

**FERNANDA SILVERIO**

**OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E O ABORTO EM CASOS DE ANENCEFALIA**

**CURITIBA**

**2004**

FERNANDA SILVERIO

OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E O ABORTO EM CASOS DE ANENCEFALIA

**Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.**

**Professor Orientador: José Antônio Peres Gediel.**

CURITIBA

2004

FERNANDA SILVERIO

**OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E O ABORTO EM CASOS DE ANENCEFALIA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador: \_\_\_\_\_

  
JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL  
Professor Orientador

  
ANTÔNIO ALVES DO PRADO FILHO

  
EROUALTHS CORTIANO JÚNIOR

Curitiba, 20 de outubro de 2004.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b>	<b>III</b>
<b>1 INTRODUÇÃO</b>	<b>1</b>
<b>2 TEORIA GERAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE</b>	<b>6</b>
2.1 Evolução dos direitos da personalidade	6
2.2 Personalidade e direitos da personalidade	11
2.3 Natureza jurídica dos direitos da personalidade	15
2.4 Objeto dos direitos da personalidade	18
2.5 Características dos direitos da personalidade	20
2.6 Teorias monista e pluralista	23
2.6.1 Classificação	27
2.7 Direitos da personalidade e direitos humanos	29
2.8 Fundamento dos direitos da personalidade	35
<b>3 ABORTO: ENTRE O AGIR LICÍTO E ILÍCITO</b>	<b>40</b>
3.1 O direito à vida e o aborto	40
3.2 Aborto ilícito	47
3.3 Aborto lícito	50
3.3.1 Aborto necessário	51
3.3.2 Aborto sentimental	53
3.4 Entre o lícito e o ilícito – aborto eugênico	55
<b>4 ABORTO TERAPÊUTICO NOS CASOS DE ANENCEFALIA</b>	<b>60</b>
4.1 Estatuto jurídico do nascituro	60
4.2 Critério jurídico de morte	64
4.3 Aborto em casos de anencefalia	66
<b>5 CONCLUSÃO</b>	<b>81</b>
<b>6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	<b>84</b>

## RESUMO

Há muito tempo se discute acerca da legalidade do aborto em casos de anencefalia. O tema é bastante polêmico por envolver diversas questões éticas. Entretanto, recentemente foi concedida liminar pelo Supremo Tribunal Federal autorizando o abortamento sempre que exista certeza de diagnóstico de anencefalia, todavia, não há ainda decisão definitiva. Tendo em vista a grande importância do tema, neste estudo é analisado o aborto de feto anencéfalo à luz dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana, com enfoque também no direito penal. Objetiva-se demonstrar as hipóteses em que o ordenamento jurídico brasileiro considera ou não lícito o aborto, bem como a necessidade de revisão das excludentes que hoje existem em face de princípios e bens jurídicos superiores, como a saúde de uma gestante que carrega um feto que já não vive.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objeto a análise da possibilidade de aborto terapêutico nos casos de anencefalia à luz dos direitos da personalidade e do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como a análise da atual posição da doutrina e jurisprudência brasileira acerca do tema.

O aborto é questão que traz muitas discussões. Isto porque é inevitável, ao se falar do assunto, isenção. É tema que está diretamente relacionado com a crença religiosa que cada um possui, bem como com os princípios e valores que cada pessoa escolheu para si. Assim, não é possível, em qualquer caso, obter um consenso acerca do tema.

Exatamente por não haver consenso é que o tema necessita de uma constante avaliação. Também não se pode negar que o aborto, embora proibido pela maior parte das legislações, é realizado freqüentemente em todos os países, o que torna ainda mais necessária sua discussão.

Por outro lado, haja vista a ligação do tema com questões éticas, aumenta a importância do debate. Deve-se levar em conta que a medicina, hoje, pode detectar ainda no útero materno, possíveis anomalias presentes no feto. Algumas destas anomalias podem ser solucionadas antes do nascimento, já outras não. Entretanto há anomalias que tornam a vida extra-uterina inviável, como é o caso da anencefalia.

Neste ponto não há como o direito se desvincular da medicina. O médico, diante da constatação de que o feto jamais possuirá vida não pode aconselhar a gestante a fazer um aborto, porque a legislação brasileira o proíbe. Assim de nada adianta a técnica que revela a anencefalia se nada se pode fazer. Talvez, nestas ocasiões, a constatação da anomalia só faz aumentar a angústia da gestante que terá de levar adiante uma gestação, da qual não nascerá seu filho com vida.

O aborto, em princípio, é vedado pelo direito brasileiro. Isto porque a Constituição Federal de 1988 protege o direito à vida e, via de regra, entende-se que

aquela conduta é uma das formas de se atentar contra a vida.<sup>1</sup> Existem apenas duas exceções colocadas no Código Penal, que permite o aborto quando não há outro meio de salvar a vida da gestante, bem como quando a gravidez decorre de estupro.

Estas excludentes levam em conta uma ponderação de valores e foram eleitas pela legislação como exceções, ou seja, a regra na legislação brasileira é a punição do aborto. Há quem entenda que deve ser ampliado o rol de excludentes e há quem entenda que deve ser reduzido. Há também aqueles que consideram a vida como um direito absolutamente inviolável e, sendo assim, entendem que o aborto deveria sempre ser punido. Como já referido, ao se discutir a questão, inevitavelmente, se leva em conta convicções pessoais.

Alguns autores colocam a questão do aborto em casos de anencefalia como uma ponderação de valores, ou seja, a 'vida' do feto e a dignidade e saúde da gestante. Consideram assim que se foi possível estabelecer a exceção no caso de estupro, mesmo havendo um feto sadio, seria ilógico não haver a mesma exceção quando da anencefalia, uma vez que o feto possui uma anomalia.

Assim a questão levanta duas ordens de indagações: a primeira se é cabível a restrição da integridade física e psicológica da gestante, ou seja, se podem os seus direitos da personalidade sofrerem restrições. Por outro lado encontra-se o feto. Tem ele também direitos da personalidade?

Tanto o direito à vida como o direito à integridade psico-física são direitos da personalidade e dizem respeito à dignidade da pessoa humana. Em se admitindo que o feto possui personalidade, estar-se-á diante de um conflito de valores e, diante desta espécie de conflito, deve-se fazer uma ponderação em cada caso concreto, visando a não eliminação de nenhum deles.

Por outro lado há autores que consideram que o nascituro não tem personalidade – a maior parte da doutrina – e assim poder-se-ia considerar que não há

---

<sup>1</sup> Por outro lado há quem considere o feto um ser sem vida e este é um dos argumentos daqueles que defendem o aborto em qualquer caso, tornando-o uma escolha da gestante. Segundo DWORKIN, "The other (os abortistas) thinks that a just-conceived fetus is merely a collection of cells under de command not of a brain but of only a genetic code, no more a child, yet, than a just-fertilized egg is a chicken." DWORKIN, R. *Life's dominion. An argument about abortion, euthanasia, and individual freedom*. New York: Alfred A. Knopf, 1993, p. 10.

conflito. Entretanto, embora o Código Civil não atribua personalidade ao nascituro ele protege sua vida. Então seriam duas vidas: a da mãe e a do nascituro. Novamente uma ponderação de valores.

Por fim há ainda os autores que consideram que não existe, nos casos de feto anencéfalo, conflito de bens. Isto porque analisando-se o estatuto jurídico do nascituro, conjugado com o conceito jurídico de morte não estar-se-ia falando de um ser humano. Ao se contrapor esta teoria com os direitos da personalidade da mãe, o aborto seria a única opção que protegeria um direito.

Pretendemos analisar neste estudo principalmente os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana. Atualmente o princípio da dignidade da pessoa humana tem de ser levado em conta sempre que se analisa os direitos da personalidade. Isto porque entendemos que estes direitos visam salvaguardar aquele princípio.

O tema eugenia, que possui bastante rejeição em todo o mundo, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, em que HITLER utilizou-se do conceito para criar a raça pura ariana, também será tratado. Para muitos, principalmente os opositores, o aborto de anencéfalo é uma espécie do aborto eugênico. Entretanto, a eugenia busca o melhoramento da raça humana e o aborto de anencéfalo tem objetivo diverso, um vez que se considera que aquele ser não nascerá com vida. Assim não se pode falar no nascimento e desenvolvimento de um ser humano defeituoso, porque o anencéfalo jamais crescerá.

Alguns aspectos penais do aborto também serão analisados, uma vez que o aborto é tema inafastável daquele ramo do direito. Entretanto não há uma análise pormenorizada do tema, uma vez que o foco principal, como já referido, são os direitos da personalidade.

Também damos especial atenção ao conceito jurídico de vida e de morte. Isto porque o tema do aborto está estreitamente ligado ao conceito de vida, já que aquela conduta visa a interrupção de uma vida em desenvolvimento. Já a anencefalia tem estreita ligação com o conceito de morte estabelecido pela legislação brasileira.

Compreendemos que o tema do aborto em casos de anencefalia possui correlação com a eutanásia, até mesmo porque alguns autores a consideram como uma eutanásia intra-uterina. Entretanto, tendo em vista a complexidade que envolve a eutanásia, não teve o tema espaço neste estudo.

A questão do nascituro também envolve o polêmico tema dos embriões excedentes, visto que, ao se conceituar que a vida começa com a fecundação, independentemente se esta tenha ocorrido dentro ou fora do útero materno, a eliminação de embriões excedentes também poderia ser considerada uma afronta ao direito à vida. Entretanto a análise do tema foge aos objetivos propostos neste estudo.

Outro tema que possui bastante relação com o estudo é o aborto em outros casos de inviabilidade de vida extra-uterina, uma vez que esta é a principal alegação em favor do aborto de anencéfalos. Todavia o foco do estudo não é a viabilidade ou não da vida do feto mas a específica questão dos anencéfalos.

Quanto a estrutura o estudo se divide em três capítulos. O primeiro capítulo refere-se aos direitos da personalidade. Primeiramente foi desenvolvida evolução destes direitos, haja vista que, embora tendo sempre possuído alguma proteção, sua sistematização é bastante recente. O conceito de personalidade e direitos da personalidade foi analisado em seguida, devido à grande discussão que existe na doutrina. Neste item é tratada também a questão do nascituro, entretanto, não com a profundidade necessária, pois o tema é retomado posteriormente.

Muito polêmico também é o tema da natureza e objeto destes direitos, analisados na terceira e quarta partes deste capítulo. A doutrina questiona se são direitos subjetivos ou não e qual seria o objeto dos referidos direitos.

O tema seguinte são as características dos direitos da personalidade. É dado um enfoque especial ao tema da indisponibilidade destes direitos, uma vez que possui direta relação com o tema do aborto.

Trata-se ainda da teoria geral dos direitos da personalidade bem como do fundamento destes direitos. Salientamos que, embora a doutrina brasileira em sua maioria considere que os direitos da personalidade têm fundamento no direito natural, temos o mesmo entendimento de Gustavo TEPEDINO, ou seja, de que não há como se

falar de direitos da personalidade sem inserir o homem em seu contexto histórico e social.

O segundo capítulo trata do tema do aborto e suas hipóteses de licitude. O tema é tratado à luz do direito penal. Tratamos do aborto necessário, do aborto sentimental e também do aborto eugênico, que não é considerado lícito pela legislação brasileira, embora exista anteprojeto de reforma do Código Penal prevendo esta hipótese como uma das excludentes.

No último capítulo o tema tratado é o aborto terapêutico em casos de feto anencéfalo. O primeiro item é o estatuto jurídico do nascituro. Após tratamos do conceito jurídico de morte no direito brasileiro. Por fim tratamos do tema específico da anencefalia.

É discutida a hipótese da anencefalia, bem como algumas decisões que concederam ou não o alvará para abortamento dos fetos portadores daquela anomalia. Ao final é trazida recente decisão do Supremo Tribunal Federal proferida pelo Ministro Marco Aurélio.

A liminar, que causou grande polêmica, deferiu o pedido para interrupção de todas as gestações de feto anencéfalo, independente de alvará. Até a entrega deste estudo não foi proferida a decisão final.

## 2 TEORIA GERAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

### 2.1 Evolução dos direitos da personalidade

Quanto à evolução dos direitos da personalidade pode-se dizer que, embora a personalidade seja algo inerente ao homem, um maior estudo acerca destes direitos só se deu no último século. Esse desenvolvimento recente se deve sobretudo a uma nova visão do ser humano, que antes não existia. A personalidade sempre existiu, sendo característica inerente ao homem e essencial a sua qualidade de vida, sendo apenas seu estudo e sistematização recentes.

