Estado. Com o aumento populacional das cidades, com o crescimento dos veículos de comunicação de massa, com o aumento do desequilíbrio nas relações econômicas e com o avanço tecnológico, outros direitos da personalidade emergiram, desta vez não apenas para proteger o indivíduo contra o Estado, mas para protegê-lo também contra a intervenção lesiva de outros particulares.

Assim, é possível observar que o surgimento desses direitos ocorre primeiramente no âmbito público, protegendo as pessoas das intervenções do Estado, que conforme é de conhecimento, muitas vezes age de forma arbitrária. Atualmente os direitos da personalidade também atuam no âmbito privado, para proteger as relações entre os particulares, que em suas ações acabam lesando o próximo. São, portanto, direitos subjetivos tutelados não apenas por legislação ordinária como também pelo texto constitucional.

3 DA PERSONALIDADE

O ser humano tem personalidade que deve ser entendida como uma capacidade de direito ou titularidade de direitos e também obrigações, independente de seu grau de discernimento, pois a personalidade é inerente à natureza humana.

Com isso, a pessoa trata-se de elemento primário, essencial para adquirir personalidade, nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa (2011, p. 133): “(...) só o ser humano pode ser titular das relações jurídicas. No estágio atual do Direito, entendemos por *pessoa* o ser ao qual se atribuem direitos e obrigações”, trata-se do pressuposto para que possa garantir direitos inerentes à personalidade jurídica.

Assim, sem a existência da pessoa não é possível tratar dos direitos da personalidade, uma vez que a personalidade é característica inerente a ela. A personalidade, por sua vez, trata-se do atributo concedido a toda pessoa, e através dele torna-se possível à aquisição de direitos. Francisco Amaral (2003, p. 40) brilhantemente introduz o conceito de personalidade:

A personalidade é, sob o ponto de vista jurídico, o conjunto de princípios e regras que protegem a pessoa em todos os seus aspectos e manifestações. A partir do art. 1º da Constituição Federal, que consagra o princípio da dignidade da pessoa humana, compreende as prescrições constitucionais, civis, penais e administrativas que protegem os chamados direitos da personalidade, aqueles que têm como objeto os valores essenciais da pessoa no seu aspecto físico, moral e intelectual.

O conceito de personalidade está intimamente ligado ao princípio da dignidade humana, pois serve para proteger a pessoa humana garantindo-a uma vida digna. Além disso, não pode ser confundido com o conceito de capacidade. Nas palavras de Washington de Barros Monteiro (2012, p. 74): “Capacidade é a aptidão para adquirir direitos e exercer, por si ou por outrem, atos da vida civil. O conjunto desses poderes constitui a personalidade, que, localizando-se ou concretizando-se num ente, forma a pessoa”.

A capacidade trata-se, portanto, da medida da personalidade uma vez que é a aptidão para exercer e adquirir os direitos (da personalidade ou não) do titular, na órbita civil. De todo o exposto, imprescindível conceituar qual o momento em que o homem adquire personalidade, ou seja, a partir de quando passa a ser

considerado como pessoa para o Direito, pois é a partir deste momento que ele adquire os direitos inerentes à personalidade.

3.1 Início da Personalidade e o Nascituro

Conforme já dito anteriormente, para ser sujeito de direitos da personalidade é necessário ser pessoa, “não se pode ser sujeito de direitos e obrigações, se não está revestido dessa susceptibilidade, ou da qualidade de ‘pessoa’” (CUPIS, 2008, p. 21), e é por isso que existe a discussão sobre qual a teoria adotada quando se fala em início da personalidade: natalista, concepcionista ou concepcionista condicionada.

O início da discussão sobre se aquele já concebido, mas que ainda está por nascer deve ou não ser considerado pessoa, e conseqüentemente a ele estendidos os direitos inerentes à personalidade ocorreu em Roma. Para os romanos o nascimento com vida não era suficiente para que fosse reconhecida a personalidade civil.

Na antiga sociedade romana predominou-se o entendimento pela adoção da teoria natalista, quando sustentavam que “o feto é apenas parte das vísceras da mulher e não podia, portanto, ser considerado homem” (SEMIÃO, 2000, p. 47), ou seja, não existia autonomia do feto com relação ao útero materno e, portanto, apenas considerava-se pessoa com a vida extrauterina.

Dessa forma, o nascimento com vida era condição imprescindível, mas não é só. O Direito Romano ainda exigia dois outros requisitos para que o nascituro fosse tido como pessoa. Um deles é a forma humana, e aqueles que não a possuíam eram considerados monstros.

O nascimento com más formações congênicas ou a falta de formação da área cerebral era um exemplo daquilo que a sociedade romana considerava como falta de forma humana, pois consolidou o entendimento de que “seriam monstros apenas os que não apresentassem, na cabeça, conformação humana” (ALVES, 2003, p. 93), aqui abrangidos os fetos anencéfalos.

Além do nascimento com vida e da forma humana, era necessário viabilidade do recém-nascido, que pode ser entendida como a capacidade do nascido de continuar a viver, ou seja, “a possibilidade fisiológica de vida, que

pressupõe a existência de órgãos essenciais do corpo humano” (GOMES, 2010, p. 109), hipótese em que eram exigidos ao menos seis meses de gestação.

Assim, para os romanos o nascituro não era considerado pessoa e, portanto, não possuía direitos inerentes à personalidade, pois apenas recebia a condição de pessoa aquele que reunia três requisitos: nascimento com vida, forma humana, bem como ser viável sua continuidade de vida.

No Direito pátrio, é necessário analisar o artigo 2º do Código Civil para discutir sobre o momento do início da personalidade e os direitos inerentes a ela. O dispositivo dispõe: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Autores como Silmara J. A. Chinelato e Almeida, Francisco Amaral e Luciano Dalvi Norbim defendem a teoria concepcionista afirmando que a personalidade civil do homem se inicia desde a sua concepção, devendo o nascituro ser considerado pessoa e, portanto sujeito de direitos.

Os autores concepcionistas afirmam que o homem é protegido pelo Direito ainda no ventre materno, como se nascido fosse, e dessa forma, dentre outras justificativas para os defensores dessa corrente encontra-se a punição do aborto, a possibilidade de reconhecimento da filiação do feto, a suscetibilidade do nascituro de receber doações bem como de beneficiar-se de testamento.

Quanto à punição encontrada no Código Penal referente ao aborto, essa corrente afirma que o bem protegido trata-se da vida do feto, ser humano que ainda está por nascer e que, portanto, não há como se falar em crime de aborto se a personalidade do nascituro não for reconhecida. Nesse sentido Márcio Martins Moreira (2003, p. 20 e 21) afirma:

A lei protege a vida do concepto desde o início de sua formação, o que se dá com a conseqüente punição do aborto, o que corrobora para a teoria da conceptualidade aqui exposta, quanto ao início da personalidade desde a concepção. (...) Ora, a vida, que é conjunto de atributos que caracterizam o ser humano, é a célula mater dos direitos da personalidade. Reconhecer o direito a vida e não reconhecer os direitos da personalidade do nascituro é como reconhecer a existência do fogo e negar-lhe o atributo do calor. É ver os oceanos e não reconhecer a salinidade deles. É enxergar o sol e não considerar seus raios.

Essa doutrina afirma a importância em se reconhecer os direitos à personalidade ao nascituro, pois afirma ser impossível negar a ele o direito a vida, uma vez que este é inerente a qualquer ser humano. Ocorre que mesmo a doutrina

natalista reconhece o direito à vida do nascituro, apesar de não estender-lhes os direitos da personalidade, conforme será visto mais adiante.

Com isso, Sérgio Semião (2000, p. 208 e 209) afirma: “Não há como conciliar a doutrina que sustenta a irrestritibilidade dos direitos do nascituro com o direito civil, penal, constitucional, processual, trabalhista, comercial, tributário com o novel biodireito, enfim, com todo o ordenamento jurídico pátrio.” Analisando, pois, as diversas disciplinas que compõem o Direito pátrio é possível concluir que a teoria concepcionista não foi a recepcionada pelo nosso ordenamento.

Para tentar resolver a questão criou-se a chamada teoria concepcionista da personalidade condicional. Para seus adeptos os direitos da personalidade seriam garantidos desde a concepção, mas sob a condição de nascer com vida. Assim, segundo Clóvis Bevilacqua (2007, p. 97), defensor dessa teoria, “a personalidade civil do ser humano começa com a concepção, declarava o Projeto do Código Civil Brasileiro elaborado em 1899, sob a condição, acrescentava, de nascer com vida”. Mas essa também não foi a teoria adotada pelo Código Civil brasileiro.

Por outro lado autores como Caio Mário da Silva Pereira, Sílvio de Salvo Venosa, bem como a maioria da doutrina, afirmam que a personalidade civil do homem apenas se inicia com o nascimento com vida, mas que alguns direitos são garantidos ao nascituro, pois este possui expectativa de adquirir personalidade, enquanto concebido mais ainda não nascido.

Assim, o nascituro é tratado como mera possibilidade de se tornar pessoa, situação que apenas se concretiza com o seu nascimento com vida, momento em que adquire os chamados direitos da personalidade. Orlando Gomes (2010, p. 109) consolida o seguinte entendimento:

A personalidade civil do homem começa com o nascimento com vida. Não basta o nascimento. É preciso que o concebido nasça vivo. O natimorto não adquire personalidade. Entende-se que alguém nasceu com vida quando respirou. Se viveu ou não é questão que só se resolve mediante perícia médico-legal.

O nascimento não basta para a aquisição de direitos da personalidade, devendo o recém-nascido estar vivo. Ainda não separado do ventre materno, o nascituro não é pessoa, não subsiste vida e, portanto não possui direitos da personalidade. Aquele que se encontra no ventre materno apenas se mantém vivo

graças à mãe, que é responsável por sua alimentação e respiração e com isso, não possui vida própria.

É necessário lembrar que apesar da regra do nascimento com vida para a aquisição de direitos da personalidade os natalistas sustentam a premissa do *infans conceptus pro habetur, quoties de commodis ejus agitur*, segundo a qual apenas estendem-se alguns direitos ao nascituro naquilo que lhe for vantajoso. Exemplo disso ocorre quando necessário se faz a nomeação de curador ao nascituro.

Esse curador apenas cuida para que os direitos do nascituro sejam protegidos de forma futura e eventual e, portanto, garantidos caso venha a nascer com vida, mas não se trata de uma representação, pois o nascituro não possui capacidade e sequer personalidade (SEMIÃO, 2000, p. 209).

Mesmo não sendo pessoa e, portanto não possuindo os direitos da personalidade, o nascituro possui direito à vida, pois se trata de direito personalíssimo, da mesma forma que é possível nomear curador em algumas hipóteses (quando o genitor houver falecido e a genitora não possui o poder familiar) com o objetivo de defender seus direitos, conforme visto anteriormente, também pode receber doações (que apenas se efetiva com o nascimento com vida), beneficiar-se de herança, bem como pode ter reconhecida sua paternidade (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2009, p. 85). Assim, o nascituro não é pessoa, mas é capaz de adquirir alguns direitos.

Em alguns casos taxativamente previstos a Lei confere direitos ao nascituro. Aqui é possível citar o caso da criminalização do aborto provocado, que não se trata de considerar o nascituro como pessoa, pois não lhe são assegurados direitos e obrigações decorrentes da personalidade, mas apenas de proteger o feto que possui probabilidade de nascer com vida.

Com isso quando o artigo 2º dispõe que “a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” quer afirmar que alguns direitos, que são tomados em um rol taxativo, são garantidos ao nascituro. Assim, as hipóteses em que é considerado o momento da concepção para fins de proteção aos direitos da personalidade são taxativas, não admitindo sua extensão a outras situações. Nesse sentido Sérgio Semião (2000, p. 41):

Sustentam os natalistas que, caso os direitos do nascituro não fossem taxativos, como entendem os concepcionistas, nenhuma razão existiria para que o Código Civil declinasse, um por um, os seus direitos. Fosse ele pessoa, todos os direitos subjetivos lhe seriam conferidos automaticamente, sem necessidade da lei decliná-los um a um.

Quando se assegura alguns direitos ao nascituro, não quer dizer que esse possui personalidade, pois se assim fosse, o ordenamento não trataria individualmente cada direito concedido àquele que ainda está por nascer, mas simplesmente estenderia a eles todos os direitos inerentes à personalidade.

O doutrinador Sílvio de Salvo Venosa (2011, p. 137) complementa:

A posição do nascituro é peculiar, pois o nascituro possui, entre nós, um regime protetivo, tanto no Direito Civil como no Direito Penal, embora não tenha ainda todos os requisitos da personalidade. Desse modo, de acordo com nossa legislação, inclusive o Código de 2002, embora o nascituro não seja considerado pessoa, tem a proteção legal de seus direitos desde a concepção.

Isso pode ser demonstrado quando o próprio Direito admite a supressão do direito a vida do nascituro em prol da vida da mãe no caso de aborto terapêutico, estabelecendo expressa desigualdade entre os direitos da mãe e daquele que está por nascer.

O mesmo ocorre no caso do aborto sentimental em que o sentimento de repulsa em gerar um filho que é fruto de uma relação de estupro possui valor superior à vida do feto. Ainda no que tange à matéria penal, o desvalor entre os direitos da pessoa nascida com vida e daquele ainda não nascido pode ser observado na pena conferida ao crime de aborto, que é menor se comparada a pena do homicídio, apesar de os dois crimes tutelarem o bem jurídico vida.

Além do mais, se o nascituro possuísse direitos da personalidade (segundo preconiza a teoria concepcionista), não seria preciso a criação do crime de aborto, uma vez que a conduta seria a descrita no “caput” do artigo 121 do Código Penal. Assim, Sérgio Semião (2000, p. 142) assevera que: “De tudo o que foi expedido, infere-se que o Direito Penal Brasileiro só pune o aborto em proteção ao nascituro, enquanto simples *spes personae*, não como pessoa”, ou seja, a criminalização do aborto deve-se ao fato de punir a conduta de ceifar a vida de uma expectativa de pessoa e não propriamente de uma pessoa.