Tradicionalmente, entende-se que os escravos, no direito romano, eram destituídos de personalidade, não possuindo quaisquer direitos e sendo considerados *res*. Entretanto, conforme aponta Elimar SZANIAWSKI<sup>2</sup>, este conceito deve ser revisto, porque haveria tão-somente uma limitação da personalidade quanto aos escravos e não a sua inexistência.

Para demonstrar a sua tese o autor refere-se ao fato de que era vedado ao escravo dispor daquilo que o senhor deixasse em sua posse, bem como haveria a possibilidade do escravo demandar em juízo, quando prevista a sua liberdade sobre determinada condição e, após a verificação desta, aquela não lhe era concedida. Pois bem, é sabido que só àquele que é sujeito, e não objeto de direito, é possível vedar-se algo. Neste sentido, se ao escravo algo era vedado significa que possuía personalidade, a qual era, no entanto, limitada. Quanto a outra hipótese, não há dúvida que uma mera *res* não pode demandar em juízo, para tanto é necessário ser sujeito de direitos e só quem tem personalidade o é.

Ambas as hipóteses demonstram que mesmo não possuindo ampla capacidade não se pode dizer que os escravos, no direito romano, eram objeto de direito, mas sim que possuíam certa limitação em seus direitos. Talvez em outros tempos os escravos

---

<sup>2</sup> SZANIAWSKI, E. *Direitos de Personalidade e sua Tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 15 *et seq.*

tenham sido objeto de direito, destituídos de personalidade, mas não se pode dizer que era assim em Roma.

Por outro lado, os direitos da personalidade não possuíam uma sistematização no direito romano, pois não havia grande preocupação em proteger a essência da pessoa individualmente considerada, uma vez que a família, sob o domínio do *pater familias* era mais importante do que cada membro isolado. O principal instituto de proteção à personalidade conhecido no direito romano é a *actio iniurarum*, utilizada quando ocorresse ofensa à personalidade. Era um instrumento bastante amplo, todavia era necessário provar o *animus iniuriandi* por parte do ofensor, o que dificultava a reparação dos danos à personalidade.<sup>3</sup>

A consciência do homem como personalidade, capaz de ter objetivos próprios, como centro autônomo de identidade e vida era ignorada na antigüidade. Logo, não havia uma valorização do indivíduo como pessoa, mas sim com um ente da comunidade. A noção de indivíduo era muito diversa daquela que temos hoje. Em Roma havia uma certa confusão entre aquilo que era público e aquilo que era privado, sendo que o núcleo central era a autoridade (do Estado ou do *pater familias*). A estrutura da família se refletia no Estado e não havia muito espaço para o indivíduo considerado em sua singularidade.

Na Grécia os direitos da personalidade também não tiveram grande desenvolvimento pois também não havia espaço para a individualidade uma vez que o homem era considerado como um ser essencialmente político. A visão grega era de que o todo estava acima das partes, ou seja, o homem existia para a realização dos fins da sociedade e não o contrário.

Durante a Idade Média, época do feudalismo, começa a haver uma maior preocupação com o indivíduo, mas ainda não havia a idéia de pessoa que temos hoje. É o cristianismo que lança as bases para o reconhecimento dessas novas idéias, com a noção de fraternidade universal. Ou seja, é a partir daí que se passa a ter uma idéia inicial do homem como o fim do direito bem como de alguns direitos do homem,

---

<sup>3</sup> PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado: Parte Especial* (tomo VII). 3ª Edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 38.

independentemente da sociedade. Entretanto ainda era considerado que o todo (Estado) estava acima das partes (indivíduos).

No mesmo período, na Inglaterra, que não teve a mesma influência do feudalismo que o resto da Europa devido ao seu parlamento forte, houve um certo desenvolvimento das idéias liberais, havendo uma maior noção de direitos do homem. Esta idéia passou às treze colônias, tendo influenciado na Declaração da Colônia da Virgínia em 1776, que já traz a noção de direitos do homem, com grande enfoque jusnaturalista.

É como reação aos Estados totalitários que surgem as ditas teorias jusnaturalistas. Estas teorias têm por base os direitos naturais, ou inatos. Neste momento há uma certa exaltação dos direitos da personalidade, considerados como preexistentes ao reconhecimento do Estado. Esta teoria, somada a reivindicações políticas deu origem a uma doutrina mais revolucionária, os direitos do homem e do cidadão.<sup>4</sup>

Assim, juntamente com as idéias liberais, surge a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que é um marco quando se fala de direitos humanos. Todavia o seu principal objetivo era a proteção do indivíduo frente ao Estado, buscando uma maior liberdade daquele. Deu-se mais importância à propriedade, isto é, àquilo que o homem tem, em detrimento da pessoa, ou seja, aquilo que o homem é. Os direitos subjetivos estavam fortemente ligados à propriedade<sup>5</sup>, daí a restrição da noção de bens, bem como a dificuldade em se estender o conceito de direitos subjetivos aos direitos da personalidade.

A revolução francesa, em verdade, foi uma reação contra o absolutismo e é neste momento que há a grande separação entre o direito público e o direito privado, visando a não intervenção do Estado nas relações entre os particulares.<sup>6</sup> Esta

---

<sup>4</sup> TOBEÑAS, J. C. *Los Derechos de La Personalidad*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1952, p. 11.

<sup>5</sup> MELLO, C. A. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: SARLET, I. W. (org.). *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 69.

<sup>6</sup> Nas palavras de Alexandre PASQUALINI “Como num esquema geométrico, indivíduo e Estado foram isolados um do outro, fazendo-se traçar em torno do primeiro um círculo protetor que

separação não é de grande utilidade aos direitos da personalidade uma vez que com ele estes são afastados dos direitos humanos, não havendo, de fato, uma real separação.

Em contraposição ao Estado liberal surge o Estado social. Nesta segunda concepção o Estado necessariamente intervém na economia, visando atender às necessidades dos indivíduos que o integram. Parte-se da idéia de que o Estado deve servir ao indivíduo, e não o indivíduo ao Estado. Neste sentido também entende-se que não pode existir um antagonismo entre Estado e indivíduo, uma vez que o todo e as partes são necessariamente indissociáveis. Logo nesta concepção de Estado passa a existir uma maior proteção à personalidade.

A doutrina aponta como primeiro diploma a tratar dos direitos de personalidade a lei romena de 18/03/1895, que tratava do direito ao nome. Após surge o código alemão de 1900 que também traz alguns direitos da personalidade, mas ainda não há uma ampla sistematização.<sup>7</sup>

Após a 2ª Guerra Mundial é que se pode dizer que houve uma real preocupação com os chamados direitos da personalidade. Isto devido às atrocidades cometidas pelos regimes totalitários. O homem notou o quão frágil era o seu sistema de proteção e viu o que o homem é capaz de fazer ao seu próprio semelhante. Destarte, surge uma preocupação em se proteger um mínimo essencial de dignidade, das características essenciais do homem, necessárias para o seu desenvolvimento não só como indivíduo economicamente livre, mas como pessoa, dotada de características singulares.

Assim a sintetização dos direitos da personalidade no pós-guerra se deu através do conceito de dignidade da pessoa humana, que foi trazido às Constituições dos Estados. Todavia é reconhecida como a gênese histórica dos direitos da

---

deveria permanecer livre de toda interferência Estatal.” PASQUALINI, A. O Público e o Privado. In: *O direito público em tempos de crise: Estudos em homenagem a Ruy Rubne Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999, p. 32.

<sup>7</sup> FRANÇA, R. L. *Direitos da personalidade: Coordenadas fundamentais*. In: *Revista dos tribunais*, Rio de Janeiro, v. 567, jan. 1983, p. 11.

personalidade a categoria de direitos fundamentais essenciais, previstas nas declarações de direitos, surgidas a partir da Revolução Francesa.

O Código Civil de 1916, embora de codificação tardia, seguiu a linha dos códigos oitocentistas, a qual era basicamente patrimonialista, não dando o devido tratamento à pessoa.<sup>8</sup> A regulação dada era ao indivíduo proprietário, seguindo uma linha extremamente individualista. A pretensão do Código era regular todas as situações jurídicas privadas, evitando a interferência do Estado e da Constituição. Desta forma, o Estado Social, surgido posteriormente, era incompatível com o Código Civil de 1916, moldado à estrutura do Código de Napoleão.

Entretanto à época da edição daquele Código a matéria referente aos direitos da personalidade não possuía qualquer sistematização, bem como ainda era discutida a existência dos referidos direitos, o que também justifica a omissão em relação à matéria.

Durante o segundo pós-guerra em todo o mundo houve uma alteração de paradigma e a partir deste ponto tanto os códigos quanto constituições passaram a ter como ponto de referência a pessoa humana e o valor essencial de sua dignidade. O direito deixa de ser o mero protetor de interesses patrimoniais e passa a proteger os interesses da pessoa. O patrimônio deve ser protegido apenas quando servir ao desenvolvimento individual.<sup>9</sup>

A esta alteração de paradigma também foi submetido o direito brasileiro, sendo que uma efetiva cláusula de proteção à personalidade se dá com a Constituição Federal de 1988, que coloca a pessoa humana como ponto central de todo o ordenamento brasileiro. Certamente antes da Constituição existiam algumas normas de proteção à personalidade, mas ainda assim não existia uma cláusula geral abrangendo todos os aspectos da personalidade bem como a jurisprudência relutava em aceitar a indenização de dano exclusivamente moral. Com o advento da Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 5º inciso V assegura a indenização pelo dano moral, a matéria terminou por ser pacificada. Hoje a jurisprudência brasileira em raros casos reluta em aceitar a indenização pelo dano moral.

---

<sup>8</sup> Só aquilo que pudesse ser apropriado, tendo algum valor patrimonial, era considerado bem para o direito. MORAES, W. Direito da personalidade: Estado da matéria no Brasil. In: CHAVES, A. (org.). *Estudos de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 130.

<sup>9</sup> CORTIANO JÚNIOR, E. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, L. E. (org.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar: 1998, p. 33.

Todavia, dada a natureza destes direitos fica difícil falar em reparação, sendo mais fácil utilizar o termo compensação, até mesmo porque tais direitos jamais possuirão um equivalente exato em dinheiro e há extrema dificuldade em se restabelecer o *status quo ante* nestes casos.<sup>10</sup> Ressalte-se ainda que, em se tratando de direitos da personalidade, a tutela específica jamais poderá ser feita por meio da responsabilidade civil, seja o dano material ou moral. Aceita a reparação civil deve-se buscar efetivar as outras formas de tutela da personalidade, uma vez que, mais importante do que reparar um dano cometido é evitá-lo.

Por fim surge o Código Civil de 2002<sup>11</sup>, que, embora não tenha uma ampla sistematização da matéria, possui um capítulo específico referente aos direitos da personalidade, trazendo ainda um artigo que pode ser considerado como a cláusula geral de proteção destes direitos, o artigo 12.

A matéria ainda necessita de muito desenvolvimento no Brasil e sempre necessitará, visto que cada dia surgem novas tecnologias, novas necessidades, novos atentados e novas formas de proteção à personalidade. Todavia é de se constatar que o direito brasileiro já possui algum avanço, principalmente no campo doutrinário. Cabe principalmente à jurisprudência, utilizando-se da Constituição Federal e da cláusula geral do artigo 12 do Novo Código Civil, promover ainda mais o desenvolvimento deste direito.

## **2.2 Personalidade e direitos da personalidade**

A pessoa, segundo a noção clássica, é o ser que tem aptidão legal para ser sujeito de direitos e obrigações, é o ser humano. Para ter personalidade basta existir, ou seja, todo o ser humano é pessoa.<sup>12</sup> A personalidade independe da vontade ou da consciência do indivíduo, sendo que até mesmo o louco a possui.

---

<sup>10</sup> SZANIAWSKI, *Direitos...* op. cit., p. 59 *et seq.*

<sup>11</sup> Segundo aponta a doutrina o Código Civil de 2002 baseou-se no Anteprojeto Orlando Gomes que por sua vez baseou-se no Anteprojeto de Código Civil Francês. Entretanto deve-se ressaltar que o Anteprojeto Orlando Gomes possuía uma maior sistematização da matéria. FRANÇA, *Direitos...* op. cit., p. 11.

<sup>12</sup> SILVA, De P. e. *Vocabulário Jurídico*. 12ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997. Vol. III, p. 365. Entretanto é de se ressaltar que esse entendimento está ligado ao ordenamento jurídico brasileiro. Também é esta a linha do ordenamento civil português, conforme Carlos Alberto da MOTA PINTO. Segundo o autor o ser humano não tem exata correspondência com a idéia de pessoa, no sentido

Contudo a personalidade não é atribuída apenas ao ser humano, sendo também possível que determinadas instituições também sejam pessoa. Entretanto neste caso não se fala em pessoa natural, mas em pessoa jurídica, uma ficção legal. Todavia o tema não será aqui tratado.