Apesar de o Código Civil proteger os direitos do nascituro, deixa claro que os direitos da personalidade apenas se iniciam com o nascimento com vida,

filiando-se o Brasil à teoria natalista, mas diferentemente do que era exigido no Direito Romano ficam dispensados os requisitos de forma humana bem como de viabilidade do recém-nascido. Carlos Alberto Bittar (1991, p. 117 e 118) também corrobora desse entendimento:

Adotou-se sistema em que se tem como início da personalidade o nascimento com vida, mas se respeitam os direitos do nascituro, desde a concepção, ou seja, quando formado o novo ser. Conforme esse entendimento, ficam sob condição da vinda à lume os direitos do nascituro, considerando-se como tal a exalação do primeiro sopro de vida após a separação da mãe, que demonstra afirmação da nova existência, diversa da genitora, cabendo daí, pois, ao filho, todos os direitos reconhecidos à pessoa humana no plano jurídico. Mesmo que venha a falecer em seguida, considera-se adquiridos os direitos, para todos os efeitos próprios, protegendo-se assim os interesses do nascituro e do respectivo círculo familiar.

Assim, o ordenamento pátrio não reconhece personalidade ao nascituro, todavia, no artigo 2º do Código Civil salvaguarda os seus direitos desde a concepção quando esses tratam de seu interesse, ficando equiparado à pessoa, considerado como se já nascido fosse, subsistindo a regra *infans conceptus pro habetur, quoties de commodis ejus agitur*, conforme dito anteriormente. O nascituro recebe proteção a alguns direitos elencados em um rol taxativo, mas não possui direitos subjetivos, por lhe faltar o atributo da personalidade.

Os direitos da personalidade ficam, então, subordinados ao nascimento com vida, e nesse sentido Jussara Maria Leal de Meirelles (2000, p. 52) complementa:

A aquisição de direitos surgidos desde a concepção subordina-se ao evento futuro e incerto do nascimento com vida, de tal forma que se ocorrer, efetivamente dar-se-á a aquisição; de outra sorte, se houver aborto ou se natimorto for considerado o nascituro, não haverá perda ou transmissão de direitos.

A maioria dos países, como o Brasil, também adota a teoria natalista exigindo o nascimento com vida para a determinação da personalidade, e dessa forma não considera o nascituro como pessoa. A exceção encontra-se nos países como Áustria e, sobretudo, Argentina, em que o Código Civil preferiu a teoria concepcionista (ALMEIDA, 2000, p. 77 e 86).

Como defensores da teoria natalista é possível citar países como Espanha, Portugal, Itália, França, Alemanha, Uruguai, Suíça, dentre outros. Mas

dentre eles há algumas peculiaridades, conforme salienta Maria Helena Diniz (2005, p. 191 e 192):

No direito civil francês e holandês (art. 3º) não basta o nascimento com vida; é necessário que o recém-nascido seja viável, isto é, apto para a vida. Se nascer com vida sua capacidade remontará à concepção. O direito civil espanhol (art. 30) exige que o recém-nascido tenha forma humana e que tenha vivido 24 horas, para que possa adquirir personalidade. O direito português também condicionava à vida a figura humana (art. 6º). Para o argentino (art. 7º) e o húngaro (seção 9) a concepção já dá origem à personalidade.

Mesmo entre os países que adotam a teoria natalista, alguns deles ainda remetem aos requisitos exigidos em Roma, dentre eles a viabilidade do feto, bem como forma humana, para que seja conferido o estado de pessoa àquele que nasce com vida.

No Brasil, predominando a teoria natalista no ordenamento jurídico, os direitos da personalidade apenas são adquiridos para aqueles que nascem com vida, em contrapartida, o próprio Código Civil concede alguns direitos ao nascituro, vislumbrando nele a expectativa de se tornar pessoa.

3.2 Características dos Direitos Decorrentes da Personalidade

Direitos da personalidade são aqueles que se fundamentam na própria existência, e por assim dizer, basta o simples “ser”, independente de qualquer outra coisa para que a pessoa possa adquiri-los. São aqueles direitos essenciais ao homem, que podem ser tanto naturais da pessoa humana como se desenvolverem de acordo com a evolução da sociedade. Portanto, as pessoas possuem um conjunto de caracteres próprios e são dotadas de alguns atributos que formam a essência de cada um. São reconhecidos pela Constituição e pelo Código Civil, onde ganham proteção, a fim de que a pessoa desfrute desses direitos no âmbito da coletividade em que vive.

Com isso, a doutrinadora Maria Helena Diniz (2005, p. 123), brilhantemente enaltece seu conceito:

O direito da personalidade é o direito da pessoa de defender o que lhe é próprio, como a vida, a identidade, a liberdade, a imagem, a privacidade, a

honra etc. É o direito subjetivo, convém repetir, de exigir um comportamento negativo de todos, protegendo um bem próprio, valendo-se de ação judicial. Como todos os direitos da personalidade são tutelados em cláusula pétreia constitucional, não se extinguem pelo seu não-uso, nem seria possível impor prazo para sua aquisição ou defesa.

Trata-se, pois, de direito subjetivo, atualmente amparado pelo texto constitucional, que compreende tanto o exercício de direitos pelo seu titular bem como a possibilidade de defendê-los perante terceiros, inclusive o Estado. Os direitos da personalidade mostram-se como direitos subjetivos, inerentes ao ser humano, possuindo natureza privada, mas também encontram proteção na Constituição Federal como liberdades públicas.

Há uma diferenciação entre direitos inatos, que são aqueles que por natureza pertencem à pessoa, independente de sua positivação, pois são anteriores ao Estado, e direitos da personalidade, que por sua vez constituem direitos subjetivos, protegidos pelo ordenamento jurídico. Por serem revestidos de essencialidade, os direitos da personalidade acabam sendo inatos na maioria das vezes, mas também podem ser adquiridos. Quanto à sua proteção Francisco Amaral (2003, p. 257) afirma:

Cabe destacar que os direitos da personalidade surgiram nos citados textos fundamentais como *direitos naturais* ou *direitos inatos*, que se denominavam inicialmente de *direitos humanos* assim compreendido os direitos inerentes ao homem.

Alguns desses direitos humanos são positivados nos textos constitucionais, passando a chamar-se *direitos fundamentais*, como objeto de especial garantia em face do Estado.

Portanto, por recebem proteção constitucional, muitas vezes a expressão “direitos fundamentais” é utilizada como sinônimo de “direitos da personalidade”. No mesmo sentido Ingo Wolfgang Sarlet (2008, p. 100 e 101) tratando dos direitos fundamentais e de sua abertura material complementa:

O mesmo se poderá afirmar em relação aos direitos da personalidade consagrados no novo Código Civil, visto que estes direitos já poderiam também ser deduzidos de uma cláusula geral de tutela da personalidade ancorada no direito geral de liberdade e no princípio da dignidade da pessoa humana, como, de resto, ocorre com o direito ao nome, já consagrado pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Tal cláusula geral de tutela da personalidade, da qual decorre um direito geral de personalidade ou, como na Alemanha, um direito ao livre desenvolvimento da personalidade, assume, por sua vez, a condição de direito fundamental implícito na nossa ordem constitucional.

Assim, mesmo que não tratados de forma explícita pela Constituição Federal, os direitos da personalidade estão protegidos devido ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois trata-se do mínimo necessário para a garantia de uma vida digna. Os chamados direitos humanos se tornaram direitos fundamentais uma vez que receberam proteção constitucional, mostrando, com isso, sua essencialidade para a garantia da dignidade humana, princípio primeiro do Estado Democrático de Direito.

Os direitos fundamentais têm, portanto, como finalidade primordial a proteção aos direitos inerentes ao homem, em resumo à sua dignidade. Não são restritos ao artigo 5º da Constituição Federal, mas se encontram em todo o texto constitucional, bem como nos Tratados ou nas normas de direito internacional.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem assinada em 1948 pela ONU trata-se de outro instrumento de grande importância para a valorização dos direitos fundamentais ou da personalidade. Paulo Bonavides (2011, p. 578) enaltece sua importância:

A Declaração Universal dos Direitos do Homem é o estatuto de liberdade de todos os povos, a Constituição das Nações Unidas, a carta magna das minorias oprimidas, o código das nacionalidades, a esperança, enfim, de promover, sem distinção de raça, sexo e religião, o respeito à dignidade do ser humano.

Fica demonstrado, com isso, que esse dispositivo foi ponto culminante para a garantia dos direitos humanos no cenário internacional, incentivando os ordenamentos de muitos países a positivá-los após o período da Segunda Guerra Mundial, em que os direitos do ser humano necessitavam mais do que nunca de uma proteção mais efetiva.

Os direitos fundamentais dividem-se em gerações, de acordo com seu reconhecimento pelas constituições ao longo da história. Os direitos de primeira geração remetem ao século XVIII e trazem a ideia do Estado mínimo, baseado na sua abstenção e, portanto, limita-se à segurança pública e à defesa da ordem, garantindo os direitos civis e políticos.

Já os direitos de segunda geração possuem caráter positivo, no qual o Estado passou a ser chamado com a finalidade limitar o poder econômico e evitar abusos, e assim foi considerado o Estado Social, pregando a igualdade, uma vez que possuem como referências históricas marcantes a Revolução Industrial ocorrida

na Europa no século XIX, bem como a Primeira Guerra Mundial no século XX (LENZA, 2011, p. 861).

Com o desenvolvimento da sociedade surgem novos direitos a serem protegidos constitucionalmente, e com isso os direitos de terceira geração são por assim dizer os direitos a solidariedade ou fraternidade e, portanto, transcendem o indivíduo (direitos transindividuais).

Paulo Bonavides (2011, p. 571 e 579) não se contenta com as três gerações de direitos e afirma ainda que os direitos ligados à proteção da minoria ou das diferenças, em especial a democracia, o pluralismo e a informação são classificados como direitos de quarta geração, enquanto que o direito a paz surge como direito de quinta geração.

Dentre os direitos da personalidade encontram-se o direito à vida, a integridade física e psíquica, à imagem, ao nome, à liberdade em sentido amplo (de religião, de crença, de consciência, de locomoção), à intimidade, dentre outros direitos que são garantidos aos cidadãos para que possam viver com o mínimo de dignidade.

Quanto às características, esses direitos se sobressaem, pois são direitos irrenunciáveis, indisponíveis, e intransmissíveis segundo previsão do próprio Código Civil, mas também são classificados como imprescritíveis, extrapatrimoniais, impenhoráveis, vitalícios, e oponíveis *erga omnes*.

São intransmissíveis e irrenunciáveis, pois nascem e morrem, em regra, com o seu titular, não podendo ser transferidos para outra pessoa, segundo o próprio artigo 11 do Código Civil, salvo as exceções previstas em lei. A própria pessoa não pode fazer disposições sobre esse direito, pois não se trata de direito sobre a vida, mas à vida, conforme entendimento de Carlos Alberto Bittar (2008, p. 71). Nesse sentido Adriano de Cupis (2008, p. 58) salienta:

Os direitos da personalidade, enquanto intransmissíveis, são também indisponíveis, não podendo, pela natureza do próprio objeto, mudar de sujeito, nem mesmo pela vontade de seu titular. Incluem-se, por isso, naquela categoria excepcional de direitos sobre os quais o sujeito não tem poder jurídico, e que, segundo a solução que se dá ao problema, podem classificar-se como direitos com conteúdo mais restrito que o normal, ou como direitos que não são acompanhados por uma faculdade paralela à disposição. Os direitos da personalidade estão subtraídos à disposição individual, tanto como a própria personalidade.

O artigo 2º do diploma civil, por sua vez, leva à conclusão de que são direitos indisponíveis, mas isso não está completamente correto, pois devido à autonomia privada, calcada na ideia de liberdade, algumas exceções a essa característica podem surgir. É o que ocorre, por exemplo, no caso do direito à imagem, de doação de órgãos de forma gratuita, desde que não atinja a integridade física, e a violação à intimidade, em que o titular dispõe dos direitos da personalidade. Maria Helena Diniz (2005, p. 123) cita o seguinte exemplo: “Pessoa famosa poderá explorar sua imagem na promoção de venda de produtos, mediante pagamento de uma remuneração convencionada”.

São direitos vitalícios uma vez que são natos, nascem e morrem, em regra, com seu titular, mas ficam protegidos o direito a honra e imagem do *de cujus*. Nesse sentido Francisco Amaral (2003, p. 226) salienta:

Discute-se a possibilidade de prolongamento da personalidade após a morte da pessoa para proteger-lhe os respectivos direitos da personalidade, e para justificar a condenação à ofensa moral contra o morto. Procura-se, assim, garantir o seu direito à honra e à reputação, agindo o respectivo cônjuge, ou os herdeiros, em nome e no interesse do defunto.

Também são extrapatrimoniais, pois não podem ser tratados como bens, apreciáveis economicamente, integrando o patrimônio de seu titular, mas isso não quer dizer que seu conteúdo não possa gerar valor econômico; “efetivamente, certos direitos podem ser explorados economicamente com o consentimento do titular, como o direito do autor e o direito à imagem, dos quais é possível auferir lucro” (MONTEIRO, 2012, p. 109). Outro exemplo ocorre quando há lesão a um direito da personalidade que não permite que o status anterior seja retomado e como consequência apura-se a indenização, bem como ocorre na quantificação de dano moral.

Os direitos da personalidade não admitem penhora e, portanto são impenhoráveis, bem como imprescritíveis por se tratar de direito potestativo, que não podem ser atingidos pelo prazo prescricional e com isso não é admissível sua extinção pelo não uso, nem pela sua falta de defesa, a qual pode ser exercida a qualquer tempo. Mas é necessário lembrar, como faz Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2009, p. 149) que a reparação por dano moral decorrente de lesão a direito da personalidade está sujeita a prazo prescricional de três anos,

por se tratar de uma indenização civil e não propriamente da defesa de direitos da personalidade.

Podem ser oponíveis contra todos que os violem, “são considerados *absolutos* porque são oponíveis *erga omnes*, ou seja, geram para toda a coletividade o dever geral de abstenção, de não intromissão nos direitos de personalidade de um sujeito” (BORGES, 2005, p. 33). São invioláveis segundo a própria Constituição Federal, que no artigo 5º, *caput*, os protege contra eventual violação causada por terceiros, não podendo ser violados nem mesmo pelo Estado e nesse sentido a doutrina classifica-os como direitos absolutos.