Para ser sujeito de direitos é necessário que seja pessoa (física ou jurídica) sendo considerado então que os animais só poderão ser objeto de uma relação jurídica, jamais sujeitos<sup>13</sup>, titulares de direitos.

Esta é a conceituação clássica do que seja a personalidade. Entretanto, o conceito deve ser revisto, tendo em vista a Constituição Federal de 1988 e o princípio da dignidade da pessoa humana. Há a necessidade de visualização da pessoa como valor que é, sendo considerada o centro de todo o ordenamento jurídico. Este só existe em função e para o desenvolvimento da pessoa.<sup>14</sup>

O artigo 2º do Código Civil de 2002 estabelece que a personalidade tem seu início com o nascimento com vida.<sup>15-16</sup> A mesma idéia, com redação diversa, trazia o artigo 4º do Código Civil de 1916.<sup>17</sup> O tema do nascituro será tratado com mais profundidade no terceiro capítulo.

O fim da personalidade ocorre com a morte do indivíduo, conforme enunciado pelo artigo 6º do Código Civil de 2002 e pelo artigo 10 do Código Civil de 1916.<sup>18</sup>

jurídico: “Os seres humanos não são necessariamente, do ponto de vista lógico, pessoas em sentido jurídico: e aí está a experiência jurídica e histórica dos sistemas que aceitam a escravatura.” Conforme seu entendimento o conceito de pessoa varia de acordo com a cultura e a época histórica. MOTA PINTO, C. A. da. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 84-85.

<sup>13</sup> VENOSA, S. de S. *Direito Civil: Parte Geral*. 3ª Edição. São Paulo: Atlas, 2003, p. 148.

<sup>14</sup> RODRIGUES, R. G. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, G. (org.). *A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002, p. 1-2.

<sup>15</sup> Art. 2º - A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

<sup>16</sup> Segundo Orlando GOMES, “A personalidade civil do homem começa do 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.” GOMES, O. *Introdução ao Direito Civil*. 18ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 144.

<sup>17</sup> Art. 4º - A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

<sup>18</sup> Respectivamente: Art. 6º - A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausente, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva. Art. 10 - A

Considera-se morta a pessoa quando cessam as suas atividades cerebrais. Não haverá maior aprofundamento aqui deste tema uma vez que será abordado posteriormente.

A morte é o único fato que torna possível o fim da personalidade da pessoa natural. Será com a morte que cessará a possibilidade do indivíduo ser titular de direitos e obrigações.

Mas a personalidade também possui uma outra acepção, que não apenas o suporte fático de onde irradiam todos os direitos e deveres.<sup>19</sup> Neste outro sentido “tem-se a personalidade como conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico.”<sup>20</sup> Ou seja, a personalidade também é um valor.<sup>21</sup>

Primeiramente, deve-se considerar que é inconcebível a idéia de uma pessoa sem direitos. Ainda que destituída de qualquer direito patrimonial – o que, na prática, é de difícil verificação – todos mantêm um mínimo essencial, do qual não podem se despojar nem mesmo por ato de vontade. A este mínimo essencial correspondem os direitos da personalidade.

É amplo o debate acerca dos direitos da personalidade. Discute-se sobre de sua existência, denominação e conceituação. De fato é categoria de difícil apreensão uma vez que heterogênea.

---

existência da pessoa natural termina com a morte. Presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos dos arts. 481 e 482.

<sup>19</sup> PONTE DE MIRANDA, *Tratado...* op. cit., p. 5.

<sup>20</sup> TEPEDINO, G. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001, p. 27. No mesmo sentido, conforme ensina Eroulths CORTIANO JÚNIOR “A personalidade é um conjunto de caracteres (individualidade, consciência e liberdade) pelos quais as pessoas distinguem-se das coisas e, mesmo, das outras pessoas. A conjugação destas características dá identidade (no sentido de autenticidade) à pessoa. A idéia de personalidade é, pois, essencial ao direitos: este serve para garantir aquela.” CORTIANO JÚNIOR, E. *Direitos da personalidade: direito à vida, ao próprio corpo e ao cadáver*. Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre. Curitiba: 1993, p. 3.

<sup>21</sup> “A personalidade é, portanto, não um direito, mas um *valor* (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela.” PERLINGIERI, P. *Perfil de direito civil: Introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 155.

Segundo Sílvio de Salvo VENOSA, “A personalidade não é exatamente um direito; é um conceito básico sobre o qual se apoiam os direitos.”<sup>22</sup> Todos os direitos decorrem da personalidade, mas quando se fala em direitos da personalidade está se referindo a direitos que fogem à órbita patrimonial do homem. Entende-se que a personalidade é o primeiro bem pertencente ao homem.<sup>23</sup> Bastante claro é o conceito de Adriano DE CUPIS: “existem direitos sem os quais a personalidade restaria uma atitude completamente insatisfeita, privada de qualquer valor concreto; direitos desacompanhados dos quais todos os outros direitos subjetivos perderiam qualquer interesse para o indivíduo: a ponto de chegar-se a dizer que, se esses não existissem a pessoa não seria mais a mesma. São esses os chamados direitos essenciais.”<sup>24</sup>

São direitos inerentes, indestacáveis do homem, compondo sua dignidade. Logo, são valores essenciais, sem os quais, perder-se-ia a própria condição de ser humano. Neste sentido, deve o direito sempre buscar garantir a personalidade, porque essencial ao desenvolvimento de todo homem.

Destarte “compreendem-se, sob a denominação de direitos de personalidade, os direitos atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade.”<sup>25</sup>

Conforme assinala Caio Mário da Silva PEREIRA “Não se constitui esta (a personalidade) ‘um direito’, de sorte que seria erro dizer-se que o homem tem direitos à personalidade. Dela, porém, irradiam-se *direitos* sendo certa a afirmativa de que a personalidade é o ponto de apoio de todos os direitos e obrigações.”<sup>26</sup>

Logo fica claro que a personalidade não pode ser considerada como um direito, mas apenas como um valor do qual irradiam direitos, os chamados direitos da personalidade. Entretanto deve-se ressaltar que não são direitos da personalidade

---

<sup>22</sup> VENOSA, *Direito...* op. cit., p. 149.

<sup>23</sup> Segundo José Castan TOBEÑAS, seriam a primeira e mais fundamental categoria de bens da pessoa individual. TOBEÑAS, *Los Derechos...* op. cit., p. 6.

<sup>24</sup> DE CUPIS, A., *apud* TEPEDINO, A tutela..., op. cit., p.28-29.

<sup>25</sup> TEPEDINO, A Tutela..., op. cit., p. 24.

<sup>26</sup> PEREIRA, C. M. da S. *Instituições de direitos Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 154.

todos os direitos atribuídos a pessoa e que dão conteúdo à personalidade, mas apenas aqueles que constituem o seu núcleo fundamental, aquele mínimo essencial.<sup>27</sup>

### 2.3 Natureza jurídica dos direitos da personalidade

A negação da existência dos direitos de personalidade se deu sobretudo na doutrina germânica. Conforme este entendimento não se justificariam os direitos da personalidade uma vez que não poderia o homem ter um direito sobre si mesmo, o que, para alguns, como SAVIGNY, legitimaria o suicídio e a autolesão.<sup>28</sup> Todavia é de se destacar que ainda que se considerasse que o homem tem um direito de disposição sobre si mesmo, o suicídio não pode ser aceito, pois extrapolaria as faculdade inerentes ao próprio direito, podendo ser considerado abuso do direito.<sup>29</sup>

Há ainda autores, como UNGER, que entendem não existirem os direitos da personalidade pois consideram que esta é pressuposto de todos os direitos. Destarte não poderia ser também objeto de direito. Entretanto, como já foi demonstrado acima, a personalidade possui duas acepções diferentes. Por um lado é a aptidão que toda pessoa tem para ser sujeito de direitos e obrigações, por outro é o conjunto dos atributos humanos, aqueles direitos essenciais.<sup>30</sup>

Como referido, a discussão acerca da natureza dos direitos da personalidade ocorre por alguns autores a considerarem como um direito da pessoa sobre si mesma (*ius in se ipsum*).<sup>31</sup> A tutela dos direitos da personalidade limitar-se-ia a reação do

<sup>27</sup> TOBEÑAS, *La Personalidad...*, op. cit., p. 15.

<sup>28</sup> No mesmo sentido: ZITELMANN, CROME, ENNECCERUS E OERTMANN. GOMES, *Introdução...*, op. cit., p. 149. Não poderia o homem ser ao mesmo tempo sujeito e objeto do direito (ROUBIER; UNGER; DABIN; THON; VON THUR; IELLINEK; RAVÀ; SIMOCELLI). TEPEDINO, *A Tutela...* op. cit., p. 25.

<sup>29</sup> Nas palavras de Rubens Limongi FRANÇA: "Claro está, entretanto o extremismo que descamba o genial pandetista, pois uma tal assertiva importa fazer tabula rasa da própria finalidade do Direito. Com efeito, o direito existe para que a pessoa, em meio à vida social, seja aquinhoadada **segundo a justiça** com os bens necessários à consecução dos seus fins naturais. Ora, o extermínio da vida pelo suicídio é a própria negação disso, e a coarctação da causa final do Direito." FRANÇA, *Direitos...* op. cit. p. 10.

<sup>30</sup> DANTAS, S. T. *Programa de Direito Civil*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 152.

<sup>31</sup> Eroulths CORTIANO JÚNIOR anota que "neste raciocínio tomava-se a pessoa não como algo que o indivíduo é, mas como algo que o indivíduo **tem** [grifo do autor]". É uma idéia de propriedade dos direitos da personalidade. CORTIANO JÚNIOR, *Direitos...*, op. cit., p. 04. "Na Idade Média, o *ius in se*

ordenamento quando praticada a lesão, decorrendo situações objetivas, não sendo considerados direitos subjetivos. Entretanto esta teoria faz uma certa confusão acerca do que seja o objeto dos direitos da personalidade, que será tratado no próximo item.<sup>32</sup>

Tanto ENNECCERUS como VON THUR, embora negando a existência dos direitos da personalidade, admitiram a sua proteção na Alemanha em determinados casos. Entretanto, ambos fundamentaram esta proteção nos bons costumes e não em uma teoria dos direitos da personalidade.

A grande discussão que envolve estes direitos refere-se a constituírem-se em direitos subjetivos ou não. Conforme ensina Elimar SZANIAWSKI, há autores, como Paul ROUBIER que a eles negam esta natureza. Neste sentido “se apresentam os direitos subjetivos com *as situações juridicamente estabelecidas, seja por ato voluntário, seja pela lei, das quais decorem principalmente prerrogativas que são a favor de seus beneficiários e às quais podem os mesmos, em princípio, renunciar.*[grifo do autor]”<sup>33</sup>

ROUBIER restringe a aplicação dos direitos subjetivos aos direitos patrimoniais, com tónica na possibilidade de disposição de tais bens. Desta forma, os direitos da personalidade não se encaixam nos direitos subjetivos, uma vez que indisponíveis, sendo considerados meras situações objetivas. Em verdade a clássica noção de direitos subjetivos não é adequada aos direitos da personalidade devendo ser adotada uma nova noção, diferente daquela moldada para os direitos patrimoniais.<sup>34</sup>

---

*ipsum* significava a faculdade que Deus concedia a cada indivíduo de se obrigar a si mesmo, relativamente ao uso de sua alma e de seu corpo, que pertenciam a Deus, para serem livremente dispostos em vida. O conteúdo medieval dessa faculdade não contemplava o corpo humano como coisa externa ao sujeito, pois a externalidade do corpo ao sujeito é marca do pensamento moderno, e que se encontra presente também no pensamento jurídico.” GEDIEL, J. A. P. *Os transplantes de órgão e a invenção moderna do Corpo*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000, p. 29.

<sup>32</sup> SZANIAWSKI, *Direitos...* op. cit., p. 36 *et seq.*

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>34</sup> Neste sentido Pietro PERLINGIERI: “A esta matéria não se pode aplicar o direito subjetivo elaborado sobre a categoria do ‘ter’. Na categoria do ‘ser’ não existe a dualidade entre sujeito e objeto, porque ambos representam o ser, e a titularidade é institucional, orgânica (...) Onde o objeto da tutela é a pessoa torna-se necessidade lógica reconhecer, pela especial natureza do interesse protegido que é justamente a pessoa a constituir ao mesmo tempo o sujeito titular do direitos e o ponto de referência objetivo da relação.” PERLINGIERI, *Perfis...* op. cit., p. 155.

Há ainda autores que negam a natureza de direitos subjetivos aos direitos da personalidade por considerarem que ao titular do direito de personalidade não é concedida qualquer faculdade, só havendo alguma manifestação de direito subjetivo após a lesão do bem por outro sujeito.