Em outra classificação, podem também ser tidos como direitos relativos, no sentido de que podem sofrer limitações no seu exercício. O doutrinador Alexandre de Moraes (2007, p. 28) complementa:

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (*Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas*).

Assim, os direitos da personalidade não são absolutos, pois existem limitações a esses direitos encontradas na própria legislação. No que diz respeito ao direito à vida, por exemplo, existem violações autorizadas por lei. Exemplo disso ocorre nos casos em que o aborto é admitido, seja para salvar a vida da gestante, bem como para impedir o sentimento de repulsa por um filho fruto de estupro, o Código Penal acaba por permitir a supressão da vida do feto.

Na situação acima o legislador faz uma ponderação de interesses, optando pelo bem estar da mãe no que diz respeito à sua integridade física no primeiro caso e psíquica no segundo versus a vida do feto, priorizando a gestante. Por isso nem mesmo a vida – bem jurídico supremo – pode ser considerada como direito absoluto.

Por fim, os direitos da personalidade não estão previstos em rol taxativo, e por isso são ilimitados. Luciano Dalvi Norbim (2006, p. 23) salienta:

Entendemos que os direitos da personalidade transcendem à posituação, pois são direitos inerentes e indissociáveis à condição humana e, obrigatoriamente, não podem ser tachados de forma a limitá-los. É notório que a evolução da sociedade seja mais rápida do que a das leis, surgindo novas formas de agressão à personalidade humana que reclamam novas formas de proteção à legislação vigente.

Tendo em vista os progressos da sociedade, em que cada vez surgem novas formas de lesão aos direitos da personalidade, sua proteção não pode limitar-se às inovações legislativas, que como bem afirmado acima são mais lentas do que o progresso da humanidade. É preciso interpretar as leis segundo a realidade social, e, portanto, os direitos da personalidade não são taxativos, ou seja, limitado a um número restrito de direitos.

Assim, levando em consideração todas as características dos direitos da personalidade acima tratadas, é possível concluir pela importância desses direitos, que recebem até mesmo proteção constitucional e por isso também são tidos como direitos fundamentais do homem.

4 DO DIREITO À VIDA

Dentre os direitos inerentes à personalidade humana, o direito à vida trata-se do mais importante a ser estudado, pois sem ele os outros direitos da personalidade não subsistiriam. Ele surge da Constituição, que assegurou a vida e proibiu qualquer tipo de solução não espontânea, como a eutanásia e o aborto. A vedação jurídica vem no artigo 5º, XLVII, “a”: “Não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX”.

Ele perdura do nascimento com vida – segundo a doutrina natalista, que é adotada pelo Código Civil – até a morte. Desse modo, Francisco Amaral (2003, p. 260) enaltece o papel do bem jurídico vida:

A vida humana é o estado em que se encontra um ser humano animado, normais ou anormais que sejam as suas condições físicas e psíquicas. Mais do que um estado, é o processo pelo qual um indivíduo nasce, cresce e morre. É bem jurídico fundamental, uma vez que se constitui na origem e suporte dos demais direitos. Sua extinção põe fim à condição de ser humano e a todas as manifestações jurídicas que se apoiam nessa condição.

A vida, portanto é pressuposto para todos os outros direitos da personalidade, que também estão ligados à ideia de dignidade da pessoa humana, uma vez que a vida não basta para que os direitos fundamentais possam ser exercidos e devidamente protegidos, é preciso também que haja o mínimo de dignidade a ser garantido. “O direito à vida funde-se com a própria personalidade, vinculando-se à mesma, uma vez que sem vida não haverá personalidade. Personalidade, vida e dignidade são figuras intimamente ligadas e inseparáveis” (SZANIAWSKI, 2005, p. 146).

É necessário lembrar que o sujeito possui direito à vida, e não sobre a vida (BITTAR, 2008, p. 71), não sendo possível sua disposição, devendo o seu titular zelar pela sua manutenção, bem como o Estado deve se responsabilizar por punir condutas que tenham por objetivo eliminá-la através do direito penal.

Dessa forma o Código Penal tutela o direito à vida especificamente em quatro dispositivos: artigos 121 (homicídio), 122 (induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio), 123 (infanticídio) e 124 (aborto). Nele encontram-se outros dispositivos

que punem, por exemplo, as lesões corporais e a omissão de socorro, protegendo também a vida bem como a integridade física do indivíduo.

A Constituição Federal protege o direito a vida no artigo 5º, III, prevendo além da inviolabilidade do direito à vida, também a proibição da tortura e do tratamento degradante. Recebe proteção também nos artigos 13 a 15 do Código Civil, nos quais se proíbe o ato de disposição do próprio corpo, quando for contrária aos bons costumes ou puder lesar a incolumidade física do indivíduo; a tutela daqueles que vão se submeter a cirurgias ou tratamento médico, não podendo obrigá-los quando importar risco à vida; bem como trata da disposição do corpo depois da morte.

Por se tratar de direito que se coloca sobre os outros direitos, revestido de essencialidade, basta apenas à existência da pessoa, e conseqüentemente sua personalidade para que seja tutelado, encontrando respaldo não só no Código Civil quando estabelece de forma clara que “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”, mas também no direito penal, bem como no texto constitucional. Nesse sentido Carlos Alberto Bittar (2008, p. 73) afirma:

No âmbito civil, admitida, de modo tranquilo, a inserção do direito à vida como de personalidade, apenas a partir das codificações de nosso século é que, como anotamos, vem a matéria ingressando no direito legislado, havendo, dentre nós, ao lado do texto projetado, as leis específicas citadas que, de regra, subjacentemente, têm-no como pressuposto necessário de todo o sistema jurídico.

Apesar da importância desse direito e de sua proteção indireta mesmo em civilizações mais antigas, foi apenas no século XXI que o direito à vida passou a ser positivado na esfera civil, e com isso, essa proteção não ocorre apenas em tratados internacional como na Declaração Universal de Direitos Humanos e na Convenção Interamericana de Direitos Cíveis e Políticos, mas em legislações ordinárias e na própria Magna Carta.

Devido à sua grande importância, o direito à vida possui expressa proteção na Constituição Federal. Nesse sentido Alexandre de Moraes (2007, p. 31) salienta: “A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência”.

O direito à vida trata-se de direito primário e a Constituição Federal tutela tanto o direito de não ser privado dela, no sentido de proteger contra eventuais ataques que possam tirar a vida da pessoa ou mesmo no zelo com a saúde, mas também o direito a uma vida digna, garantindo ao menos o mínimo para que isso ocorra. A dignidade humana trata-se de consequência da proteção ao direito à vida, e o princípio consagrado no texto constitucional tem como objetivo proteger a concretude desse direito. Nesse sentido Francisco Amaral enaltece (2003, p. 250):

A tutela jurídica dos direitos da personalidade, como adiante se explicitará, é de natureza constitucional, civil e penal, tendo como suporte básico o princípio fundamental expresso no art. 1º, III, da Constituição Brasileira, o da dignidade da pessoa humana. Significa este princípio, que orienta e legitima o sistema jurídico de defesa da personalidade, que a pessoa humana é o fundamento e o fim da sociedade, do Estado e do direito.

Mesmo depois das constantes conquistas advindas do reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana no período pós-guerra e em especial pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no Brasil esse princípio apenas foi positivado com o advento da Constituição Federal de 1988 ao dispor no artigo 1º, inciso III:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
I - a soberania;
II - a cidadania;
III - a dignidade da pessoa humana;

Ganha, com isso, lugar de destaque entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito. Anteriormente a dignidade da pessoa humana encontrava-se entre os direitos fundamentais, de forma implícita, mas a Magna Carta de 1988 elevou esse valor à ideia de princípio fundamental, devendo todo o ordenamento respeitá-lo e não apenas os direitos fundamentais (SARLET, 2008, p. 119). Além de um valor individual, em que cada pessoa possui de ser tratado dignamente o princípio também deve ser observado à luz de toda a sociedade, pois este é direito de todos.

Tamanha a importância da dignidade da pessoa humana para os direitos da personalidade que o doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet (2008, p. 343) considera:

O fato é que a dignidade é, essencialmente, uma qualidade inerente à pessoa humana viva, mais precisamente, expressão e condição da própria humanidade da pessoa. A vida (e o direito à vida) assume, no âmbito desta perspectiva, a condição de verdadeiro direito a ter direitos, constituindo, além disso, pré-condição da própria dignidade da pessoa humana. Para além da vinculação com o direito à vida, o direito à saúde (aqui considerado num sentido amplo) encontra-se umbilicalmente atrelado à proteção da integridade física (corporal e psicológica) do ser humano, igualmente posições jurídicas de fundamentalidade indiscutível.

Assim, mais importante do que o direito à vida, está o direito à vida digna, conceitos que estão intimamente ligados – vida e dignidade, devendo ser garantido à pessoa o mínimo para que ela possa exercer esse direito. Elimar Szaniawski (2005, p. 157) salienta: “O direito à vida não existe por si só, como direito especial de personalidade. O direito à vida vincula-se intimamente a outras tipificações de direitos da personalidade que o complementam, entre os quais o direito à qualidade de vida.”

Não basta viver, mas é necessário viver com dignidade. O conceito de vida digna é muito difícil de ser alcançado, uma vez que é impreciso, devendo ser observado em cada caso concreto, mas o certo é que engloba o direito à saúde, ao mínimo financeiro necessário à sua subsistência, e a se autodeterminar, no sentido de agir de acordo com suas próprias vontades.

Nesse conceito de qualidade de vida entram questões polêmicas como a eutanásia, a interrupção gestacional do feto anencefálico (objeto do presente estudo), o aborto eugênico, dentre outras que colocam em questionamento a “vida sem dignidade” que a pessoa poderia ter e essas práticas poderiam vir como forma de evitar o sofrimento. O fato é que a proteção ao direito à vida ocorre independente da idade e do estado da pessoa, como ocorre quando o ordenamento pune a eutanásia bem como o auxílio ou induzimento ao suicídio.

No Brasil não há crime de suicídio, pois este apenas configura-se como ilícito penal, mas aquele que presta auxílio, induz ou instiga a pessoa a ceifar sua vida responde pelo crime, podendo a pena chegar a 12 anos de reclusão no caso de vítima menor, com a capacidade diminuída, bem como se o crime houver sido praticado por motivo egoístico.

O fato de o direito não punir aquele que pratica ato para por fim à própria vida não quer dizer que o indivíduo possua o direito de abrir mão dela, pois conforme visto anteriormente, trata-se de direito indisponível. Adriano de Cupis (2008, p. 74) assevera:

Dada a impossibilidade de aplicar uma sanção a quem tenha consumado o suicídio, e também a ausência de uma norma incriminadora de tentativa de suicídio, o que é certo é que o suicídio em caso algum pode considerar-se como ato de exercício de um direito. Não basta que um fato não seja *contra jus* para que deva considerar-se como ato de exercício de um direito subjetivo: é também necessária uma defesa contra o exterior, que falta no caso do suicídio.

A inexistência de punição ao suicídio não pode ser considerada como um direito a ceifar a própria vida. Assim, toda vez que se depara com uma situação em que o sujeito abre mão de sua vida ou trata-se de uma disposição limitada ou ela não possui eficácia.

No caso de transfusão de sangue da testemunha de Jeová outra polêmica se instaura, pois essa religião não permite que o indivíduo receba sangue de outra pessoa. Aqui ocorre conflito de direitos da personalidade, ou mesmo de direitos fundamentais, assegurados pela Constituição Federal, estando de um lado à liberdade de crença, e de outro o direito à vida.

A solução para esta questão não pode ser dada de plano, devendo ser tratada como caso típico de ponderação de interesses, e com isso nos casos de urgência ou iminente perigo de vida, bem como no caso de paciente menor, o que tem prevalecido é que o médico não pode obstar a salvar a vida. “Ressaltamos que apenas a própria pessoa pode recusar-se ao tratamento. Assim, em caso de incapazes, a declaração feita pelo representante não é válida para a recusa do tratamento” (BORGES, 2005, p. 205).

No caso da eutanásia, apesar de muitas polêmicas, o desligamento de aparelhos quando o diagnóstico médico não demonstra chances de recuperação, estando o paciente em estado terminal, vem ganhando adeptos e encontra respaldo no atual projeto do novo Código Penal. Nesse sentido Elimar Szaniawski (2005, p. 159) afirma: “Modernamente, a eutanásia vem sendo vinculada ao direito à *qualidade de vida*, segundo o qual, a pessoa humana, não mais apresentando qualidades mínimas de continuar vivendo dignamente, possuiria o *direito de morrer*”.

Com isso o projeto do novo Código Penal prevê a tipificação dessa conduta como crime autônomo, com pena de dois a quatro anos uma vez que hoje aquele que pratica essa conduta responde pelo crime de homicídio. No caso concreto ao juiz seria dada prerrogativa de decidir se deve punir aquele que a praticou.

O fato é que a proteção a esse direito da personalidade trata-se do mínimo necessário para garantir a vida em sociedade, e nesse sentido Carlos Alberto Bittar (2008, p. 71), assevera:

Esse direito estende-se a qualquer ente trazido a lume pela espécie humana, independentemente do modo de nascimento, da condição do ser, do seu estado físico ou do seu estado psíquico. Basta que se trate de forma humana, concebida ou nascida natural ou artificialmente (*in vitro*, ou por inseminação), não importando, portanto: fecundação artificial, por qualquer processo; eventuais anomalias físicas ou psíquicas, de qualquer grau; estados anormais; coma, letargia ou de vida vegetativa; manutenção do estado vital com o auxílio de processos mecânicos, ou outros (daí por que questões como a da morte aparente e da ressurreição posterior devem ser resolvidas, à luz do direito, sob a égide da extinção, ou não, da chama vital, remanescendo a personalidade enquanto presente e, portanto, intacto o direito correspondente).

Não importando a condição do ser humano, lhe é assegurado o direito à vida, pois até mesmo a teoria natalista – adotada no Brasil – que considera como início da personalidade o nascimento com vida, também reconhece o direito à vida ao nascituro. Com isso, “A ordem jurídica assegura o direito à vida de todo e qualquer ser humano, antes mesmo do nascimento, punindo o aborto e protegendo os direitos do nascituro.” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2009, p. 151).