Neste sentido é necessário, primeiramente, conceituar o que sejam direitos subjetivos. Conforme a conceituação clássica, os direitos subjetivos consistem em faculdades atribuídas ao indivíduo pelo ordenamento jurídico, seriam um reflexo do direito objetivo. É a chamada *facultas agendi*. Neste sentido é facultado ao indivíduo fazer uso deste direito, entretanto há uma necessidade de respeito e abstenção por parte dos demais.<sup>35</sup>

Deve-se considerar que existem bens dos quais o homem necessita e que estão fora de sua pessoa. Muitos destes bens revestem-se de um caráter de essencialidade. Logo, tornar-se-ão objeto de um direito subjetivo, são os bens patrimoniais. Por outro lado existem outros bens que também são essenciais (se não mais importantes que os anteriores) ao homem e que se encontram dentro do próprio indivíduo. Quanto a estes interesses internos ao indivíduo também atribui-se-lhe uma faculdade de agir – conforme o ordenamento objetivo –, bem como uma proteção em face de atentados provenientes dos demais homens que convivem na sociedade. Desta forma há que se considerar que há um direito subjetivo que recai sobre os aspectos internos do homem<sup>36</sup>, ou seja, a personalidade.

Sendo os direitos subjetivos, conforme a noção clássica, a *facultas agendi*, nota-se que não existe justificativa para excluir a natureza de direitos subjetivos aos direitos da personalidade. Há a necessidade de proteção destes direitos, por meio dos direitos subjetivos. Neste sentido os direitos da personalidade “são verdadeiros direitos

---

<sup>35</sup> “O poder de vontade individual apresenta-se como o ponto central para a compreensão do direito subjetivo, mas também e de fundamental importância o fato de esse poder ser atribuído ao indivíduo pela ordem jurídica estatal. Vale dizer, não é um poder natural, imanente, e moral, mas sim concedido pelo Estado, sem preocupações morais, ou, em outras palavras, o direito objetivo é que cria o direito subjetivo e determina sua moralidade.” GEDIEL, *Os transplantes...* op. cit., p. 24.

<sup>36</sup> DANTAS, *Programa...* op. cit., p. 152-153.

subjetivos, pois implicam criar um dever jurídico de abstenção para todos os membros da coletividade.”<sup>37</sup>

Logo, são direitos que possuem uma determinada proteção do Estado, sendo deixados, entretanto ao arbítrio do particular. Passará o particular a ter um poder, o qual se nota principalmente quando da violação dos direitos da personalidade, mas não exclusivamente nestas situações.

Assim, são direitos subjetivos uma vez que por um lado há um poder atribuído à vontade do titular e por outro lado há um dever jurídico por parte de todos os outros entes da comunidade de respeitá-los. Esta é a característica essencial dos direitos subjetivos. Entretanto deve-se ressaltar que são direitos subjetivos com um caráter especial pois o poder atribuído à vontade nesses direitos não é tão amplo quanto aquele atribuído aos demais, uma vez que são indisponíveis. Some-se a isto o fato de tratarem-se de bens especialíssimos, merecendo uma tutela diferenciada não sendo suficiente aquela utilizada para os direitos reais e os direitos de crédito. Neste sentido: “Os direitos da personalidade constituem uma categoria autônoma entre os direitos subjetivos, sendo certo que esta autonomia provém do caráter essencial que apresentam por causa da especialidade do seu objeto e da singularidade do seu conteúdo.”<sup>38</sup>

## **2.4 Objeto dos direitos da personalidade**

Outro tema bastante discutido é quanto ao objeto destes direitos. Os direitos subjetivos devem recair sobre algum bem. O que se discute é sobre quais bens recaem os direitos da personalidade.

---

<sup>37</sup> WALD, A. *Curso de Direito Civil Brasileiro: introdução e parte geral*. 6ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 108.

<sup>38</sup> MATTIA, F. M. de. *Direitos de Personalidade: Aspectos Gerais*. In: CHAVES, A. (org.). *Estudos de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 105. Já Francesco GALGANO diz que os direitos da personalidade diferem dos demais direitos subjetivos por não estarem sujeitos à mutável avaliação do ordenamento. GALGANO, F. *Diritto Privato*. Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1996, p. 88.

Juridicamente deve-se ter um conceito de bem mais amplo do que aquele trazido pela economia. Neste sentido, bem é aquilo que pode ser objeto de direito, não sendo necessário que possua uma avaliação econômica. Conforme já referido os direitos da personalidade recaem sobre bens (interesses) internos ao indivíduo. Dizer isso não significa dizer que recaem sobre a própria pessoa, mas sobre bens referentes a ela, são os chamados bens da personalidade. Ou seja, diferem-se do clássico *ius in se ipsum*.

Conforme Rubens Limongi FRANÇA são “as *faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanações e prolongamentos* [grifo do autor]”<sup>39</sup>. Logo, o objeto dos direitos de personalidade não é o homem mas está no homem.

É o objeto dos direitos de personalidade que faz com que muitos autores neguem a existência destes direitos. Isto porque consideram que seriam direitos sobre a própria pessoa e não concebem que o homem possa ser, ao mesmo tempo, sujeito e objeto de direitos.<sup>40</sup>

Para fugir a esta concepção foi criada a teoria dos direitos sem sujeito, na qual incluíam-se os direitos da personalidade. Todavia tal idéia é inconcebível, pois não se admite a existência de uma relação jurídica sem sujeito, só podendo ser sujeito de direito a pessoa.

Por outro lado também criou-se a teoria dos direitos sem objeto. Entretanto o objeto da relação jurídica é uma necessidade lógica, sendo que todo direito deve recair sobre um bem.

Ainda há a idéia de que o objeto estaria no respeito que as demais pessoas deveriam ter em relação aos direitos da personalidade do indivíduo, seria uma mera obrigação negativa da coletividade. Nesta concepção a vida, a honra, por exemplo,

---

<sup>39</sup> FRANÇA, R. L. *Manual de Direito Civil*. 1º V. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 403.

<sup>40</sup> Conforme ensina Gustavo TEPEDINO a doutrina sempre buscou como objeto um bem externo ao indivíduo. Desta forma “a própria validade da categoria parecia depender da individuação de um bem jurídico – elemento objetivo da relação jurídica – que não se confundisse com a pessoa humana – elemento subjetivo da relação jurídica -, já que as utilidades sobre as quais incidem os interesses

seriam mero ponto de referência. Entretanto entende-se que esta não é a posição mais correta uma vez que o objeto dos direitos da personalidade “são alguns atributos da personalidade, atributos que, indissociavelmente ligados à pessoa em concreto, lhe permitem ter uma existência digna.”<sup>41</sup>

Conclui-se então que a pessoa, em sua integralidade, não poderá ser objeto de direito, apenas sujeito. Destarte, o objeto dos direitos da personalidade recai sobre manifestações, prolongamentos da personalidade.<sup>42</sup> A própria pessoa não é objeto de direito é ela “*que ao exercer a função de sujeito de direitos subjetivos, converte em objeto alguns dos atributos ou bens dela própria*. Além disso, o objeto dos direitos da personalidade não é a pessoa humana considerada em sua totalidade senão realidades antropológicas (o corpo, a vida, a saúde) ou de ordem moral (honra, liberdade, etc.).”<sup>43</sup>

Quando se fala de direitos da personalidade dever ser superada a noção de que só aquilo que pode ser apropriado pode ser objeto de direito. Outros bens, incorpóreos e fora do comércio, como o são os direitos da personalidade, também merecem a proteção do direito.

## 2.5 Características dos direitos da personalidade

O artigo 11 do Código Civil de 2002 traz três das principais características dos direitos da personalidade:

Art. 11 – Com exceção dos casos previsto em lei, os direitos de personalidade são *intransmissíveis e irrenunciáveis*, não podendo o seu exercício sofrer *limitação voluntária*.

---

patrimoniais do indivíduo, em particular no direito dominical, lhe são sempre exteriores”. TEPEDINO, A *Tutela...* op. cit., p. 30-31.

<sup>41</sup> CORTIANO JÚNIOR, *Direitos...* op. cit., p. 7.

<sup>42</sup> Segundo TOBEÑAS: “*Podemos, en conclusión, aceptar como doctrina más segura la de que el objeto de los derechos de la personalidad no se encuentra ni en la persona misma de su titular ni en las demás personas vinculadas a una obligación pasiva universal (idea esta que significaría una confusión entre los derechos absolutos y los relativos), sino en los bienes constituidos por determinados atributos o cualidades, físicas o morales, del hombre, individualizados por el ordenamiento jurídico.*” TOBEÑAS, *Los Derechos...* op. cit., p. 18.

<sup>43</sup> MATTIA, *Direitos...* op. cit., p. 107.

A *intransmissibilidade* quer dizer que estes direitos se extinguem com a morte de seu titular, uma vez que a ele se aderem, não podendo ser transferido nem mesmo a seus herdeiros, *mortis causa*. São intransmissíveis pois essenciais à toda pessoa, se fosse admitida a transmissão os direitos perderiam a sua própria razão de ser. Negócio jurídico objetivando a sua transmissibilidade é nulo.

Não obstante sejam personalíssimos, alguns direitos são protegidos após a morte de seu titular, como o direito à honra. Entendem alguns autores que esta proteção se daria em nome da família do *de cuius*, não havendo, desta forma, prolongamento da proteção da personalidade.

Conforme o artigo 11 são direitos *irrenunciáveis* e não poderão sofrer *limitação voluntária*. A renúncia é uma forma de disposição e a *indisponibilidade* também é característica destes direitos. Logo não são passíveis de alienação, estando fora do comércio, ou seja, nem mesmo o próprio titular poderá limitá-los, ainda que voluntariamente. Entretanto permite-se algum tipo de disposição de determinada matéria sobre a qual incidem estes direitos. A exemplo disto há a doação de órgãos ou sangue com fins altruísticos ou humanitários, todavia ressalte-se que ainda assim existem limites para esta disposição, não podendo existir qualquer vantagem financeira.<sup>44</sup>

Todavia, quanto às características dos direitos da personalidade, não há unanimidade. A doutrina também aponta basicamente as seguintes características para os direitos da personalidade: *generalidade*, *extrapatrimonialidade*, *absolutismo*, *impenhorabilidade* e *imprescritibilidade*.

A *generalidade* quer dizer que tais direitos são concedidos a todos. Não deve haver nenhuma condição para que a pessoa possua estes direitos, bastando que tenha nascido com vida. Devido à isto alguns autores os consideram inatos.<sup>45-46</sup> Os direitos da personalidade teriam existência anterior ao direito objetivo, constituindo um

---

<sup>44</sup> CORTIANO JÚNIOR. *Direitos...* op. cit., p. 15.

<sup>45</sup> TEPEDINO, *Temas...* op. cit., p. 33.

<sup>46</sup> Há ainda autores que separam os direitos da personalidade em inatos e adquiridos. Os direitos adquiridos seriam aqueles oriundos da positivação ao passo que os inatos nasceriam com o homem e possuiriam todas as características inerentes aos direitos da personalidade. PEREIRA, C. M. da S. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Forense: 2000, p. 153.

sobredireito. Segundo esta idéia a positivação apenas serviria para reforçar a tutela jurídica de referidos direitos, uma vez que seriam direitos naturais.

São *extrapatrimoniais*, no sentido de que não possuem um valor pecuniário, não podendo ser avaliados economicamente, o que, por vezes, pode gerar algum tipo de problema quando da reparação. Entretanto, ainda que sejam considerados direitos extrapatrimoniais, podem possuir algum tipo de reflexo econômico. Assim, quando violados devem ser indenizados, bem como, podem vir a fazer parte de um negócio jurídico. Todavia, deve-se entender que o caráter patrimonial decore indiretamente do objeto, havendo predominância dos interesses de ordem moral.<sup>47</sup>

Ressalte-se ainda que o termo extrapatrimonial não quer dizer que não faz parte do patrimônio, uma vez que hoje entende-se que também os valores intrínsecos fazem parte do patrimônio da pessoa. O termo extrapatrimonial faz referência apenas à contraposição ao valor pecuniário.

Considera-se os direitos da personalidade como *absolutos* uma vez que são oponíveis contra todos (*erga omnes*), implicando em um dever geral de abstenção. Ou seja, embora sejam direitos pessoais, não são relativos. Segundo PONTES DE MIRANDA, nenhum destes direitos pode ser considerado relativo, sendo oponíveis inclusive em face do Estado.<sup>48</sup> São direitos protegidos até mesmo contra o próprio titular e nisso diferem dos demais direitos. “Pode-se dizer que estes direitos partem da pessoa configurados como um poder de *vontade* e regressam à mesma em sua condição de um *dever essencial de conservação*.”<sup>49</sup>

Todavia deve-se delimitar o sentido do termo absoluto. São absolutos em oposição aos direitos relativos, que só valem entre as partes. Assim, o fato de serem oponíveis contra todos não quer significar que são oponíveis em qualquer circunstância. Deve-se ter em mente que em determinadas circunstâncias podem entrar em conflito

---

<sup>47</sup> CORTIANO JÚNIOR, *Direitos...* op. cit., p. 13-14.

<sup>48</sup> PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* op. cit., p. 6. Já Francisco AMARAL, considera que podem existir direitos relativos, segundo o autor: “*Absolutos* porque eficazes contra todos (*erga omnes*), admitindo-se, porém, direitos da personalidade relativos, como os direitos subjetivos públicos, que permitem exigir do Estado uma determinada prestação.” AMARAL, F. *Direito Civil: Introdução*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 248.

<sup>49</sup> MATTIA, *Direitos...* op. cit., p. 111.

dois direitos da personalidade que deverão ser reciprocamente limitados, conforme um critério de proporcionalidade.<sup>50</sup>

São *impenhoráveis* até mesmo porque são intransmissíveis e indisponíveis. Não existe, nos direitos da personalidade, a possibilidade de alterar-se o sujeito ativo. Logo não há como serem penhorados.

Por fim considera-se que são direitos *imprescritíveis*, uma vez que não se extinguem pelo seu não uso. Poderá o titular permanecer anos sem deles gozar e mesmo assim não prescreverá o seu direito da personalidade.

Por outro lado, a imprescritibilidade quer dizer que ainda que o próprio titular não respeite o seu direito da personalidade não o perderá. Como exemplo podemos citar uma prostituta, que muitos alegam não ter direito à honra, pois ela mesma não a respeita. Entretanto ninguém perde o direito à própria dignidade pois é algo que independe da conduta da pessoa, uma vez que lhe é inerente.

## 2.6 Teorias monista e pluralista

Outro tema bastante discutido na doutrina é se a personalidade deve ser considerada como una, conforme sustenta a teoria monista, que defende a idéia de uma cláusula geral, ou se devem ser protegidos separadamente os diversos aspectos da personalidade, tipificando-os, conforme o entendimento da teoria pluralista. A primeira teoria teve origem na Alemanha.

A princípio, na Alemanha, foi reconhecido um direito geral de personalidade. Todavia, posteriormente entendeu-se que o BGB era incompatível com a idéia de uma cláusula geral, razão pela qual a jurisprudência passou a adotar a idéia de direitos tipificados da personalidade.

A teoria tipificadora tem por objetivo enumerar todas as hipóteses de proteção da personalidade, destacando o aspecto a ser protegido. Nesta teoria considera-se que são distintos os bens da personalidade, possuindo cada um sua própria característica e

---

<sup>50</sup> MELLO, Contribuição... op. cit., p. 91.

por tal razão deveriam ter um tratamento específico. Todavia esta concepção acaba por restringir a proteção da personalidade uma vez que não é possível prever todas as hipóteses em que podem ocorrer a sua ofensa.

Uma enumeração taxativa destes aspectos seria sempre incompleta, principalmente devido às inovações tecnológicas que trazem novas hipóteses de violação à personalidade. Conforme salienta Francesco GALGANO os direitos da personalidade constituem uma série aberta, sendo que o seu catálogo está em contínua expansão.<sup>51</sup> Merece ainda atenção o fato de que o ser humano possui uma natureza ilimitável, não se podendo prever todas as suas necessidades presentes e futuras.

Por outro lado ao se verificar as diversas hipóteses de tipificação trazidas pela doutrina nota-se que há uma grande diversidade. Tal fato apenas comprova a impossibilidade de se chegar a uma enunciação exaustiva de todos os aspectos a serem protegidos. Destarte, a teoria tipificadora sempre acabaria por deixar lacunas, não protegendo amplamente a personalidade.

Deve-se ainda considerar que, sendo direitos essenciais, não podem ser tratados de forma isolada, independente da personalidade. Isto porque um direito é dependente do outro e a personalidade, como valor que é, deve ser considerada unitariamente.

A teoria tipificadora está estreitamente ligada ao positivismo, partindo-se da noção de que para a proteção de determinado direito, dever haver previsão. Entretanto, não se deve desmerecer a teoria uma vez que, conforme ensina Danilo DONEDA<sup>52</sup>, a tipificação foi, a princípio, a solução encontrada para a proteção dos direitos da personalidade.

A tipificação só pode ser considerada como complementar a um direito geral da personalidade, servindo apenas para dar mais proteção aos aspectos tipificados. Logo,

---

<sup>51</sup> GALGANO, *Diritto...* op. cit., p. 94. No mesmo sentido, "A tipologia que se pretende exaustiva não exaure a realidade e camufla o sentido único de toda a problemática." OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa e MUNIZ, Francisco José Ferreira. *O estado de direitos e os direitos da personalidade*. In: *Revista dos Tribunais*, v. 532, fev. 1980, p. 14

<sup>52</sup> DONEDA, D. Os Direitos de Personalidade no Novo Código Civil. In: TEPEDINO, G. *A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-constitucional*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002, p. 42.

a personalidade, como valor que é, deve ser considerada como um fator unitário, podendo haver a previsão de algumas de suas expressões.<sup>53</sup> Neste sentido: "Um eventual tratamento de diversas hipóteses particulares de direitos da personalidade não deve induzir ao pensamento de que a proteção da pessoa humana seja fragmentada. Pelo contrário, pelo estudo apartado das especificidades de cada grupo de casos é possível chegar a uma tutela específica e eficaz para cada caso."<sup>54</sup>

A doutrina aponta como o ressurgimento da teoria do direito geral da personalidade fatores históricos. Dentre eles estariam o Nazismo, a Segunda Guerra Mundial e os regimes totalitários, sendo que em todas estas hipóteses foi demonstrado o absoluto desrespeito pela pessoa humana.<sup>55</sup>

Desnecessário dizer que os horrores do Nazismo provaram o quão frágil é a natureza do homem e mostraram a extrema necessidade de uma tutela efetiva da pessoa humana. É evidentemente chocante o que o homem é capaz de fazer com seu semelhante alegando razões supra-individuais. Ainda hoje nota-se em alguns regimes este total desrespeito pelo homem.

Assim, diante das atrocidades que o homem foi capaz de cometer, notou-se a necessidade de uma proteção mais efetiva. Foi a partir daí que a comunidade internacional sentiu de fato a necessidade de algo mais sólido e abrangente em relação aos direitos do homem. É então no segundo pós guerra que surge a Declaração Universal dos Direitos do Homem que traz implicitamente a idéia de dignidade da pessoa humana como fundamento de toda a ordem internacional.

Com a Declaração de 1948 ressurgiu a teoria do direito geral de personalidade e com a Constituição Federal Alemã de 1949 a jurisprudência deste país foi alterada

---

<sup>53</sup> "A tutela da pessoa não pode ser fracionada em isoladas *fatispecie* concretas, autônomas hipóteses não comunicáveis entre si, mas deve ser apresentada como problema unitário, dado o seu fundamento representado pela unidade do valor pessoa. Este não pode ser dividido em tantos interesses, em tantos bens, em isoladas ocasiões, como nas teorias atomísticas." PERLINGIERI, *Perfis...* op. cit., p. 155.

<sup>54</sup> DONEDA, *Os direitos...* op. cit., p. 46.

<sup>55</sup> SZANIAWSKI, *Direitos...* op. cit., p. 62.

passando a ser aceito o direito geral de personalidade.<sup>56</sup> Entretanto, em alguns países como a Itália a doutrina dominante ainda defende a teoria tipificadora.

Destarte, a maior parte da doutrina entende ser a melhor técnica a da cláusula geral de proteção à personalidade. Entretanto a especificação de alguns direitos é de grande utilidade, uma vez que busca tornar mais efetiva a sua proteção.

) Como crítica à teoria do direito geral da personalidade os adeptos da teoria tipificadora alegam a dificuldade em se estabelecer os limites de um direito geral da personalidade, o que tornaria insegura a sua aplicação. Com efeito em determinados momentos uma cláusula ampla demais pode se tornar inócua, pela dificuldade de sua aplicação. Entretanto, a importância que possui o valor da personalidade não pode ser limitada a alguns casos. Entendemos como Elimar SZANIAWSKI que diz que os limites devem ser fixados em cada caso concreto. Segundo o autor aplicar-se-á o princípio da proporcionalidade levando-se em conta o direito da outra parte. Ou seja, no caso concreto o direito sempre poderá ser limitado diante do direito de outrem.<sup>57</sup>

Neste sentido nota-se que a exemplificação de alguns aspectos só vem a fortalecê-los mais, entretanto é necessária a cláusula geral pela impossibilidade de enunciação de todos os aspectos existentes hoje e que ainda surgirão com o desenvolvimento da sociedade.

Hoje a idéia dominante é a da teoria geral dos direitos da personalidade, embora ainda existam defensores da teoria tipificadora. No Brasil, é também dominante a idéia de uma teoria geral dos direitos da personalidade.

O artigo 12 do Código Civil 2002 tem sido considerado pela doutrina como uma cláusula geral de proteção à personalidade, no âmbito do direito privado. Diz o artigo: “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.”

No Código Civil de 1916 não havia regra semelhante à do artigo 12, havendo apenas alguma proteção em artigos do Código e legislação esparsa contendo alguns direitos da personalidade, não existindo, todavia, uma sistematização da matéria.

---

<sup>56</sup> MATTIA, *Direitos...* op. cit., p. 108.

<sup>57</sup> SZANIAWSKI, *Direitos...* op. cit., p. 62.

No Código Civil de 2002 todo o capítulo II. trata dos direitos da personalidade. Alguns destes direitos encontram-se tipificados a partir do artigo 13. Entretanto ressalte-se que, em face da cláusula geral antes citada, a enumeração é apenas exemplificativa, não se restringindo a proteção apenas aos aspectos citados.

Os artigos 13, 14 e 15 dizem respeito à integridade física, trazendo alguns aspectos de sua proteção. Os artigos 16, 17, 18 e 19 tratam do nome e do pseudônimo. O artigo 20 pode ser considerado como o fundamento de proteção à imagem. Por fim o artigo 21 trata do direito à intimidade.

Há ainda diversas leis esparsas tratando de outras matérias, como o direito moral do autor, ou regulando de maneira mais minuciosa as matérias já tratadas pelo Código. Embora não exista grande sistematização legislativa a matéria já se encontra bastante desenvolvida, principalmente na jurisprudência.

Segundo BITTAR a jurisprudência é a consagração formal dos direitos da personalidade: “Mas, na verdade, esses direitos constituem criação pretoriana, recebendo na doutrina a formulação própria. A jurisprudência tem procurado deduzir os princípios e características comuns dos diferentes direitos, no sentido de assentá-los e possibilitar-se a sua sistematização.”<sup>58</sup>

### 2.6.1 Classificação

Como já mencionado a doutrina não é regular quanto à classificação dos direitos da personalidade, tanto no que se refere ao seu conteúdo quanto a sua extensão. Conforme indica Elimar SZANIAWSKI<sup>59</sup> uma das mais conhecidas é a classificação de Adriano de CUPIS que os classifica em: direito à vida e à integridade física; direito sobre as partes destacadas do corpo e o direito sobre o cadáver; direito à liberdade; direito ao resguardo (direito à honra, ao resguardo e ao segredo); direito à identidade pessoal (direito ao nome, ao título e ao sinal pessoal); direito moral de autor.

---

<sup>58</sup> BITTAR, C. A. *Os Direitos de Personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 51.

<sup>59</sup> SZANIAWSKI, *Direitos...* op. cit., p. 51.

Já Orlando GOMES<sup>60</sup> classifica os direitos de personalidade em dois grandes grupos: direitos à integridade física que compreende o direito à vida e o direito ao próprio corpo; e direitos à integridade moral que compreende os direitos à honra, à liberdade, ao recato, à imagem, ao nome e o direito moral do autor.

É de se ressaltar ainda que a classificação torna-se mais difícil por serem indissociáveis os direitos. Neste sentido um atentado à integridade física também pode e provavelmente atingirá a integridade moral.

Muito citada ainda na doutrina é a classificação KAYSER que dividiu os direitos da personalidade em direitos comparáveis aos direitos reais; e direitos comparáveis aos direitos de crédito. O autor objetivava deixar uma abertura para que futuramente fossem incluídos novos direitos da personalidade em sua classificação.<sup>61</sup>

Esta concepção é bastante combatida. Segundo Elimar SZANIAWSKI “A principal crítica que lhe fazem seus opositores fundamenta-se no fato de o próprio autor da classificação ser obrigado a concordar que não pode existir uma obrigação de fazer como ônus de uma ou mais pessoas, enquanto que o dever jurídico de não se imiscuir nem divulgar a vida alheia existe como um ônus para todos.”<sup>62</sup>

Por fim Rubens Limongi FRANÇA<sup>63</sup> entende que na classificação dos direitos da personalidade podem ser utilizados diferentes critérios. Neste sentido primeiramente ele coloca o critério da extensão, sendo desta forma os direitos da personalidade classificados em sentido estrito, que seria o direito da pessoa sobre si mesma e em sentido lato, que seriam os aspectos, projeções e prolongamentos da personalidade.