O direito à vida trata-se de direito indisponível e dessa forma não é possível abrir mão dele. Do mesmo modo a dignidade não pode ser negada a nenhum indivíduo, ela independe, pois, de qualquer requisito ou circunstância, como, por exemplo a capacidade de fato para os atos da vida civil, bem como o fato de estar privado temporariamente de sua liberdade, cumprindo pena em estabelecimento prisional. Todo homem tem direito a uma vida digna.

4.1 Alguns limites

O direito à vida, não é absoluto, assim como nenhum outro direito, e, portanto pode sofrer limitações por parte da lei, como todos os direitos fundamentais. Assim, até mesmo o direito à vida pode sofrer limitação como ocorre, por exemplo, quando a própria Constituição Federal prevê a possibilidade de instituição de pena de morte no caso de guerra declarada. Nesse sentido Rafaelo Abritta (2008, p. 08) afirma:

Deve-se destacar que, ao revés do alegado pelo requerente da ADI 3.510, a “vida” não é um direito absoluto até mesmo dentro do artigo 5º da Constituição Federal, uma vez em que o constituinte originário autorizou que o Estado institua a pena capital em períodos de conflitos bélicos (art. 5, XLVII, “a”).

Com isso, o Direito Penal traz exceções como o aborto do art. 128, o exercício regular de um direito, o estrito cumprimento do dever legal, bem como a própria Constituição Federal quando prevê a pena de morte para os casos de guerra declarada.

Quando o fato é praticado no exercício regular de direito não há crime. Exemplo disso ocorre nas intervenções médicas e cirúrgicas, pois a profissão do médico envolve riscos e salvo se agiu com dolo ou culpa, no caso de o paciente vir a óbito exclui-se a ilicitude do ato praticado pelo profissional.

O estrito cumprimento do dever legal trata das hipóteses impostas aos funcionários do Estado em que embora o agente pratique conduta típica, não há ilicitude, ou seja, não há punição. Essas situações devem estar expressamente taxadas em lei, não se considerando ato lícito quando praticado em decorrência de deveres inerentes a consciência religiosa ou moral do agente. Como exemplos em que o estrito cumprimento do dever legal pode ocorrer, Damásio E. de Jesus (2006, p. 399) cita:

- a) fuzilamento do condenado pelo executor: a conduta do carrasco é típica, uma vez que se enquadra na descrição do crime de homicídio (art. 121, *caput*); a antijuridicidade é excluída pelo cumprimento do dever legal;
- b) morte do inimigo no campo de batalha;

Protegido no texto constitucional, inclusive por cláusula pétrea, o direito a vida é inviolável e dessa forma deve ser respeitado inclusive e principalmente pelo Estado, mas nos casos de guerra declarada, hipótese tratada no art. 5º, XLVII, alínea “a” da Constituição Federal, é possível estipular a pena de morte.

O aborto, no qual a mãe ceifa a vida intrauterina trata-se de outro tema polêmico. Para os concepcionistas, a genitora não possui esse direito, nas palavras de Sérgio Abdalla Semião (2000, p. 36):

Asseveram que a vida é um bem inalienável e, nesse sentido, há um direito à vida, mas não há direito sobre a vida, e, se a mãe não tem direito sobre a

própria vida, para dela dispor, não há fundamento reconhecer-lhe o direito de dispor da vida do filho por nascer.

Protegendo os direitos do nascituro o Código Penal, independente da teoria que adote, pois a própria corrente natalista protege os direitos do nascituro desde a concepção, prevê pena de detenção de 1 a 3 anos quando a genitora praticar o aborto ou permitir que alguém o pratique. A punição, portanto, se estende também ao terceiro que em caso de não consentimento da gestante pode ser condenado a até 10 anos de reclusão, podendo incidir ainda as causas de aumento de pena de 1/3 no caso de gerar lesão grave e metade se resultar na morte da mãe.

Ocorre que em duas hipóteses o próprio código excepciona a punição, ao que se denomina aborto legal. A primeira delas ocorre no caso de a gestante estar em perigo de vida e não haver outro meio para que a vida dela possa ser salva, trata-se do chamado aborto necessário ou terapêutico. Nesse caso seu consentimento é dispensado em prol do direito supremo à vida da mãe, além disso, o ideal é que seja praticado por médico, mas na falta deste pode ser feito por outra pessoa, pois há patente de estado de necessidade (DELMANTO, 2007, p. 374).

A outra hipótese diz respeito ao aborto praticado no caso de gravidez resultante de estupro, também denominado aborto sentimental, ético ou humanitário. Com isso, quando a gravidez resultar de estupro e houver o consentimento da gestante ou do representante legal no caso de incapaz é possível que o médico pratique o aborto, dispensando a autorização do juiz. Aqui, prioriza a saúde psíquica da gestante, sua liberdade de escolha bem como dignidade. O penalista Celso Delmanto (2007, p. 375) juntamente com os outros autores de seu Código penal comentado conclui:

Essa previsão do legislador reconhece a relevância jurídica da tutela da saúde psíquica da mãe, de sua dignidade e livre-arbítrio, permitindo que ela, caso não suporte essa situação, decida não levar adiante uma gestação fruto de violência sexual, ainda que em desfavor da vida de um feto saudável e que não tem culpa da forma como foi concebido.

Nesses casos tratados pelo artigo 128 do diploma penal, o aborto é lícito, excluindo sua antijuridicidade, não havendo pena para aquele que o praticar. E é aqui que se encontra uma das justificativas para que no caso de anencefalia a mãe possa ter o direito de interromper a gestação, uma vez que o próprio Código permite

até mesmo o suprimento da vida de um nascituro saudável, em decorrência dos direitos da personalidade da genitora.

Fica claro, portanto, que mesmo o direito supremo à vida não pode ser classificado como absoluto, uma vez que admite limitações encontradas no Código Penal, bem como na própria Constituição Federal, nas quais, em determinadas situações outros direitos ganham maior importância, podendo a vida ser suprimida com o objetivo de garanti-los.

5 OUTROS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O direito à vida, conforme visto anteriormente, está longe de ser o único direito da personalidade, mas é dele que decorrem todos os outros. O respeito à dignidade humana, princípio que foi assegurado pela Constituição Federal de 1988 como fundamento de um Estado Democrático de Direito reafirma a ideia de que apesar de existirem desde os direitos romanos, apenas recentemente foram positivados os direitos da personalidade pelos ordenamentos jurídicos. Todavia, importante ressaltar que é o direito a uma vida digna, embora tenha começado com o constitucionalismo nas chamadas “Cartas de Direito” das constituições liberais clássicas. Nesse sentido, Washington de Barros Monteiro (2012, p. 106) afirma:

O respeito à pessoa afirmou-se no mundo na segunda metade do século XX, especialmente nas duas últimas décadas, quando os valores próprios de cada pessoa ganharam força extraordinária e foram incorporados às mais diversas legislações. Nunca se preocupou tanto preservá-los e fazê-los valer como exteriorização da dignidade humana, física e moral.

Com isso, não para de crescer o número de direitos protegidos, como forma de garantir a dignidade da pessoa humana. Dentre os direitos estão os direitos da personalidade, inerentes a todos, sem distinção de raça, sexo, cor ou situação social. A tutela no Código Civil, na Constituição Federal, bem como em leis esparsas não se esgota nestes ordenamentos, uma vez que os direitos da personalidade não possuem rol taxativo, podendo existir direitos não abrangidos por Lei.

Dessa forma, alguns direitos da personalidade são importantes quando se trata de feto anencéfalo, bem como da dignidade da gestante, pois envolve aspectos como o direito à integridade física, o direito ao corpo trazendo a Lei de Transplantes repercussões no tema em questão, bem como o direito ao nome civil.

5.1 Direito a Integridade Física

A integridade física complementa o direito da personalidade à vida, pois protege a incolumidade do indivíduo em busca a uma vida digna. Trata-se do

direito que cuida para que a pessoa não seja lesada fisicamente, garantindo a ela certas prerrogativas como a recusa em receber tratamento médico, por exemplo.

A tutela à integridade física não é recente, e segundo Francisco Amaral (2003, p. 255) encontra proteção desde os primórdios da civilização, em um dos mais antigos conjuntos de leis escritas, o Código de Hamurabi. Washington de Barros Monteiro (2012, p. 107) trata do direito à integridade física no Código Civil:

O Código Civil de 2002 refere direitos da personalidade concernentes à proteção à integridade física e à integridade moral. Com relação aos primeiros, afasta-se qualquer constrangimento para tratamento médico, intervenção cirúrgica remoção de órgãos ou partes do corpo, além de atos que atentem contra a saúde e integridade física, quer praticados por terceiros, quer por iniciativa da sociedade, quer por ato da própria pessoa. (...) A proteção à integridade moral abrange o nome, a imagem, a honra, a boa fama, a vida privada.

Assim, a integridade física da pessoa humana é protegida juntamente com sua integridade moral e dessa forma deve-se primar pela saúde do indivíduo, sem, no entanto obrigá-lo a se submeter a tratamento médico e procedimento cirúrgico. Sua integridade deve ser tutelada também nos atos corriqueiros da vida em sociedade, como, por exemplo, nas relações de trabalho, e na direção de veículo com o máximo de diligência.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2009, p. 156) asseveram: “O doente tem, portanto, a prerrogativa de se recusar ao tratamento, em função do seu do seu direito à integridade física, valendo registrar que, no caso da impossibilidade de sua manifestação volitiva, deva esta caber ao seu responsável legal.” No entanto, em situações extrema em que o médico não possui tempo para a anuência do paciente o médico deve primar pela vida, fazendo de tudo para salvar o paciente, pois caracteriza patente estado de necessidade.

O direito à integridade física também possui proteção no Código Penal, sendo o de maior importância o artigo 129, que pune o crime de lesão corporal, até mesmo se a lesão foi consentida pela vítima. Em contrapartida não há crime na conduta de autolesão, a menos que essa seja utilizada para fraudar à lei, como no caso daquele que se mutila para receber seguro, ou para escapar do serviço militar (BORGES, 2005, 198).

Assim, o direito a integridade física, pode ser disponível, mas essa disposição não pode ser feita de forma irrestrita, pois deve obedecer a parâmetros

definidos em lei, não podendo contrariar os costumes, a moral, a ordem pública bem como os princípios gerais de direito, neste incluído a dignidade da pessoa humana.

No mesmo sentido Carlos Alberto Bittar (2008, p. 79) acentua:

De qualquer sorte, não se aceita a intervenção de que resulte deformidade ou que seja atentatória à lei, aos bons costumes, à moral ou à ordem pública (assim vedada a que importe em diminuição permanente de integridade física, salvo quando imprescindível, como a amputação de membro, ou de órgãos, para evitar-se o alastramento da doença).

É possível a disposição de partes do corpo, para garantir a vida de outrem, por exemplo, (doação de órgãos), mas essa intervenção cirúrgica não pode gerar dano permanente à integridade física, salvo nos casos em que esta é necessária para salvar a vida da própria pessoa, como no caso de amputação de órgãos.

É possível também negociação contratual dispondo do direito à integridade física, como nos caso dos bombeiros e policiais, que são profissões de risco, mas isso deve ser visto com cautela, pois em tese os direitos da personalidade são irrenunciáveis. “Como vimos, o direito à integridade física distingue-se do direito à vida por ser disponível, dentro de certos limites, mediante atos daquela primeira categoria.” (CUPIS, 2008, p. 93).

O mesmo raciocínio deve ser utilizado quando se refere aos esportes, pois é dever de todos zelar pela sua integridade física. Ocorre que em certos esportes o risco da atividade é inerente a ela, tratando-se de outra hipótese de limitação voluntária a direito da personalidade. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2009, p. 156 e 157) salientam:

Todavia, existem determinadas práticas esportivas (ex: boxe, automobilismo, *rapel* etc.) em que o risco é assumido pelo praticante, ao aderir ao estatuto regulamentar (nas práticas profissionais), ou simplesmente pelo conhecimento prévio do perigo do exercício daquela atividade lícita. O próprio Direito Penal autoriza a prática dessas atividades, à luz do *princípio da adequação social*, reservando o seu aparato sancionatório apenas para aquelas situações excesso ou atuação dolosa grave.

Ou seja, é necessário o máximo de perícia pelos profissionais que praticam esse tipo de atividade, diminuindo os riscos, mas se fatalmente algum dano físico ocorrer ao praticante do esporte esse não poderá invocar dano à direito da

personalidade, pois concordou com os riscos que o esporte oferecia. Nesse sentido Adriano de Cupis (2008, p. 87) corrobora do mesmo entendimento:

Aquele que participa de um encontro de pugilismo, consente nas lesões que possam ser-lhe provocadas – aceita o perigo de sofrê-las, que é correlativo à própria natureza do jogo, e mesmo que procure evitá-las, não poderá considerá-las estranhas à sua vontade quando o perigo se tenha nelas concretizado.

O direito à integridade física pode ser disponível no caso da prática de esportes de perigosos, que apresentam risco ao praticante. Assim, a pessoa acaba por assumir o risco de que algo lhe aconteça, e isso é permitido pelo ordenamento jurídico.

5.2 Direito ao Corpo

O direito ao corpo também decorre da personalidade humana e está inserido no direito à integridade física. O corpo também é objeto de tutela do direito, e dessa forma, existem diversos dispositivos protegendo-o, até mesmo no Código Penal. Como principal decorrência desse direito tem-se os transplantes, método bastante eficaz no salvamento de vidas e que, por sua vez, trata das partes separadas do corpo.

Conforme visto anteriormente a disposição de partes do corpo para fins de transplante trata-se de exceção à regra da intransmissibilidade dos direitos da personalidade. Assevera Carlos Alberto Bittar (2008, p. 43):

As hipóteses de transmissibilidade dos direitos da personalidade ocorrem, sobretudo, quando se trata de transplantes e doações de órgãos autorizados pelo titular do direito físico da personalidade, havendo poucas outras hipóteses em que a lei autoriza a renúncia ou a cessão de direitos personalíssimos.

Trata-se, pois de direito da personalidade que pode ser transmitido, autorizado por lei, uma vez que tem como objetivo salvar a vida de outras pessoas. A Lei 9.434/97 trata-se da atual Lei de Transplantes, e disciplina a matéria, com observância do disposto na Constituição Federal – art. 199, parágrafo 4º – e dos artigos 13 a 15 do Código Civil.

Quanto à doação de órgãos Maria Helena Diniz (2005, p. 127) salienta:

Essa doação apenas é permitida em caso de órgãos duplos (rins), partes recuperáveis e regeneráveis de órgão (fígado) ou tecido (pele, medula óssea), cuja remoção não traga risco para a integridade física do doador, nem comprometa suas aptidões vitais e saúde mental, nem lhe provoque deformação ou mutilação.

Assim, fica claro que a doação de órgãos deve ser uma atitude nobre com a finalidade de ajudar ao próximo, que não pode causar dano à integridade física do doador e também deve ser livre de caráter econômico, como forma de evitar o mercado negro de órgãos. Para tanto, no caso de doação de órgãos após a morte também não é lícito ao doador, ou a sua família, escolher o beneficiário, pois deve seguir uma lista do Sistema Nacional de Transplante (BORGES, 2005, p. 179).

É possível haver, por exemplo, o transplante de órgãos, desde que respeitados alguns requisitos, como não comprometer a dignidade da pessoa (princípio basilar de todos os direitos da personalidade) e por isso o artigo 9º, parágrafo 3º da Lei 9.434/97 afirma que apenas podem ser retirados órgãos duplos, partes de órgãos ou tecidos que não comprometam as funções vitais do indivíduo.

Quando o doador trata-se de pessoa viva, o transplante exige que a pessoa seja capaz e que não cause mutilações, além disso, deve estar devidamente comprovado a necessidade do transplante para cônjuge ou parente até quarto grau, bem como para outras pessoas, mas nesse caso é necessária autorização judicial.

No caso de doação de órgãos após a morte do indivíduo é necessário comprovação do óbito, a autorização da família (cônjuge ou parente mais próximo, até segundo grau em linha reta ou colateral) que deve firmar documento escrito na presença de duas testemunhas (artigo 4º da Lei de Transplantes), bem como apenas deve ocorrer para fins altruísticos ou científicos.

No caso de pessoa não identificada, a retirada de órgãos para fins de transplantes não poderá ocorrer, tamanha a importância que a lei dá a autorização. Com a morte, o seu sucessor passa a ser titular dos direitos da personalidade do morto no que diz respeito ao cadáver/corpo (AMARAL, p. 268).

Para a doação de órgãos *post mortem* é necessária comprovação da morte encefálica, conforme disposição do art. 3º da Lei 9.434/97, a qual deve ser feito por dois médicos que não participarão dos procedimentos operatórios, do transplante. Aqui fica evidente a ideia de que a morte do organismo ocorre com a

morte encefálica, ou seja, quando cessa a atividade cerebral, tema que é muita importância quando se trata da interrupção da gestação do feto anencéfalo.

De qualquer forma, respeitada a dignidade humana, após a incorporação ao novo organismo, essas partes passam a fazer parte dos direitos da personalidade daquele que as recebeu.

Além dos transplantes, quando se trata de proteção ao corpo depara-se com o caso dos transexuais, que são caracterizados como pessoas que possuem falta de identificação pelo sexo segundo o qual nasceram e, dessa forma, tem-se a operação de mudança de sexo como único meio para pacificar esse transtorno causado a essas pessoas. Maria Helena Diniz (2005, p. 127) assevera:

As operações de mudança de sexo em transexual, em princípio, são proibidas por acarretarem mutilação, esterilidade, perda de função sexual orgânica. Mas lícitas são as intervenções cirúrgicas para corrigir anomalias nas genitálias de intersexuais, bem como a retirada de órgãos e amputação de membros para salvar a vida do próprio paciente.

Nesses casos em que a cirurgia é necessária, tanto do aspecto físico como psicológico, deve ser realizada, mesmo que num primeiro momento esteja causando uma agressão à integridade física. No mesmo sentido Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2009, p. 160):

Por tudo isso, posicionamo-nos, ainda que de *lege ferenda*, ao lado daqueles que defendem a possibilidade de intervenção cirúrgica para a mudança de sexo, mediante autorização judicial, desde que especialistas comprovem a sua necessidade, e não haja risco para o transexual. Afinal, não é justo que se imponha a um semelhante o suplício de ser aquilo que ele não é, sob pena de se lhe negar o superior direito à felicidade.

Assim, o procedimento cirúrgico para a mudança de sexo nada mais seria do que uma adequação do corpo àquilo que a pessoa realmente é, amparado pelo direito à orientação sexual de cada um. Não causa, assim, dano à integridade do indivíduo, mas respeito à diversidade.

Conclui-se que o direito à integridade física, neste englobando o direito ao corpo e sua disposição classifica-se como direito da personalidade, e por isso é revestido de suas características. Mas em certos casos é possível haver a disponibilidade desse direito, como ocorre na prática de esportes perigosos, profissões arriscadas ou mesmo no caso de operação de mudança de sexo para os

transexuais em que o direito à autodeterminação pode predominar sobre a integridade do ser humano.

5.2 Direito ao Nome

O direito ao nome trata-se de um dos atributos inerentes à personalidade humana, e por assim dizer constitui um traço de direito moral da personalidade protegido pelo Código Civil nos termos dos artigos 16 a 19. De suma importância, o nome identifica o homem, individualizando-o, até mesmo depois da morte, e engloba além do prenome escolhido pelos pais, também o sobrenome.

O direito à identidade trata-se de direito inato ao ser humano, passando por diversas mudanças até chegar ao padrão estabelecido nos dias atuais. Sílvio de Salvo Venosa (2011, p. 186) enaltece o papel do nome na antiguidade:

Nas sociedades rudimentares, um único nome era suficiente para distinguir o indivíduo no local. À medida que a civilização torna-se mais burilada e aumenta o número de indivíduos, passa a existir necessidade de complementar o nome individual com algum restritivo que melhor identifique as pessoas.

O direito ao nome começou a se desenvolver pela necessidade que o Estado possuía de identificar cada uma das pessoas inseridas sob o seu domínio, “que vão desde a repressão dos delitos à atividade de fisco, ao recrutamento militar, e outras” (CUPIS 2008, p. 182).

Com o passar dos anos, porém, a identificação do indivíduo somente pelo prenome tornou-se difícil, devido ao surgimento das homonímias e, com isso, criou-se o sobrenome como elemento que designa uma família, facilitando a individualização de cada pessoa.

Antigamente bastava apenas o prenome para que o indivíduo fosse identificado na sociedade. Hoje, porém, existe o sobrenome, além de outras variações como o agnome e o pseudônimo que surgiram como forma de auxiliar na identificação. Assim, o nome, como se tem conhecimento hoje (prenome e sobrenome), bem como seu ordenamento de tutela são recentes.

O nome trata-se da correspondência constante no registro civil da pessoa e é capaz de individualizá-la em todos os atos de sua vida, ou seja, “em todos os acontecimentos da vida individual, familiar e social, em todos os atos jurídicos, em todos os momentos, o homem tem de apresentar-se com o nome que lhe foi atribuído e com que foi registrado” (MONTEIRO, 2012, p. 117).

Conforme dito anteriormente, o nome civil é composto pelo prenome, bem como pelo sobrenome, também chamado de patronímico, o chamado apelido de família, ambos protegidos pelo Código Civil. O prenome trata-se do primeiro nome, escolhido livremente pelas partes, com base no bom senso para não expor a pessoa ao ridículo, podendo ser simples, bem como composto.

Com base no parágrafo único do artigo 55 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73) o oficial do registro civil pode se negar a registrar o nome, caso entenda que esse exponha a pessoa ao ridículo e desse ato cabe recurso ao juiz competente.

O sobrenome, por sua vez, remete ao nome da família, indica sua origem, ou seja, sua filiação e por isso mesmo adquire-se *ispo jure* (por vontade da lei) quando do nascimento ou da adoção – é necessário alterar o sobrenome, pois faz parte de nova família, podendo até mesmo alterar o primeiro nome –, mas também pode ter origem como o casamento – sendo facultativa a possibilidade de acrescentar o sobrenome do cônjuge.

O filho adquire o sobrenome do pai, independente da manifestação das partes envolvidas (pai e filho), levando-se em conta a vontade da lei e não a autonomia privada. Com isso, a aquisição do sobrenome paterno ocorre de forma obrigatória, não ocorrendo o mesmo com o patronímico da mãe.

Quanto ao direito ao nome, também existem variações, como o agnome, o qual serve para diferenciar o indivíduo dentro de uma mesma família. Nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2009, p, 113): “Como terceiro elemento do nome, de frequência bastante comum, mas sem previsão no CC-02, deve-se elencar o agnome, que é um sinal distintivo que se acrescenta ao nome completo para diferenciá-lo de parentes próximos (ex: Filho, Neto, Terceiro etc.)”.

A alcunha, por sua vez, trata-se de elemento característico da pessoa e pode até mesmo agregar-se ao nome. É o modo pelo qual aquele indivíduo é

vulgarmente conhecido pela sociedade. Maria Helena Diniz (2005, p. 198) melhor esclarece a questão:

Alcunha ou epíteto é a designação dada a alguém devido a uma particularidade sua (trabalho exercido, característica da personalidade, defeito físico ou mental, aparência física, local de nascimento etc.). P. ex.: *Tiradentes, Fujão, Aleijadinho, Pelé*, podendo agregar-se de tal sorte à personalidade da pessoa que, se não for jocoso, pode ser acrescentado, sob certas condições, ao nome da pessoa, como fez *Lula*.

Assim, o ex-Presidente do Brasil conhecido como Lula, foi inicialmente registrado como Luiz Inácio da Silva, mas tendo em vista o apelido que recebeu – Lula, como ficou conhecido no sindicato dos metalúrgicos – acrescentou a alcunha ao nome, passando a se chamar Luiz Inácio Lula da Silva.

Outro destaque no ordenamento é dado ao pseudônimo, ganhando até mesmo a proteção da Lei de Registros Públicos, bem como do próprio Código Civil, pois algumas pessoas são mundialmente conhecidas pelos seus codinomes (pseudônimos).

Alguns exemplos marcantes são os da apresentadora Maria da Graça Meneghel que ficou conhecida como Xuxa, o pintor Di Cavalcanti, que foi registrado como Emiliano de Albuquerque Melo e José Ribamar Ferreira Araújo, político conhecido como José Sarney, que adotou esse pseudônimo em homenagem ao seu pai, que se chamava Sarney. Nesse sentido Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho asseveram (2009, p. 114):

Por fim, destaque-se a existência do *pseudônimo* ou *codinome*, que é o nome escolhido pelo próprio indivíduo para o exercício de uma atividade específica, como é muito comum no meio artístico e literário. O CC-02 outorga expressamente a tal denominação a mesma proteção ao nome real da pessoa.

Ressalvado, pois, está a tutela ao pseudônimo, que encontra a mesma proteção conferida ao nome (artigo 19 do Código Civil), desde que, é claro, utilizado para atividades lícitas, o que ocorre na maioria das vezes no campo artístico.

Uma das características do direito ao nome é a sua imutabilidade, pois é traço marcante da personalidade da pessoa, mas por alguns motivos relevantes é possível realizar sua alteração. A alteração do nome pode ocorrer, mediante autorização judicial, quando o nome for capaz de expor o seu titular a ridículo, ou seja, a situações que possam causar constrangimento. Alguns exemplos são

encontrados no livro de Maria Helena Diniz (2005, p. 201): “Sebastião Salgado Doce”, “Casou de Calças Curtas”, “Remédio Amargo”, “Um Dois Três de Oliveira Quatro”.

É possível a alteração também para se evitar a homonímia; bem como no caso de transexuais, quando realizada a cirurgia para mudança de sexo, a troca do nome também vem sendo aceita pelos Tribunais, sob o argumento de que a dignidade humana deve prevalecer sobre a imutabilidade dos registros. Essa é a posição de Sílvio de Salvo Venosa (2011, p. 200):

Não é este local para estudo mais aprofundado do transexualismo e as respectivas possibilidade de modificação de sexo. No entanto, sob esse prisma, comprovada a alteração do sexo, impor a manutenção do nome do outro sexo à pessoa é cruel, sujeitando-a a uma degradação que não é consentânea com os princípios de justiça social. Como corolário dos princípios que protegem a personalidade, nessas situações o prenome deve ser alterado.

A alteração pode ocorrer também para proteger alguém de ameaça no caso de participação na apuração de um crime, com a inserção no programa de proteção às vítimas e testemunhas e autorização judicial.

O artigo 58 da Lei de Registros Públicos admite a substituição do nome pelo apelido público notório. A substituição por nome utilizado de forma artística, literária, ou mesmo na política pode ocorrer desde que tal apelido seja público e notório. Dessa forma o artigo 19 traz proteção ao pseudônimo da mesma forma como tutela o nome civil, desde que este seja utilizado para atividades lícitas.

Ainda, no caso de claro erro gráfico, é possível retificação do prenome, o que não se trata de alteração do nome propriamente dito. O artigo 56 da Lei de Registros Públicos estabelece a possibilidade de alteração do nome no ano seguinte ao atingir a maioridade. A lei é clara ao estabelecer que a mudança não pode prejudicar os apelidos de família, e com isso pode ocorrer traduções dos nomes e a introdução do sobrenome materno, por exemplo, mas não é possível a supressão do apelido de família paterno.

Quanto ao prazo decadencial de um ano após atingir a maioridade civil para a alteração do nome, Sílvio de Salvo Venosa (2011, p. 195) acrescenta: “Primeiramente não é necessário que o menor espere a maioridade para alterar um nome ridículo, o que fará assistido ou representado, se for o caso”, podendo ser feita até mesmo antes de atingir a maioridade desde que representado.

As exceções que dizem respeito à alteração do sobrenome são marcadas por causas necessárias, bem como voluntárias de alteração ao nome. Necessariamente é preciso alterar o nome quando houver adoção, ou modificação na filiação por sentença transitada em julgado no caso de reconhecimento da paternidade ou mesmo contestação a ela.

O mesmo se faz necessário no caso de haver alteração no sobrenome dos pais, repercutindo diretamente no nome dos filhos, uma vez que o sobrenome é traço característico de distinção de uma família.