Outro critério seria quanto à esfera do direito e neste caso seriam divididos em públicos (previstos nas declarações de direitos), sociais (educação, trabalho, lazer, sossego...) e privados (seriam todos os que dizem respeito aos aspectos privados da pessoa ainda que se encaixem nas duas categorias anteriores).

Também destaca o critério do estado, que, segundo o autor, é “o modo de ser particular das pessoas”. Divide o critério em faixa vital (subdivido em direitos do

---

<sup>60</sup> GOMES, *Introdução...* op. cit., p. 153.

<sup>61</sup> SZANIAWSKI, *Direitos...* op. cit., p. 52.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 55.

<sup>63</sup> FRANÇA, *Direitos...* op. cit., p. 13-14.

nascituro, do menor, do velho, do moribundo e do defunto) e de validez (direitos de personalidade plena, do menor, do velho, do deficiente, do doente, do viciado, do sentenciado e do egresso).

Por fim traz também o critério trazido pela maior parte da doutrina, quanto aos aspectos fundamentais da personalidade. Entende Limongi FRANÇA, que são basicamente três: físico, intelectual e moral. Neste sentido propõe uma classificação pormenorizada. Todavia o autor destaca que os aspectos não são estanques uma vez que um aspecto pode pertencer a mais de uma categoria. O autor não exclui o eventual surgimento de outros direitos, fazendo com que a atual disposição dos aspectos possa vir a ser alterada em face das mudanças sociais.

## **2.7 Direitos da personalidade e direitos humanos**

Muitos autores fazem a separação entre os direitos de personalidade e os direitos humanos. Segundo esta idéia, os direitos da personalidade traduziriam uma relação entre privados, ao passo que os direitos humanos referir-se-iam às relações entre o particular e o Estado.

Esta idéia está bastante vinculada à separação anteriormente aceita – e bastante acentuada no período liberal – entre o direito público e o direito privado. Nesta concepção, as Constituições não teriam eficácia entre os particulares. Logo ,

“uma proteção era estabelecida pelas declarações de direitos e cartas constitucionais que conferiam ao homem determinadas liberdades em relação ao Estado, além do reconhecimento da igualdade formal entre todos. Havia, porém, outro campo: o das relações privadas, onde o homem não poderia se valer de uma proteção específica e individualizada do ordenamento jurídico; neste campo, acima de considerações sobre uma efetiva igualdade ou da atuação de princípios fundamentais de proteção da pessoa humana, imperava a autonomia privada.”<sup>64</sup>

Todavia em uma concepção de Estado Social, que interfere nas relações entre os privados buscando sempre a realização de uma igualdade material não tem lugar

---

<sup>64</sup> DONEDA, Os direitos... op. cit., p. 39.

esta distinção<sup>65</sup>, uma vez que só se pode proteger o homem considerando-o como fim de todo o direito, não apenas de um ramo específico.

Por outro lado, tendo em vista que os códigos surgidos no liberalismo tinham preocupações eminentemente patrimoniais, deixando lacunas no que se refere aos direitos de personalidade, a proteção destes acabou por migrar para as constituições.<sup>66</sup>

Assim, inicialmente a proteção à personalidade foi dada pelo direito público e não pelo direito privado, apenas posteriormente a assimilação ocorreu pelo direito civil, mais especificamente após a Segunda Guerra Mundial. Os direitos da personalidade, surgindo em uma idéia jusnaturalista, visavam a proteção do indivíduo frente ao arbítrio do Estado, não sendo dada tanta importância para as violações advindas dos particulares.<sup>67</sup>

Posteriormente a idéia dos direitos públicos da personalidade migrou para o direito privado, uma vez que os atentados não provinham apenas do Estado mas também de outros particulares.<sup>68</sup>

Alguns autores utilizam a expressão direitos privados da personalidade. Objetivam com isto frisar a tutela do direito civil uma vez que por muito tempo só houve a tutela pelo direito público.<sup>69</sup> Todavia há de se ressaltar que, com a influência hoje exercida pela Constituição nas relações entre os particulares, não há razão para a referida distinção.<sup>70</sup> Hoje há a regulação dos direitos da personalidade tanto pelas constituições quanto pelos códigos civis. Neste sentido é correta a afirmação de que “os

---

<sup>65</sup> Com o Estado Social supera-se o antagonismo entre Estado e indivíduo, o que tem forte influência no direito civil: “Diante de um Estado intervencionista e regulamentador, que dita as regras do jogo, o direito civil viu modificadas as suas funções e não pode mais ser estimado segundo os moldes do direito individualista dos séculos anteriores.” TEPEDINO, M. C. B. M. *A caminho de um direito civil constitucional*. In: Revista de direito civil, n. 5, jul-set de 1993, p. 22.

<sup>66</sup> CORTIANO JÚNIOR, Alguns... op. cit., p. 36.

<sup>67</sup> TEPEDINO, A tutela... op. cit., p. 38.

<sup>68</sup> CORTIANO JÚNIOR, *Direitos...* op. cit., p. 33.

<sup>69</sup> MATTIA, *Direitos...* op. cit., p. 102.

<sup>70</sup> Segundo Eroulths CORTIANO JÚNIOR “a distinção direitos do homem/direitos da personalidade assenta-se precipuamente sobre a distinção direito público/direito privado que, sabemos, hoje não tem mais razão de ser. A separação do direito nos dois grandes ramos, originada em Roma, tem, na atualidade, substrato unicamente didático.” CORTIANO JÚNIOR, *Direitos...* op. cit., p. 34. No mesmo sentido: “A fundamentalidade dos direitos da personalidade rompe com a fragmentação das categorias jurídicas de direito público e privado à medida que contempla, concomitantemente, poderes e

direitos de personalidade não são nem públicos nem privados. São simplesmente *direitos de personalidade*.”<sup>71</sup>

Todos os ramos do direito encontram-se permeados pelos princípios constitucionais, não havendo mais que se falar que a Constituição regula as relações referentes ao Estado e não sendo possível mais considerar o Código Civil como o reino do direito privado, único regulador das relações entre os particulares. Assim hoje a regra constitucional não se dirige apenas ao Estado mas também ao cidadão.<sup>72</sup>

Em verdade os direitos da personalidade não referem-se apenas aos direito civil mas a todos os ramos do direito: “o direito de personalidade como tal, que tem o homem, é ubíquo: não se pode dizer que nasce no direito civil, e daí se exporta aos outros ramos do sistema jurídico, aos outros sistemas jurídicos e ao sistema jurídico supra-estatal; *nasce, simultaneamente, em todos*.”<sup>73</sup>

A distinção também se dá pelo fato de, em seu surgimento, os direitos humanos terem por escopo a proteção da autonomia individual em face do poder político. Assim os direitos humanos teriam uma noção essencialmente política ao passo que os direitos da personalidade passariam a uma noção mais individualista.

Entretanto, mesmo que se considerasse que os direitos fundamentais referir-se-iam às relações com o Estado e que os direitos da personalidade referem-se às relações entre os privados, ainda assim tratam-se dos mesmos direitos quanto ao conteúdo, direitos que visam a proteção do homem enquanto tal, de sua essência. O direito existe pelo homem e para o homem sendo ele o sujeito primário e essencial tanto do direito público quanto do direito privado. Devido ao fato de terem o mesmo conteúdo merecem o mesmo tratamento. Neste sentido:

---

deveres, que se unificam no humano e se projetam no sujeito e no cidadão.” GEDIEL, *Os transplantados...* op. cit., p. 50.

<sup>71</sup> SZANIAWSKI, *Direitos...* op. cit., p. 95.

<sup>72</sup> “A formulação do conteúdo material dos direitos fundamentais da personalidade exige (...) a formulação de uma teoria unitária, que postula a existência de um ‘direito geral da personalidade’, bem como sua relação com os direitos fundamentais. Ambos devem ancorar-se na dignidade humana, para suprir a necessidade de tutela integral do sujeito, para além de sua compartimentalização, e de seu reconhecimento pelas normas de origem estatal.” GEDIEL, *Os transplantados...* op. cit., p. 49.

<sup>73</sup> PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* op. cit., p. 13.

“Arturo Valencia Zea sustenta que os direitos humanos são os mesmos direitos de personalidade. E justifica sua posição, pois, em *primeiro lugar*, qualquer direito subjetivo protege-se não apenas contra os atentados dos demais, mas também, contra os atentados efetuados pelo Estado e em *segundo lugar* carece de sentido dar um nome a um direito quando relaciona-se com o Estado e um nome diferente quando refere-se às demais pessoas.”<sup>74</sup>

Por outro lado, ao se considerar os direitos do homem como direitos dos indivíduos frente ao Estado é feita uma oposição incongruente. Daí surge a idéia de que a pessoa é antagonista do Estado, o que não se sustenta. O Estado existe para realizar os fins da pessoa humana e não o contrário. Hoje encontra-se ultrapassada a idéia do homem como ser político, bem como a idéia de que o todo (Estado) está acima das partes (indivíduos). O homem é o fim do direito, e o Estado existe para garanti-lo.

Esta antítese, conforme ensina TOBEÑAS não é desejável: “*Considerados así los derecho individuales, en las Declaraciones de las Constituciones políticas y textos análogos, como derechos frente al Poder, tenían e tienen el grave inconveniente de conducir a una antítesis, no justificada ni deseable, entre el Estado y el individuo.*”<sup>75</sup>

Após a Segunda Guerra Mundial, a dignidade da pessoa humana passou a ser o fundamento de todos os direitos fundamentais<sup>76</sup>, bem como dos direitos da pessoa. A partir do segundo pós guerra as constituições passaram a assimilar a noção de dignidade da pessoa humana e houve a difusão dos direitos fundamentais em todos os sistemas jurídicos nacionais, com a conseqüente difusão também dos direitos da personalidade. “Por conseqüência, a ligação íntima que ainda hoje persiste entre direitos fundamentais e direitos de personalidade tem razões históricas bem definidas e concretas.”<sup>77</sup>

<sup>74</sup> MATTIA, Direitos... op. cit., p. 103.

<sup>75</sup> TOBEÑAS, *Los Derechos...* op. cit., p. 14.

<sup>76</sup> Entretanto como o marco para o surgimento dos direitos do homem costuma-se assinalar a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, bem como a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América do Norte de 1776. Ambas buscavam a proteção do indivíduo em face do Estado, mas continham muitas regras de proteção à pessoa.

<sup>77</sup> MELLO, Contribuição... op. cit., p. 67. No mesmo sentido é o entendimento de Gustavo TEPEDINO: “A tutela da personalidade – convém, então, insistir – não pode se conter em setores estanques, de um lado os direitos humanos e de outro as chamadas situações jurídicas de direito privado. A pessoa, à luz do sistema constitucional, requer proteção integrada, que supere a dicotomia direito público e direito privado e atenda à cláusula geral fixada pelo texto maior, de promoção da dignidade humana.” TEPEDINO, *Temas...* op. cit., p. 50.

O conceito de dignidade da pessoa humana, por incluir todos os aspectos inerentes à personalidade humana, pode ser considerado como a cláusula geral de proteção à personalidade presente em nosso sistema. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º inciso III, destaca que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Logo, pode-se entender que o conceito de pessoa funda o ordenamento jurídico brasileiro.

Além da cláusula geral presente no artigo 1º, a Constituição Brasileira tipifica alguns dos aspectos da personalidade no artigo 5º, trazendo-os como cláusula pétrea do sistema, ou seja, não podem ser alterados nem mesmo por Emenda Constitucional. O próprio artigo 5º em seu § 2º inclui também os direitos decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil. Neste sentido pode-se dizer que a Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>78</sup>, firmada em 10 de dezembro de 1948 tem validade no Brasil, bem como todos os outros tratados posteriores que tenham sido assinados e ratificados pelo Brasil.

Os direitos inseridos nas Declarações de Direitos teriam duas eficácias: uma individual referente às liberdades e direitos do indivíduo singularmente considerado, e uma eficácia política, no sentido que se constituem em garantias frente ao poder político.<sup>79</sup>

Deve-se salientar ainda que a personalidade, como valor essencial que é, necessita da proteção constitucional, pois esta é mais reforçada do que a proteção civil. Os direitos da personalidade não podem ser deixados ao livre arbítrio do legislador ordinário. Também não há que se falar que a norma constitucional não tem eficácia nas relações entre os particulares, uma vez que tal entendimento já se encontra superado.

Na doutrina italiana também se encontra este entendimento, de não haver distinção entre as duas concepções: *“Questo loro carattere di inviolabilità há un duplice referente: sono diritti dell’uomo inviolabili da parte della pubblica autorità, nell’esercizio*

---

<sup>78</sup> A Declaração também consagra a dignidade da pessoa humana em seu artigo 1º : “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.”

<sup>79</sup> TOBÉNAS, *Los Derechos...* op. cit., p. 13.

*delle sue funzioni legislative, esecutive o giudiziarie; sono, inoltre, diritti dell'uomo inviolabili da parte degli altri uomini, nell'ambito dei rapporti fra privati.*"<sup>80</sup>

Esta eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares em verdade sempre existiu. Todavia não possuiu grande uso por largo tempo pela relutância da doutrina civilista em aceitá-la. Tal resistência se deve sobretudo ao medo de que aumentasse a interferência do Estado nas relações entre os privados.<sup>81</sup>

Entendemos, conforme CANOTILHO e a maior parte da doutrina acerca dos direitos da personalidade, que nem todos os direitos fundamentais incluem-se entre aspectos da personalidade.

"Tradicionalmente, afastam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações por não serem atinentes ao ser como pessoa. Contudo, hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral de personalidade como 'direito à pessoa ser e à pessoa devir' cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa."<sup>82</sup>

Sendo os direitos da personalidade um dos pontos comuns entre o direito público e o direito privado, deve-se discutir a utilidade do tratamento ordinário, ou seja pelo Código Civil, dos aspectos da personalidade, uma vez que este direito já possui a consagração constitucional, que por certo é uma garantia.

Primeiramente deve-se considerar que a proteção da matéria pelo Código Civil é também uma conquista e garantia. No que tange às conquistas e garantias importante é que jamais exista um retrocesso. Neste sentido, não se deve abandonar a proteção dada pelo Código Civil.

Por outro lado o direito civil sempre foi grande preocupação dos juristas, desde a antiga Roma e por este motivo seus institutos possuem grande desenvolvimento. Devido ao desenvolvimento e tradição dos institutos o direito civil possui grande eficácia. Seria ilógico abandonar uma teoria que já possui tão grande desenvolvimento.

---

<sup>80</sup> GALGANO, *Diritto...* op. cit., p. 89.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 80-81.

<sup>82</sup> CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 4ª Edição, p. 390.

Por fim ainda deve-se considerar que os direitos fundamentais possuem uma natureza aberta, ampla e indeterminada. Com isso não se quer dizer que sejam normas programáticas sem eficácia direta e imediata, apenas que são princípios dotados de menor concretude. Destarte o Código Civil deve buscar a especificação dos aspectos da personalidade bem como *d*as suas formas de tutela, trazendo uma maior eficácia.

Entretanto quando se falar de direitos da personalidade, por se estar falando de direitos fundamentais, deve-se aplicar a metódica constitucional quando houver conflito entre direitos fundamentais. Tal metódica consiste na ponderação de valores, seguindo um princípio de razoabilidade. Neste sentido por existir mais de um direito fundamental em conflito, não deve haver a exclusão total de nenhum deles. Todavia, quando fala-se neste tipo de direitos a solução só pode ser dar no caso concreto.

Destarte, uma efetiva proteção dos direitos da personalidade só pode se dar por meio da dignidade da pessoa humana, que é a cláusula geral de proteção da pessoa no sistema civil-constitucional brasileiro. A vinculação entre os direitos da personalidade e os direitos do homem torna-se necessária para uma efetiva proteção da dignidade do ser humano:

“No plano doutrinário isso significa que só através do entendimento da ordem jurídica como um todo, que tem por base uma hierarquia de valores, dentro da qual ocupa lugar primacial a noção de que o ser humano é pessoa, dotada de inalienável e inviolável dignidade, é possível dar à noção de direitos da personalidade toda a sua real amplitude. Para tal é necessário vincular a noção de **direitos da personalidade** à noção de **direitos do homem**. [grifo do autor]”<sup>83</sup>

## **2.8 Fundamento dos direitos da personalidade**

Muitos autores consideram que o fundamento dos direitos da personalidade encontra-se nos direitos naturais. Neste sentido: Rubens Limongi FRANÇA, Carlos Alberto BITTAR, Caio Mário da Silva PEREIRA, Fábio Maria de MATTIA, dentre outros. Segundo este entendimento os direitos da personalidade existem antes e independente do ordenamento, são inatos.

---

<sup>83</sup> OLIVEIRA, *O Estado...* op. cit., p. 14.

Mesmo sem previsão no ordenamento deverão ser protegidos, ou seja, o Estado só irá reconhecê-los e sancioná-los, não sendo essencial a positivação. Estariam eles em uma ordem superior, não sujeitos à vontade do legislador. O direito natural estaria ligado a um ideal de justiça.<sup>84</sup>

Segundo BITTAR, o direito natural seria cláusula geral dos direitos da personalidade. Em seu entendimento as liberdades públicas corresponderiam ao direito natural reconhecido pelo legislador, ou seja, positivado. O direito natural estaria acima do direito positivo e em sua base.

“Mas nem sempre estão os direitos supra-estatais explicitados na Constituição, nem sempre são positivados. Ao revés, tem ocorrido apenas uma parcial constitucionalização dos direitos da pessoa, direitos a que o Estado deu força jurídica positiva. Ora, esses direitos assim consagrados é que constituem ‘liberdades públicas’, que, sob esse aspecto, representam os próprios direitos do homem depois de positivas. Têm assim a sua fonte no direito natural, onde se acha, aliás, o fundamento ético do direito positivo.”<sup>85</sup>

No entendimento do autor, a consagração legislativa dos direitos da personalidade só ocorreria pelo fato de assumirem grande importância em determinada comunidade. Em sua concepção a classificação dos direitos da personalidade tornar-se-ia difícil, uma vez que não há um rol imutável.

A doutrina do direito natural, em seu surgimento foi de grande valia para o reconhecimento dos direitos da personalidade. Não obstante isso, esta idéia já foi revista pela doutrina, sendo que a maioria dos autores não aceita mais a idéia dos direitos naturais, embora quanto aos direitos da personalidade grande parte dos autores ainda considerem esta teoria.

Também é de se destacar a impossibilidade de se estudar o homem fora de seu contexto histórico, uma vez que acaba-se por entendê-lo de maneira excessivamente abstrata. Entendemos no mesmo sentido que OLIVEIRA e MUNIZ uma vez que não é possível estudar o homem fora de seu contexto histórico pois acaba-se por entendê-lo

---

<sup>84</sup> PEREIRA, C. M. da S. *Direito Civil: alguns aspectos da sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 23. Nas palavras de Rubens Limongi FRANÇA, “o seu fundamento primeiro são as imposições da natureza das coisas, noutras palavras, o *direito natural*.” FRANÇA, *Manual...* op. cit., p. 406.

<sup>85</sup> BITTAR, *Os Direitos...* op. cit., 24-25.

de maneira excessivamente abstrata: “Conscientes de que só a noção substancial de pessoa confere sentido e dignidade ao Direito e de que só tal noção permite uma visão crítica e valorativa dos diferentes ordenamentos jurídicos, não enxergamos o ser humano de maneira abstrata, mas em sua inserção concreta na História e na sociedade.”<sup>86</sup>

Consideramos que os valores não são eternos uma vez que “determinada comunidade, em determinado momento histórico, elege valores que pretende dignos de proteção, que se dá através do ordenamento jurídico regente da vida em sociedade.”<sup>87</sup> Logo os direitos da personalidade são reconhecidos em determinado momento histórico, formando, entretanto um rol mutável.

Como dito, o fundamento histórico tende a ser mutável e neste sentido mais adequado aos direitos da personalidade e aos direitos humanos. Segundo BOBBIO os jusnaturalistas achavam ter encontrado um fundamento absoluto, mas a natureza do homem é muito frágil como fundamento de direitos irresistíveis.<sup>88</sup>

Segundo o autor, um fundamento absoluto seriam os valores últimos, os quais são antinômicos, sendo que na prática devem existir concessões mútuas. Aos se estabelecer um valor último impossibilita-se ponderação de valores. Aquilo que é absoluto em todas as circunstâncias, jamais poderá ceder. Logo, o fundamento no direito natural é inaplicável aos direitos humanos e aos direitos da personalidade, uma vez que devem poder sofrer restrições em algumas situações.

Os valores são mutáveis, conforme a época e a sociedade que se analisa e “o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outra culturas.”<sup>89</sup> É impossível estabelecer um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos.

---

<sup>86</sup> OLIVEIRA, *O estado...* op. cit., p. 17.

<sup>87</sup> CORTIANO JÚNIOR, *Alguns...* op. cit., p. 32.

<sup>88</sup> BOBBIO, N. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 16 *et seq.* Este autor ainda considera os direitos naturais como mera exigência e não como direitos: “Do ponto de vista de um ordenamento jurídico os chamados direitos naturais ou morais não são propriamente direitos: são apenas exigências que buscam validade a fim de se tornarem eventualmente direito num novo ordenamento normativo, caracterizado por um diferente modo de proteção dos mesmos.”

<sup>89</sup> BOBBIO, *A era...* op. cit., p. 19.

Por outro lado os direitos da personalidade são uma classe heterogênea, possuindo fundamentos diversos, apenas podendo ser estabelecido que em determinada época e sociedade aquilo foi considerado importante. Logo o fundamento no direito natural tornar-se um obstáculo ao reconhecimento de novos direitos antinômicos aos já reconhecidos, até mesmo porque para os jusnaturalistas os valores últimos podem ser demonstrados e uma vez que isto ocorre tornam-se inquestionáveis. Esta visão acaba fortalecendo uma ordem imutável e talvez injusta.<sup>90</sup>

Adriano DE CUPIS, entende que podem ser considerados direitos da personalidade apenas aqueles que se encontram no ordenamento jurídico positivo de determinada sociedade, ou seja, a natureza destes direitos é necessariamente positiva.<sup>91</sup>

Concordamos com Eroulths CORTIANO JÚNIOR<sup>92</sup> que frisa que o exagerado positivismo também não é a melhor solução. Tal entendimento tenderia a também limitar a proteção da personalidade uma vez que, como já demonstrado, é difícil a enunciação taxativa e exaustiva dos direitos da personalidade, aliada ao fato de sua constante alteração no tempo e no espaço.

Entretanto, mais importante do que encontrar um fundamento é efetivar a tutela destes direitos. Neste sentido, para uma efetiva tutela acaba por ser necessária a positivação, que no Brasil encontra-se toda ela na idéia de dignidade da pessoa humana. Não há a necessidade de previsão de cada aspecto para que mereça a proteção pelo direito brasileiro: “No caso da pessoa humana, elasticidade significa a abrangência da tutela, capaz de incidir a proteção do legislador e, em particular, o ditame constitucional de salvaguarda da dignidade humana a todas as situações, previstas ou não em que a personalidade, entendida como valor máximo do ordenamento, seja o ponto de referência objetivo.”<sup>93</sup>

---

<sup>90</sup> Conforme aponta BOBBIO, as maiores atrocidades da humanidade foram cometidas tendo em vista um suposto ideal supremo. Neste sentido foi o nazismo e todos os demais regimes totalitários. BOBBIO, *A era...* op. cit. p. 20 *et seq.*

<sup>91</sup> FRANÇA, *Direitos...* op. cit., p. 10.

<sup>92</sup> CORTIANO JÚNIOR, *Direitos...* op. cit.

<sup>93</sup> TEPEDINO, *A tutela...* op. cit., p. 49.

A pessoa humana é pressuposto de todo o ordenamento jurídico, sendo que o direito existe para proteger a sua dignidade. Neste sentido novas formas de atentado que surjam, devem ser atacadas, não podendo o juiz negar sua tutela alegando a falta de previsão.

Por fim deve-se ressaltar que na maioria dos ordenamentos jurídicos a idéia de fundamento para os direitos da personalidade mostra-se de menor relevo. Isto porque há a Declaração de Direitos do Homem, firmada por diversos países, bem como muitos ordenamentos já positivaram determinado consenso quanto a existência dos referidos direitos, logo desnecessário buscar um fundamento.