Já no que se referem às causas voluntárias, essas podem ocorrer com o casamento, e sua alteração não necessita de autorização judicial. Quanto ao casamento e a alteração do sobrenome diversas mudanças ocorreram no ordenamento pátrio, e a codificação atual é fruto da igualdade entre homens e mulheres.

Antigamente (no Código Civil de 1916) a mulher adquiria obrigatoriamente o sobrenome do marido, mas com o advento da Lei de Divórcio essa mudança passou a ser facultativa. Esse cenário foi modificado com a Constituição de 1988 que em seu artigo 226, parágrafo 5º prevê a igualdade entre os sexos.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 1565, parágrafo 1º estabelece que tanto o homem como a mulher possuem a faculdade de adquirir o sobrenome do outro cônjuge, enaltecendo a importância do nome para as relações sociais, uma vez que também assegura a possibilidade de manter o sobrenome do cônjuge mesmo após a separação, atendendo a certos requisitos.

Com isso, é possível concluir pela importância do direito ao nome, que tem como função precípua individualizar o indivíduo na sociedade, identificando cada um tanto pelo seu nome e sobrenome, como pelo modo como são conhecidos (pseudônimo e alcunha).

6 DA ANENCEFALIA

O tema principal do presente trabalho versa sobre a anencefalia, doença congênita que atinge o feto. Trata-se de malformação no sistema nervoso, o que acaba por acarretar a falta de vida do feto, uma vez que não há nenhuma chance de sobrevivência fora do útero materno.

A anencefalia resume-se na morte cerebral do ser ainda em formação, que se desenvolve no útero materno graças aos nutrientes que recebe da gestante. Nesse sentido o embriologista Keith L. Moore (2008, p. 414) traz o conceito de anencefalia sob o prisma médico:

Apesar de esse DTN denominar-se **anencefalia** (Gr. *an*, sem, + *enkephalos*, cérebro), um troco encefálico rudimentar e um tecido nervoso funcional sempre estão presentes em crianças vivas. Por esse motivo, a meroanencefalia (Gr. *meros*, parte) é um nome mais adequado para essa anomalia. A **meroanencefalia** (anencefalia) é uma anomalia grave do cérebro que resulta de uma falha no fechamento do neuroporo rostral durante a quarta semana. (...) A meroanencefalia é uma anomalia letal comum, que ocorre pelo menos uma vez em cada 1.000 nascimentos. Ela é duas a quatro vezes mais comum em mulheres do que em homens. Está sempre associada a **acrania** (ausência de calvária) e pode estar associada a **raquisquis** quando o defeito de fechamento do tubo neural é extenso (Figs. 17-13 e 17-37). A meroanencefalia é a mais comum das anomalias graves observadas em fetos natimortos. Recém-nascidos com essa grave DTN podem sobreviver ao parto, mas apenas por curto período. Suspeita-se de meroanencefalia *in útero* quando há um nível elevado de alfa-fetoproteína no líquido amniótico (Capítulo 6). A meroanencefalia pode ser facilmente diagnosticada por ultrassonografia (Fig. 17-37), fetoscopia e radiografia, em virtude da ausência de extensas partes do encéfalo e da calvária.

Assim, a anencefalia trata-se de um defeito na formação do cérebro, que ocorre na fase embrionária e consiste, na maioria das vezes, na ausência parcial do crânio, bem como do encéfalo, e conforme visto anteriormente sua ocorrência é de cerca de um caso a cada mil nascimentos.

A falta de ácido fólico é a principal causa geradora da anencefalia, uma vez que ajuda a prevenir essa malformação do tubo neural, mas segundo Maíra Costa Fernandes (2007, p. 114), pode também decorrer de “anormalidades genéticas, fatores ambientais, entorpecentes, enfermidades metabólicas, interação de fatores genéticos e ambientais e deficiências nutricionais e vitamínicas, especialmente a baixa ingestão de ácido fólico”.

A morte cerebral ainda no útero materno faz com que o feto seja considerado um natimorto para a seara médica, uma vez que não há chances de sobrevivência, apontando ainda que muitos deles sequer chegam a nascer com vida, e os que nascem apenas duram poucas horas. Nesse sentido o Ministro Marco Aurélio (2012, p. 20), afirma sobre a anencefalia: “O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura”.

Com isso, é possível verificar que a interrupção da gravidez no caso de fetos anencéfalos não se trata de aborto, mas de interrupção seletiva da gestação, ou antecipação terapêutica do parto, uma vez que o artigo 124 do Código Penal requer que a conduta abortiva acarrete a morte do produto da concepção e não é o que ocorre aqui propriamente, uma vez que ou o feto nasce morto, ou morre logo após o parto. Assim, não é o procedimento que causa a morte do nascituro, pois sua morte é inevitável, ou seja, ocorreria de qualquer forma.

A anencefalia trata-se de um quadro irreversível, pois não existe tratamento para esse mal. Thalita Bizerril Duleba Mendes (2012, p. 58) constata:

A anencefalia é letal, o que significa que não há tempo de vida extrauterina razoável, sendo que em 65% dos casos a gestação não se completa. Quando se tem o termo da gestação, a expectativa de vida desses “bebês” é de minutos ou horas. Desde a detecção da anomalia, não há nada que a medicina possa fazer. Trata-se de um quadro irreversível.

Além de não haver tratamento para essa anomalia, essa doença atinge milhares de fetos no mundo todo. O Brasil é o quarto país com maior número de incidência de fetos anencefálicos no mundo, segundo dados da Organização Mundial de Saúde, ficando atrás apenas do México, Chile e Paraguai, e por isso uma solução jurídica para a questão precisa ser alcançada o mais breve possível.

6.1 Falta de vida

O direito à vida está protegido pelo texto constitucional, bem como por Tratados Internacionais como o Pacto São José da Costa Rica, que estabelece a proteção aos direitos humanos e com isso discute-se se a interrupção da gestação do feto portador de anencefalia não estaria ferindo o direito à vida.

Ocorre que com o fim da atividade encefálica não há mais vida e pode haver a doação de órgãos, no mesmo sentido se não há formação cerebral completa não há vida e não há aborto.

A Lei de Transplantes traz a ideia de que quando não há mais atividade cerebral é possível a retirada de órgãos para fins de transplantes, uma vez que é o cérebro que comanda as funções vitais do organismo e sem o seu funcionamento impossível a manutenção da vida. Aqui, no conceito de morte cerebral, bem como na anencefalia não há atividade cerebral.

A mesma Lei, que liga o conceito de vida às funções cerebrais afirma que para a retirada de órgãos é necessária à prévia constatação de morte encefálica, demonstrando que com esta não há mais vida, mesmo que a pessoa ainda esteja respirando ou seu coração esteja batendo com a ajuda de aparelhos.

Ainda, a própria resolução do Conselho Federal de Medicina (número 1949/2010) que trata da autorização para o transplante de órgãos de fetos anencéfalos disciplina a retirada dos órgãos mediante a autorização dos pais, dispensando os critérios adotados quando da ocorrência de morte encefálica, uma vez que há “inviabilidade vital em decorrência da ausência de cérebro”. Outra resolução do mesmo Conselho (número 1752/2004), já cancelada, chegou a classificar os fetos anencéfalos como “natimortos cerebrais”.

Analisado esses argumentos, é possível dizer que o feto portador de anencefalia não tem propriamente vida, pois possui malformação cerebral grave. Assim, patente é a falta de perspectiva de sobrevivência desses fetos, e nesses casos a questão principal deve girar em torno da saúde da mulher gestante, uma vez que há completa “falta de vida” dos fetos anencefálicos. No mesmo sentido o Ministro Marco Aurélio (2012, p. 30) afirma em seu relatório sobre a ADPF número 54: “Anencefalia e vida são termos antiéticos. Conforme demonstrado, o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida”.

Não tendo vida para tutelar, afirma-se que há apenas conflito aparente entre os direitos fundamentais, pois o feto não tem a menor expectativa de vida, e por isso não há como se falar em aborto, pois conforme afirma Damásio E. de Jesus (2007, p. 119): “Aborto é a interrupção da gravidez com a consequente morte do feto (produto da concepção).”

A conduta de interromper a gestação não pode ser comparada ao aborto, pois aborto é o extermínio da vida intrauterina, e o que ocorre aqui é a interrupção da gravidez de um feto que fatalmente viria a óbito.

Apenas a título ilustrativo, o Código Penal prevê duas hipóteses em que o aborto não é considerado crime. Trata-se do chamado “aborto legal” que possui previsão no artigo 128 do Código Penal. Segundo esse artigo no caso de não haver outro meio para salvar a vida da gestante o aborto pode ser praticado, ou seja, prioriza-se a vida a gestante em sacrifício do direito à vida do feto.

Também é possível o aborto legal no caso de gravidez resultante de estupro, que foi autorizado sem levar em conta questões religiosas ou morais, mas apenas a saúde da mulher. Esse é um dos fundamentos maiores para a legalização da interrupção da gestação no caso de feto anencéfalo, pois o próprio Código Penal admite que se sacrifique a vida de um feto saudável para preservar a saúde psíquica da mãe, que pode não querer ter um filho fruto de tamanha violência.

Se nesse caso o legislador permite o aborto, não há porque negar a interrupção da gestação no caso de feto anencéfalo em que possui certeza de que o nascituro não sobreviverá. Fica claro que o Código Penal é demasiadamente antigo, e se naquela época existissem métodos eficazes de diagnóstico da anomalia o próprio legislador descriminalizaria a interrupção seletiva da gestação nos casos dos fetos anencefálicos.

O grande problema da questão está na letra do Código Penal, que ao prever as causas que isentam o aborto de pena não elencou a hipótese do feto anencefálico. Ocorre que na época da elaboração do Código (ano de 1940) não existiam meios hábeis para que a anencefalia fosse constatada com a devida certeza e dessa forma a hipótese passou despercebida pelo legislador. Nesse sentido Maíra Costa Fernandes (2007, p. 120) assevera:

Não se falava, àquela época, em métodos de terapia pré-natal, sendo absolutamente impossível prever, com segurança, o acontecimento de anomalias fetais. A medicina ainda engatinhava em uma área que atingiria, anos mais tarde, um grau de refinamento absolutamente admirável, capaz de diagnosticar doenças genéticas no período pré-natal e, incrivelmente, pré-implantacional (antes de o embrião concebido *in vitro* ser implantado no ventre materno).

Assim, garantir à gestante o direito de interromper a gestação trata-se de apenas uma questão de adequação social, pois ao aplicador do Direito não é

possível negar o direito à gestante apenas com base no Código Penal, que conforme já foi dito anteriormente encontra-se ultrapassado. É necessário haver uma adequação social entre a norma e o fato presente, não podendo o juiz agir como mero aplicador da lei.

6.2 Diagnóstico

Atualmente, devidos aos avanços da ciência, bem como da medicina, é possível constatar com 100% de certeza a anencefalia nos fetos, e consequentemente afirmar com precisão que o feto não terá sobrevivência, com isso sua vida fora do útero da mãe é inviável.

Quanto aos equipamentos disponíveis Silmara J. A. Chinelato Almeida (2000, p. 115) corrobora do mesmo entendimento:

A Obstetrícia dispõe hoje de uma vasta gama de equipamentos para diagnosticar disfunções congênitas mesmo antes do nascimento. A amniocentese – processo pelo qual é retirada uma amostra do líquido amniótico – permite a detecção de anomalias cromossômicas, distúrbios hematológicos, alterações bioquímicas e malformações do sistema nervoso central, como a anencefalia e a hidrocefalia.

Dentre outros exames, a anencefalia pode ser diagnosticada através de ultrassonografia a partir da décima segunda semana de gestação, e possui 100% de certeza em seu diagnóstico. “A ultrassonografia é bastante precisa para o diagnóstico da anencefalia, pois é possível verificar a acrania, do feto, além da ausência do encéfalo, que se apresenta como um vazio no ultrassom” (MENDES, 2012, p. 60).

Além disso, é importante destacar que a rede pública de saúde possui os equipamentos necessários para fazer esse diagnóstico seguro, portanto saber se o bebê possui ou não essa doença letal não é privilégio daqueles que podem pagar pelos exames.

Os avanços obtidos na seara médica, como os equipamentos de ultrassonografia, que são indispensáveis para constatar a saúde do feto ainda no corpo da mãe precisam ser aliados à evolução da sociedade. Dessa forma, o papel do Direito é progredir juntamente com esses avanços, e com isso as leis precisam

ser aprimoradas, uma vez que muitas vezes elas possuem origem muito antiga. Nesse sentido, Carlos Roberto Siqueira Castro (2007, p. 282) salienta:

O prodigioso avanço das ciências, particularmente no setor da biologia, da genética, da química e da medicina impôs ao legislador nas últimas décadas a crescente vigilância quanto à possibilidade de riscos e danos perpetráveis à integridade física e mental dos seres humanos, a fim de que o progresso científico nesse importante e inesgotável campo de investigação se compatibilize com as normas e princípios tutelares da personalidade humana. A rigor, nunca foram tão estreitas em todo o mundo as relações entre os juristas e os cientistas da área biomédica.

Com todos esses equipamentos voltados para o desenvolvimento da saúde, uma vez detectada a anencefalia, seria desumano impor à mulher grávida que continue com a gestação. Seria um sofrimento desmedido esperar nove meses com o único objetivo de enterrar o seu filho tão esperado ao final.

Mas é necessário salientar que essa é uma decisão que somente cabe à grávida, e dessa forma o único papel do Direito é garantir que essa faculdade lhe seja assegurada caso opte por interromper a gestação, mas se por motivos religiosos ou mesmo morais a mulher decidir continuar com a gestação essa decisão deve ser respeitada.

7 A INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO DOS FETOS ANENCÉFALOS

A interrupção seletiva da gestação de fetos anencéfalos, também conhecida como antecipação terapêutica do parto não pode ser comparada ao aborto, pois entre os dois há uma patente diferença: no caso da anencefalia não há vida intrauterina a ser protegida, sequer pode ser considerado como expectativa de vida, pois a morte é certa logo após o nascimento ou até mesmo antes do parto.

Importante registrar que apesar de inúmeros defensores da antecipação terapêutica do parto existe posição contrária a respeito do tema. Nesse sentido Luciano Dalvi Norbim (2006, p. 64) aponta:

Admitir-se a hipótese da possibilidade do sacrifício de vidas **sem qualidade** seria autorizar condutas como as praticadas durante a Segunda Guerra Mundial pelas forças nazi-fascistas, em que deficientes físicos, idosos e até judeus jovens, fisicamente perfeitos, eram considerados objetos absolutamente descartáveis, servindo, quando muito, como cobaias humanas para experimentos científicos de toda sorte

Aqui o autor compara a interrupção seletiva da gestação com a eugenia, prática nazista cometida na Alemanha. Mas não é esse o objetivo da interrupção seletiva da gestação, pois não tem como finalidade o controle social conforme ocorria na época da Alemanha nazista, ou seja, essa conduta não leva em consideração a ideologia política, mas apenas tem como finalidade dar amparo à mãe que graças aos equipamentos de ultrassom tem o conhecimento de que seu bebê não sobreviverá e com isso poderá por fim a essa situação.

Assim, não é possível confundir a interrupção da gestação no caso de anomalias fetais com o chamado “aborto eugênico”. Essa prática remete à época nazista, de Hitler, em que se pregava a preponderância da raça ariana, considerada como uma raça pura e, com isso, judeus e outros povos não possuíam o direito de nascer, ou mesmo de continuar vivos. A mulher não possuía direito de escolha, e era obrigada a praticar o aborto, mesmo que o feto pudesse ter vida fora do ventre materno, sem ao menos saber se aquele feto era saudável ou não.

O conceito de aborto eugênico está marcado por um conceito discriminatório. O próprio ministro Marco Aurélio (2012, p. 02) é contra a expressão

“aborto eugênico” para esses casos, pois está carregada de carga política. Além disso, é preciso lembrar que não se trata de feto com deficiência físicas ou psíquicas, mas sim de feto com grave anomalia cerebral que o impossibilita de viver.

Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 175):

Deve-se, de plano, afastar-se aquela concepção que lhe concedeu o *nacional-socialismo alemão*: não se pode mais falar em *aborto eugênico* com a finalidade de obter-se uma raça de “super-homens” e tampouco para a conservação da “pureza” de uma *raça superior*. Esse período, o mais negro de todos os tempos da civilização humana, está morto e enterrado, e somente deve ser lembrado para impedir o seu ressurgimento, em qualquer circunstância.

Ora, não se trata de apologia ao aborto, mas resume-se ao fato de conceder à mãe a oportunidade de interromper a gestação quando tiver o conhecimento de que o feto não possui condições de sobrevivência e com isso, evitar os riscos à sua saúde psíquica e até mesmo física.

É claro que a decisão de interromper a gestação nesses casos não é simples, e por isso apenas pode ser tomada pela mãe, respeitada a sua autonomia reprodutiva, que deve receber acompanhamento psicológico. Optando por antecipar o parto, a conduta estaria amparada antes de tudo por inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que não seria coerente esperar da mãe outra conduta. Aqui a função do Estado brasileiro é a de apenas regulamentar essa conduta.

Assim, por ser o Brasil um Estado laico, que não está atrelado a crenças religiosas, além de democrático, não pode permitir que convicções religiosas ou morais impeçam o exercício da cidadania. Além disso, com a sociedade em pleno desenvolvimento o juiz também não pode ficar preso às leis elaboradas a 70 anos. A vida em sociedade é dinâmica e, portanto, as leis devem se adaptar à ela, é necessário observar a realidade social frente a legislação insuficiente pelo fato de ser retrógrada.

7.1 A Decisão do STF e a Situação Atual

A questão da anencefalia no Supremo Tribunal Federal sobre a interrupção da gestação foi tratada na Arguição de Descumprimento de Preceito

Fundamental de número 54 e demorou cerca de 8 anos para ser julgada, tendo como resultado oito votos a dois.

A ação foi proposta pela CTNS (Confederação Nacional do Trabalhadores em Seguridade Social) para que declarasse a inconstitucionalidade – com a consequente eficácia para todos, bem como efeito vinculante – da interpretação dos artigos do Código Penal de números 124, 126, 128, incisos I e II, que impeçam, nas hipóteses de gestação de feto portador de anencefalia, que ocorra a interrupção da gestação com a antecipação terapêutica do parto, quando diagnosticada por profissional habilitado.

Como consequência requereu que fosse assegurado à gestante o direito de autodeterminar-se segundo sua consciência no caso de gestação de feto anencéfalo e com isso a possibilidade de antecipar o parto sem necessidade de autorização judicial.

Inicialmente o Ministro Marco Aurélio (relator do processo) concedeu liminar no sentido de permitir a interrupção da gestação, mas essa decisão foi revogada, uma vez que ficou consignado que não é possível decisão monocrática sobre questão que versa sobre procedimento de natureza objetiva. O Tribunal apenas referendou a primeira parte da liminar no que diz respeito ao sobrestamento dos processos bem como das decisões não transitadas em julgado. Mas revogou a segunda parte que tratava do direito da gestante de interromper a gestação no caso de feto anencéfalo.

Com a análise da questão pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, ficou convencido que a antecipação terapêutica do feto não se trata de aborto, pois aqui o feto não tem a menor chance de sobrevivência. O feto possui malformação cerebral grave que o impede de viver. Essa é a ementa da decisão em plenário de abril de 2012:

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, contra os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo Ministro Celso de Mello; e contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam improcedente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli. Plenário, 12.04.2012.

O STF acabou por julgar com base no princípio da dignidade da pessoa humana da gestante, pois não é justo negar esse direito à mulher e obrigá-la a carregar o feto por nove meses, sabendo que ele nascerá sem vida. Não se trata de uma obrigação, mas de uma faculdade, e a decisão só cabe à mulher.

O Ministro Marco Aurélio (2012, p. 01) pronunciou-se favorável à possibilidade de interrupção da gestação de feto portador de anencefalia, pois não é possível colocar em risco a dignidade humana, a saúde, a integridade física e psíquica, bem como o direito a autonomia reprodutiva da mãe, para preservar a vida de um feto, que se nascer com vida apenas sobreviverá por algumas horas. Frisou ainda em seu voto que a questão decidida não se trata de aborto, mas de interrupção terapêutica da gestação, uma vez que a vida extrauterina é impossível.

Os Ministros Rosa Weber e Joaquim Barbosa seguiram o relator, salientando o direito à liberdade da gestante. O Ministro Luiz Fux salientou ainda que a manutenção da gestação quando se tem certeza de que o feto não sobreviverá tratara-se de verdadeira tortura. No mesmo sentido a Ministra Cármen Lúcia foi favorável a interrupção e seu voto baseou-se principalmente no direito a uma vida digna.

Os Ministros Ayres Brito, Gilmar Mendes e Celso de Mello também seguiram o voto do relator. Gilmar Mendes também decidiu pela procedência da arguição de descumprimento de preceito fundamental, apesar de considerar a conduta como aborto, que está amparada por uma causa de exclusão de ilicitude, pois a gravidez de feto anencéfalo gera riscos à saúde da gestante e assim, estaria englobada pelo art. 128 do CP (aborto legal). Celso de Mello, por sua vez, chamou a atenção para a importância da comprovação da anomalia fetal por médico devidamente habilitado, afirmando tratar-se de um direito da mulher, além de não se configurar conduta tipificada por lei, pois aqui não há vida para ser preservada.

Já o Ministro Ricardo Lewandowski votou contrário ao relator. Primeiramente, afirmou-se tratar de usurpação de poderes, uma vez que ao julgar tal questão o Supremo Tribunal Federal estaria agindo como legislador positivo e com isso ferindo a separação dos poderes, pois a função cabe ao Legislativo, e não ao Poder Judiciário. Por fim, afirmou que a decisão sobre a constitucionalidade da conduta que interrompe a gestação de feto anencéfalo poderia abrir precedentes e com isso ocorrer o aborto de outros fetos portadores de anomalias menos graves. Assim como Ricardo Lewandowski, o Ministro Cezar Peluso votou pela

improcedência da ADPF 54, concluindo tratar-se de questão que deve ser apreciada pelo Legislativo Brasileiro.

Ocorre que, muito bem salientado por Thalita Bizerril Duleba Mendes (2012, p. 85) “(...) as soluções judiciais devem preencher a lacuna sociocultural deixada entre a elaboração da norma e seu destinatário, no preciso tempo em que se faz necessária” e se o Legislativo não cumpre o seu papel de atualizar as leis, cabe ao Judiciário preencher tais espaços.

Dentre os argumentos analisados pelos Ministros e defendido pelo relator do processo, Ministro Marco Aurélio, está o fato de que o Brasil é um país laico, concluindo que na época do Império a própria Constituição estabelecia a religião católica como oficial do Estado, porém, quando tornou-se uma República houve a separação do Estado com a Igreja, primando para a liberdade de crença e religião, o que foi positivado pela Constituição de 1891, e atualmente está previsto na própria CF de 1988.

Com isso o Estado deve ser neutro às questões religiosas, não podendo deixar com que a Igreja intervenha em uma decisão estatal de descriminalizar a conduta de interromper a gestação de um feto anencefálico.

Nesse sentido o Ministro Marco Aurélio (p. 14), consignou o seguinte: “Vale dizer: concepções morais religiosas, quer unânimes, quer majoritárias, quer minoritárias, não podem guiar as decisões estatais, devendo ficar circunstâncias à esfera privada”. Em uma democracia uma religião e suas crenças não podem sobrepor-se a todos, e por isso é importante assegurar a liberdade de escolha à gestante que mesmo sendo católica ou possuindo outra religião que seja contra a interrupção da gestação, possa optar por ela sem que sua conduta seja tipificada como crime.

Conforme visto anteriormente o feto portador de anencefalia não possui vida propriamente dita. Além disso, quando encontram-se em jogo dois direitos da personalidade (ou direitos fundamentais) não é possível dizer que o direito à vida é absoluto. Nesse sentido o Ministro Marco Aurélio salienta (2012, p. 35 e 36):

Inexiste hierarquia do direito à vida sobre os demais direitos, o que é inquestionável ante o próprio texto da Constituição da República, cujo artigo 5º, inciso XLVII, admite a pena de morte em caso de guerra declarada na forma do artigo 84, inciso XIX. Corrobora esse entendimento o fato de o Código Penal prever, como causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade, o aborto ético ou humanitário – quando o feto, mesmo sadio, seja resultante

de estupro. Ao sopesar o direito à vida do feto e os direitos da mulher violentada, o legislador houve por bem priorizar estes em detrimento daquele – e, até aqui, ninguém ousou colocar em dúvida a constitucionalidade da previsão.

O direito à vida, como outros direitos fundamentais, não é absoluto, não podendo permitir que se cause dano à saúde, bem como a integridade física e psíquica da gestante em prol a “vida” de um natimorto cerebral que não possui nenhuma chance de sobrevivência.

Além disso, o Supremo Tribunal Federal também levou em consideração a autonomia reprodutiva da mulher, no julgamento da ADFP 54. Quanto à autonomia reprodutiva Caio Mário da Silva Pereira (2011, p. 209) assevera que não é de agora que o Estado vem preocupando-se com essa questão, bem como primando pela sua garantia:

Tendo em vista a gravidade dos problemas ligados à superpopulação, e voltando-se para a limitação do número de filhos, a Constituição de 1988 o encarou com realismo (art. 226, § 7º), ao deixar o planejamento familiar à livre decisão do casal, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, deixando bem clara a interdição de toda e qualquer interferência, de entidade pública ou decorrente de manifestação de ordem privada, a pretexto de conter a explosão demográfica ou condição para a celebração de qualquer avença.

Concluindo, o que ficou consubstanciado a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal é que a interrupção da gestação está assegurada como um direito, e não interposta a todas as gestantes que se encontram gerando um feto anencefálico. A interrupção da gestação nesses casos não se trata, portanto, de conduta tipificada no Código Penal (artigos 124, 126, 128, incisos I e II).

7.2A Dignidade da Gestante

A obrigação na manutenção da gestação quando a mulher sabe que está gerando em seu útero um feto anencéfalo atenta contra sua saúde física e psicológica. Por isso, devido à proibição que permanecia no cenário brasileiro antes da decisão do STF, grande parte dos partos antecipados ocorria em clínicas clandestinas, colocando em risco a saúde das mulheres.

É um absurdo que presente a laicidade no Brasil, ainda se obrigue a mulher e esperar os nove meses de gestação para acontecer aquilo que já sabia que aconteceria desde a décima segunda semana de gestação: enterrar seu filho. Antes mesmo da decisão do Supremo que autorizou a interrupção da gestação, Celso Delmanto (2007, p. 375) tratava da questão no artigo 128 do Código Penal (hipóteses de aborto legal):

O inciso I não legitima, a nosso ver de forma equivocada, o aborto quando seja certo que a criança nascerá com deformidade gravíssima (má-formação congênita) como a *anencefalia* (ausência de cérebro), ou doença incurável que efetivamente comprometa sua expectativa de vida logo após o nascimento, com um mínimo de dignidade, colocando em risco, inclusive, a saúde psíquica da mãe. Tendo em vista que o CP brasileiro não disciplina expressamente essa prática, entendemos que, nesses casos excepcionais e gravíssimos, poderá, em tese, restar configurada *causa supralegal de exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa*.

O autor afirmava assim, que não é possível punir uma mãe que resolve por fim a um sofrimento, em outras palavras, que resolve salvar a sua vida, pois sabe que o seu filho não sobreviverá. A morte do feto que muitas vezes ocorre dentro do útero, acarreta sérios riscos para a mãe, e além dos riscos durante a gravidez, é sabido que o parto desse feto é mais arriscado do que um parto de um bebê saudável, uma vez que não possui a formação total do crânio para forçar a saída do feto.

A respeito do tema Thalita Bizerril Duleba Mendes (2012, p. 60) afirma:

Há estatística de que em 65% dos casos de gestação de feto anencefálico, esse feto perde suas funções vitais antes do termo gestacional. Tal situação é perigosa, pois se não for rapidamente verificada e o feto retirado do útero, sua deterioração pode causar a morte da gestante. Realiza-se, então, uma curetagem cirúrgica, em que dependendo do tamanho do feto (época gestacional) se faz necessária uma cesariana com todos os riscos inerentes a uma cirurgia. Outras vezes, faz-se uma indução de parto.

Fica, com isso, demonstrado que a gestação de feto anencefálico trata-se de um risco para a mulher e isso fere a sua dignidade quando ao invés de amparar a mãe o Estado acabava por obrigá-la a levar sua gestação até o final, visto que antes da decisão do STF a mulher dependia de autorização judicial e esse processo além de doloroso era muito longo.

Desse modo, ao analisar a situação do feto anencéfalo é preciso levar em consideração o direito a uma vida digna, a dignidade da gestante. Sobre o assunto Flávia Piovesan (2008, p. 26) assevera:

Dentre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito brasileiro, destacam-se a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, incisos II e III). Vê-se aqui o encontro do princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, fazendo-se claro que os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático, tendo em vista que exercem uma função democratizadora.

Nenhum direito a personalidade é absoluto, pois deve ser observado frente a dignidade do homem. Com isso, levando em consideração a dignidade da gestante no caso concreto, a mulher pode optar pela antecipação terapêutica do parto, pois já ficou consignado que o feto não terá vida extrauterina

Fica ressaltado a importância do princípio da dignidade da pessoa humana, que serve como base para a democracia e que deve prevalecer. No mesmo sentido Thalita Bizerril Duleba Mendes (2012, p. 99) enaltece:

Portanto, conclui-se que o direito à vida deve necessariamente ser complementado pelo princípio da dignidade humana, de forma que só se terá efetiva proteção constitucional quando for possível proteger a ambos. Não tendo possibilidade de vida digna, a existência do feto anencefálico não pode prevalecer sobre a dignidade da vida da gestante. Isso sempre ressalvado o caso de a gestante sentir-se ofendida em sua dignidade, resguardando-se sua opção em manter ou interromper a gestação.

Aqueles que são contra a interrupção da gestação, afirmam como argumento para a manutenção da gravidez a possibilidade de doação de órgãos do nascituro. Ocorre que não se pode obrigar a gestante a prosseguir a gestação contra sua vontade, com o único objetivo da doação de órgãos, pois a mulher não é uma coisa que transporta um potencial doador de órgãos. Isso fere a sua dignidade.

Além disso, a doação dos órgãos é impossível na maioria dos casos, uma vez que ocorre malformação do feto, conforme afirmou o próprio ministro Marco Aurélio (2012, p. 27). A opinião que prevalece é a de que o feto anencéfalo não tem propriamente vida, pois não possui formação cerebral – e sem cérebro não há vida. Mas mesmo os autores concepionalistas como Silmara J. A. Chinelato e Almeida (2000, p. 297) admitem que no caso de risco à saúde da mãe sacrifica-se o bem vida do nascituro:

Em circunstâncias como o perigo à vida da mãe, cede o direito à vida do nascituro. Equilibrados na mesma balança, prepondera o direito da pessoa já nascida, integrada na sociedade e na família e que talvez tenha a dela depender outras pessoas. A situação configura o estado de necessidade invocado pelo Direito Penal.

Manter a gestação nesses casos por imposição do Estado fere além da dignidade outros direitos da mulher como o direito à saúde, a liberdade, a autonomia reprodutiva, a privacidade englobando o direito de não sofrer qualquer tipo de preconceito ou retaliação ou de sem expor seu drama para todos. Maíra Costa Fernandes (2007, p. 147) ressalta:

Impor à gestante a continuidade da gravidez de feto, cuja inviabilidade extra-uterina é certa, consiste em retirar-lhe totalmente a autonomia sobre o próprio corpo. É desconsiderá-la enquanto possuidora de direitos individuais e, como vem sendo citado em diversas fontes, transformá-la, forçosamente, em um simples “caixão-ambulante”

O documentário “Uma história Severina” mostra o drama passado pela gestante nessa situação. Conta a história de uma mulher, moradora do município de Clã Grande que em julho de 2004 engravidou e veio a receber a notícia de que seu bebe não sobreviveria, pois era anencéfalo. Neste momento a sina de Severina se inicia, pois no dia em que iria fazer o procedimento para interromper a gestação o Supremo Tribunal Federal cassou a liminar da ADPF 54 (que permitia a interrupção das gestações para os casos de mulheres que, como Severina, carregavam um feto anencefálico) e com isso ela não pode fazer o procedimento sem autorização judicial.

Nesse ponto Severina já estava com 4 meses de gestação, e ela teve de recorrer ao Poder Judiciário, e devido a morosidade da justiça essa autorização apenas ocorreu quando ela estava no sétimo meses de gravidez. Mesmo assim a luta não havia acabado, pois depois de ser informada que não havia leito no hospital e ser transferida a outro, passou por dificuldades, pois os anestesistas de plantão eram contra o procedimento e não o realizaram. Por fim, ficou a dor de um filho que nem ao mesmo teve certidão de nascimento, mas apenas de óbito, pois já nasceu morto.

Pode ser que a interrupção da gestação para a mãe seja mais gravosa do que esperar o filho nascer para depois enterrá-lo, mas é desumano negar-lhe esse direito. Trata-se de uma forma de tortura contra a mulher, fazer com que ela aguarde os 9 meses de gestação, sabendo que seu bebe não sobreviverá, pois não

possui viabilidade (expressão que remete ao antigo Direito Romano). Nesse sentido Pedro Lenza (2011, p. 874) salienta que a escolha de antecipar o parto deve ser da mãe:

Naturalmente, a decisão terá que ser da família e da gestante, pois, ponderando interesses, como, tecnicamente, não se teria vida por falta de cérebro (apenas tecnicamente falando), deveria prevalecer a dignidade da gestante em conduzir uma gravidez que sabe sem perspectiva de sobrevivência. A dor e sofrimento psicológicos devem ser avaliados exclusivamente pela gestante, se constatada essa realidade. O que terá que ser bem-definido é a certeza da inexistência de cérebro e, assim, a inexistência de sobrevivência. A decisão caberá à gestante com o apoio do Estado e de junta médica e multidisciplinar.

Assim, levando em consideração a dignidade humana da mãe, bem como a inexistência de vida do feto, caracterizado pela patente morte cerebral no caso de anencefalia, o Estado brasileiro, através do Supremo Tribunal Federal autorizou as mães a interromperem a gestação no caso de anencefalia devidamente comprovada por profissional habilitado, sem necessidade de aguardar uma autorização judicial.

CONCLUSÃO

A questão apreciada no presente estudo envolve uma aparente colisão de interesses entre o direito a um tipo de vida (que não se trata de vida cerebral) do anencéfalo e o direito à vida digna da mãe, pois a gestação deixará marcas no corpo da mulher, já que o parto normal é praticamente inviável pois o feto não possui formação craniana para forçar sua saída.

Diante de um conflito entre direitos fundamentais, cabe ao aplicador do direito restringir os direitos de uma das partes em prol da outra, pois nenhum direito pode ser protegido de forma absoluta.

Ficou devidamente comprovado que as chances de sobrevivência não existem. Portanto, a mãe terá que passar pelos nove meses de gestação para ao final sofrer a dor de não poder carregar seu filho, que deverá ser sepultado. Condenar a mulher a carregar algo no seu ventre por tanto tempo fere a sua dignidade, além de que o direito de escolha da mãe de interromper ou não a gestação deve ser levado em consideração. Trata-se do seu poder de autodeterminar-se.

O artigo 128 do Código Penal traz hipóteses em que o aborto é permitido no Brasil, como nos casos de estupro em que é exigido o prévio consentimento da gestante, bem como nos casos em que não há outra forma de salvar a vida da gestante, mas silencia quanto aos fetos anencéfalos.

Com isso o problema da interrupção da gravidez nesses casos foi levado ao Supremo Tribunal Federal pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Seguridade Social Saúde em 2004, e deu origem a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 54, para se discutir se essa prática configuraria ou não o crime de aborto, situação que apenas foi decidida no ano de 2012. Mesmo com a decisão em plenário o tema é polêmico, uma vez que não se trata de decisão unânime, com os votos vencidos dos ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso no sentido de que a questão deveria ser apreciada pelo Legislativo e não pelo Poder Judiciário.

Conforme restou demonstrado no presente trabalho o aborto eugênico não pode ser confundido com a interrupção seletiva da gestação ou antecipação

terapêutica do parto, uma vez que não se trata de conduta carregada de carga política, mas apenas um direito estendido à mulher como forma de garantir sua dignidade.

A medicina afirma que para o feto portador de anencefalia não há chances de sobrevivência, e que muitos deles sequer chegam a nascer com vida. Atualmente, o diagnóstico é preciso, e atesta com 100% de certeza que o feto possui tal anomalia e não poderá sobreviver.

A decisão proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal apenas configura uma adequação da Lei ao presente, ou seja, aos avanços obtidos pela ciência e pela medicina que permite que a mãe tenha conhecimento logo nos primeiros meses de gestação de que o seu filho não sobreviverá e com isso possa optar por colocar fim àquele sofrimento.

Assim, por todos os argumentos analisados acima, quando da interrupção da gestação de fetos anencefálicos não há crime, pois não se trata de ato atentatório contra a vida do nascituro, mas de procedimento cirúrgico que tem por finalidade primordial preservar a dignidade da gestante, uma vez que não há como se falar sequer em expectativa de vida do feto.

A obrigação na manutenção quando a gestante sabe que está gerando em seu útero um feto anencéfalo atenta contra sua saúde física e psicológica, e por isso a decisão de interromper a gestação ou não nesses casos deve caber somente à mãe.

A mulher, portanto, deve ter o direito de escolha em manter ou não a gestação. Para algumas interromper a gestação talvez seja até mais doloroso do que esperar os nove meses de gestação, por questões de cunho religioso ou moral, mas o fato é que a mulher deve possuir essa prerrogativa, sabendo que se optar por interromper a gestação não sofrerá punição por tal ato. Importante ressaltar que mesmo que ela optar por não antecipar o parto o nascituro não sobreviverá.

Apesar da polêmica que ainda paira sobre o assunto, respeitada a decisão da mãe, que em cada caso age com a particularidade de sua crença religiosa ou mesmo moral, as genitoras de fetos anencéfalos agora possuem o direito de interromper a gestação amparado pelo Estado.

BIBLIOGRAFIA

ABRITTA, Rafaelo. **A vida não é direito absoluto nem mesmo no artigo 5º.**

Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-mar-11/vida_ao_direito_absoluto_nem_mesmo_artigo?pagina=8>. Acesso em 22 out. 2012.

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tutela civil do nascituro.** São Paulo: Saraiva, 2000.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano.** Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 1

AMARAL, Francisco. **Direito civil:** introdução. 5. ed., rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BEVILAQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil.** Campinas: Servanda, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte especial. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. **Teoria geral do direito civil.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada.** São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Código civil (2002). **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 18 ago. 2012.

BRASIL. Código penal (1940). **Decreto lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 23 set. 2012.

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

BRASIL, Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 31 dez. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015.htm>. Acesso em 18 nov. 2012.

BRASIL. Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a retirada e transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano com fins terapêuticos e científicos e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 5 fev. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm>. Acesso em: 05 jul. 2012.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de lei n. 236 de 09 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/mate/servlet/PDFMateServlet?m=106404&s=http://www.senado.gov.br/atividade/materia/MateFO.xsl&o=ASC&o2=A&a=0>> Acesso em: 02 dez. 2012.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Voto do Ministro Marco Aurélio na ADPF n. 54.** Relator Ministro Marco Aurélio, Brasília, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2012.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Acompanhamento processual: decisão do caso de interrupção da gestação no caso de anencefalia.** ADPF n. 54. Relator Ministro Marco Aurélio, Brasília, 12 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>>. Acesso em: 13 dez. 2012.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Notícia: gestantes de anencéfalos têm direito de interromper gravidez.** ADPF n. 54. Relator Ministro Marco Aurélio, Brasília, 12 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204878&caixaBusca=N>>. Acesso em: 13 dez. 2012.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição e o direito ao corpo humano**. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.752, de 13 de setembro de 2004. **Autorização ética do uso de órgãos e/ou tecidos de anencéfalos para transplante, mediante autorização prévia dos pais**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2004/1752_2004.htm>. Acesso em: 02 dez. 2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.949, de 6 de julho de 2010. **Revoga a Resolução CFM nº 1.752/04, que trata da autorização ética do uso de órgãos e/ou tecidos de anencéfalos para transplante, mediante autorização prévia dos pais**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1949_2010.htm>. Acesso em: 02 dez. 2012.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Afonso Celso Furtado Rezende. 2. ed. São Paulo: Quorum, 2008.

DELMANTO, Celso. et al. **Código penal comentado**. 7. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. Núcleo de estudos, pesquisa e extensão – NEPE. **Normalização para apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso da Toledo de Presidente Prudente**. 6 ed. Presidente Prudente, 2007.

FERNANDES, Maíra Costa. **Interrupção da gravidez de feto anencefálico: uma análise constitucional**. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

HAMMED (Espírito). **Renovando atitudes**. Psicografado por Francisco do Espírito Santo Neto. Catanduva: Boa Nova, 1997.

JESUS. Damásio E. **Direito penal**: parte especial. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

JESUS. Damásio E. **Direito penal**: parte geral. 28. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. São Paulo: Max Limonad: 2000.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MENDES, Thalita Bizerril Duleba. **Gestação e anencefalia no direito penal brasileiro**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. **Curso de direito civil**: parte geral. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

MOORE, Keith L. **Embriologia clínica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, Márcio Martins. **A teoria personalíssima do nascituro**. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

NORBIM, Luciano Dalvi. **O direito do nascituro à personalidade civil**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

OMS - Organização Mundial de Saúde. **Anencephaly (Birth Prevalences per 10,000 with C.I./range)**. Disponível em: <<http://www.who.int/genomics/about/en/anencephaly.pdf>>. Acesso em: 07 jan. 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 24. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.1.
PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

RIBEIRO, Marcus Vinicius. **Direitos humanos e fundamentais**. 2. ed. Campinas: Russel Editores, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro**: aspectos cíveis, criminais e do biodireito. 2. ed., rev., atual., e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SILVA, Lucília Lopes. **Direitos da personalidade**. Disponível em: <<http://osdireitosdapersonalidade.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 24 set. 2012.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005.

UMA HISTÓRIA Severina: o cordel, a música, um filme. S.l.: Imagens Livres, 2005 1 videodisco (ótico laser).

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.