Quanto ao direito brasileiro, o reconhecimento da dignidade encontra-se na Constituição. Entende-se desta forma que há uma cláusula geral buscando a sua proteção. É de se ressaltar que no direito brasileiro a idéia de pessoa e sua dignidade é a base do ordenamento, servindo de orientação para todas as normas jurídicas presentes em nosso sistema positivo.<sup>94</sup>

---

<sup>94</sup> “Contudo, por todos, Ferraz Júnior assevera que tal dicotomia (direito positivo-direito natural) encontra-se enfraquecida. E a razão é clara. Quando da promulgação constitucional dos direitos fundamentais, há a institucionalização do direito natural em forma de normas declinadas na Constituição, fenômeno que, de certa forma, ‘positiva’ dito direito.” SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos incluindo o estudo da lei n. 9.434/97*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 47.

### 3 ABORTO: ENTRE O AGIR LÍCITO E ILÍCITO

#### 3.1 O direito à vida e o aborto

Entende-se que o primeiro direito do ser humano é o direito à vida, até mesmo porque é pressuposto de todos os demais direitos. Só um ser humano vivo pode possuir personalidade e conseqüentemente os direitos a ela referentes. Assim a vida pode ser considerada o direito mais essencial de todos os direitos da pessoa, é o bem maior da ordem jurídica.<sup>95</sup> TOBEÑAS também considera o direito à vida como o principal direito da personalidade, sendo necessária ao desfrute dos demais.<sup>96</sup>

Devido àquela essencialidade, o bem jurídico vida possui proteção constitucional dada pelo *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Entende-se que a vida,

“no texto constitucional, não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida.”<sup>97</sup>

O direito à vida é cláusula pétrea da Constituição Federal, por conseguinte não pode existir Emenda Constitucional tendente a abolir esse direito. Apenas a instalação de uma nova ordem jurídica poderia atingir a intangibilidade do direito à vida. Por outro lado, se nem mesmo Emenda Constitucional pode dispor deste direito o que se dirá de

---

<sup>95</sup> BITTAR, Os *direitos...* op. cit., p. 65. “O primeiro e mais importante de todos os direitos fundamentais do ser humano é o direito à vida.” MARTINS, I. G. da S. *Fundamentos do direito natural à vida*. In: Revista dos Tribunais, Rio de Janeiro, v. 623, set. 1987, p. 27. “Não há como não considerar, em primeiro lugar, o direito à vida, direito inato, fundamental, o mais essencial dos direitos, pois dele dependem, é óbvio, não apenas todos os demais, como o seu aproveitamento.” CHAVES, A. Direitos à vida, ao próprio corpo e às partes do mesmo (transplantes). Esterilização e operações cirúrgicas para ‘mudança de sexo’. Direito ao cadáver e partes do mesmo. In: CHAVES, A. (org.). *Estudos de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 145.

<sup>96</sup> TOBEÑAS, *Los derechos...* op. cit., p. 34.

<sup>97</sup> SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 200.

Lei Ordinária. Logo Lei que pretendesse legalizar amplamente o aborto ou a pena de morte seria flagrantemente inconstitucional no sistema jurídico brasileiro.<sup>98</sup>

Embora o direito à vida esteja previsto constitucionalmente não se pode dizer que as pessoas estão vivas graças à Constituição, ou seja, por mera concessão da Lei Maior. O direito à vida é anterior à Constituição, esta só existe para proteger aquela. Neste sentido "... ninguém em sã consciência admite que está vivo apenas por mera concessão da Constituição, antes o contrário, a Constituição garante porque já se tem de antemão o direito."<sup>99</sup>

Entretanto, considera Antônio CHAVES que a Constituição Federal de 1988 foi omissa ao tratar do direito à vida, tratando minuciosamente de diversos outros direitos, considerados por ele como acessórios e deixando à margem o principal, que é o direito à vida.<sup>100</sup> Também não foi clara a Constituição quanto ao aborto, não tendo ele sido mencionado pelo legislador constituinte.

A Constituição protege o direito à vida, entretanto, não define o que seja vida nem quando esta se inicia. Em verdade é bastante controversa a delimitação de quando começa a vida. Atualmente a doutrina tem sido quase unânime em dizer que desde a concepção vida já existe.<sup>101</sup> Esta não é autônoma entretanto já é vida, uma vez que o feto já executa funções típicas de vida.

Logo, o início da vida se dá com a fecundação, sendo que a partir deste momento já se pode considerar que o feto tem sua individualidade própria. A vida passa a se desenvolver e não serão, nunca, alteradas as suas características, ou seja, o seu código genético. Assim não podem ser diferenciados os momentos da gestação. O código genético do embrião é distinto do da mãe e do pai e por isso é um ser único,

---

<sup>98</sup> "Assim, em tempo de paz, não há forma de se legalizar qualquer meio de se subtrair, através de Lei Ordinária, a inviolabilidade do direito à vida de quem quer que seja, por qualquer forma que seja, tendo em vista manifesta inconstitucionalidade que esta lei estaria eivada, ter-se-ia que tentar o recurso de uma *emenda* ao texto constitucional." ANDRADA, J. B. B. *Direito à vida: Processo legislativo e Constituição*. In: *Revista do Tribunais*, Brasília, v. 670, ago. 1991, p. 378.

<sup>99</sup> ANDRADA, *Direito...* op. cit., p. 377.

<sup>100</sup> CHAVES, A. *Direito à vida e ao próprio corpo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 14-15.

<sup>101</sup> "É a fecundação que marca o início da vida. Quando os 23 cromossomos masculinos dos espermatozoides se encontram com os 23 do óvulo da mulher, definem todos os dados genéticos do ser humano, qualquer método artificial para destruí-lo põe fim à vida." CHAVES, *Direito...* op. cit., p. 16.

irrepetível. Por outro lado, independentemente do que aconteça a forma que assumiu com a concepção seguirá durante toda a gestação, excetuados eventuais acidentes e cirurgias intra-uterinas.

O direito à vida independe da forma pela qual o ser veio ao mundo, bem como da qualidade de sua vida. É indiferente se houve inseminação artificial, se a criança é deficiente, tem qualquer tipo de anomalia física ou psíquica.<sup>102</sup> Assim, mesmo o bebê de proveta já possui vida em sentido jurídico: “O que assinala o início legal da vida humana é a penetração do espermatozóide no óvulo, ainda que tal fato ocorra fora do corpo da mulher (os assim denominados ‘bebês de proveta’), uma vez que o Código Civil põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro...”<sup>103</sup>

No direito brasileiro é dentro da questão do direito à vida que se situa o tema tão polêmico do aborto: “No direito à vida que a norma penal tão energicamente assegura, integra-se o reconhecimento jurídico ao interesse do ser humano que foi gerado a desenvolver-se normalmente e nascer.”<sup>104</sup>

Se o Estado garante a todos o direito à vida, mais justificado ainda é que garanta a vida do nascituro, uma vez que é insuficiente pleno, não tendo como se defender de eventuais atentados.

Juridicamente é utilizado o termo aborto como referência à interrupção da gravidez, com a morte do produto da concepção. Entretanto, aborto é o produto morto do abortamento. Neste sentido abortamento seria a expressão correta para indicar o processo de interrupção da gravidez.<sup>105</sup> Todavia será aqui utilizado abortamento e aborto como sinônimos, uma vez que a doutrina assim o faz.

---

<sup>102</sup> “Este direito estende-se a qualquer ente trazido à lume pela espécie humana, independentemente do modo de nascimento, da condição do ser, de seu estado físico ou de seu estado psíquico.” BITTAR, Os direitos... op. cit., p. 66.

<sup>103</sup> LEITE, R. de C. *Transplantes de órgão e tecidos e direitos da personalidade*. São Paulo: J. de Oliveira, 2000, p. 55. Outro tema que traz muitas discussões é acerca do destino dado aos embriões decorrentes de fertilização *in vitro*. Isto porque diversos óvulos são fecundados, entretanto nem todos são inseridos no corpo da mulher. Considerando que o início da vida se dá com a fecundação é de se ressaltar que tais embriões já podem ser considerados uma vida. Simplesmente descartá-los seria contrariar um direito constitucionalmente previsto. Entretanto, por ser tema bastante complexo não será aprofundado neste estudo.

<sup>104</sup> BRUNO, A. *Crimes contra a pessoa*. Rio de Janeiro: Rio, 1976, p. 158.

<sup>105</sup> GOMES, H. *Medicina legal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p. 410. No mesmo sentido: “A medicina, em especial a ginecologia e a obstetrícia, ao definir a interrupção prematura do ciclo

O aborto pode ocorrer a partir do momento em que houve a fecundação<sup>106</sup>, até o momento em que se inicia o processo de parto, posteriormente a isto é considerado homicídio, ou infanticídio, dependendo do caso. É independente, para o direito, a fase da gestação, sendo suficiente a morte do produto da concepção para a configuração do aborto.

A maior parte da doutrina entende que, para a configuração do aborto, não se faz necessária a eliminação do conceito, sendo suficiente a sua morte. Isto porque, embora morto, nem sempre o feto é expulso. Por outro lado, às vezes ocorre a expulsão do feto sem haver sua morte (nos casos em que já é viável a vida extra-uterina).

Não obstante o direito à vida do ser humano em desenvolvimento seja o bem defendido ao se tratar do aborto, também é protegido outro direito da personalidade: a integridade física da mãe. Porque um aborto pode ter graves conseqüências tanto à saúde física quanto mental da gestante, podendo levar até mesmo a sua morte.

Alguns autores indicam outros bens que são tutelados quando se refere ao aborto, como o interesse do Estado em manter alta a taxa de natalidade<sup>107</sup>, entretanto não serão aqui tratados, por não guardarem pertinência com o tema.

Embora o aborto seja incriminado pela maior parte das legislações da atualidade, nem sempre foi assim. Inicialmente em Roma considerava-se que o feto era parte do corpo materno. Destarte poderia a mãe dispor livremente de seu corpo, bem como daquele ser que se encontra dentro de seu ventre.

---

gravídico, prefere utilizar o verbete abortamento, considerando ser aborto o conceito morto no referido processo. CARVALHO, T. D. A. de. e FERRAZ, C. A. J. Aborto eugênico – uma questão biojurídica. In: SÁ, M. de F. F. de. (org.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 445.

<sup>106</sup> Seguindo-se este entendimento há de se considerar que tanto a pílula do dia seguinte quanto o dispositivo intra-uterino são abortivos, uma vez que agem após a fecundação. Este é o entendimento de Aníbal BRUNO e de grande parte da doutrina. Diversamente entende Luiz Regis PRADO: “Biologicamente, porém, o começo da vida é marcado pela concepção ou fecundação, ou seja, a partir do momento em que o óvulo feminino e o espermatozóide masculino se unem. Não obstante, o início da vida humana como limite mínimo de sua proteção jurídica é fixado pela nidação, isto é, com a implantação do embrião na parede do útero, quatorze dias após a fecundação. Até então não é possível se falar em gravidez.” Logo, neste entendimento tanto a pílula do dia seguinte quanto o DIU seriam contraceptivos e não abortivos. PRADO, L. R. *Curso de direito penal brasileiro*, volume 2: parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 106.

<sup>107</sup> PRADO, *Curso...* op. cit., p. 103.

Posteriormente, por volta do ano 200 d.C. durante o reinado de *Septimius Severus*, o aborto foi considerado em Roma como ofensa ao direito do *pater familias* em ter a sua descendência. Era punido apenas na medida em que frustrava esta expectativa. Desta forma a mulher solteira poderia livremente abortar.<sup>108</sup>

Aristóteles preconizava o aborto com finalidade econômica, desde que o feto fosse ainda inanimado. A distinção entre feto animado e inanimado tinha por princípio a “penetração da alma” naquele ser. Neste sentido considerava-se inanimado o feto, quando masculino com até 40 dias e quando feminino com até 80 dias. Posteriormente a isto era considerado animado, não podendo ocorrer o aborto. Já Hipócrates era contrário ao aborto, dizendo que jamais administraria substância abortiva a qualquer mulher.<sup>109</sup>

O Cristianismo iguala o aborto ao homicídio, uma vez que já considera que houve a morte de um ser humano. Na Idade Média foi retomada a idéia de Aristóteles, de divisão entre ser animado e inanimado. O direito Canônico punia o aborto nos dois momentos, entretanto havia uma pena majorada quando o feto fosse animado, pois considerava-se que, tendo alma e não sendo batizado, sua alma perdia-se. Todavia era considerado lícito o aborto praticado em feto inanimado quando o motivo fosse preservar a honra da mulher.<sup>110</sup>

Mais tarde a distinção entre o embrião animado e o inanimado foi abandonada sendo a pena do aborto igualada a do homicídio. Com o advento das idéias iluministas, refletidas nas legislações, passou-se a cominar pena diversa ao homicídio e ao aborto, sendo que aquelas eram mais graves que estas.

A União Soviética liberou o aborto, em todas as hipóteses em 1926. Entretanto isto gerou muitos problemas, tendo a lei sido revogada em 1936. Posteriormente, em 1955, foi o aborto novamente legalizado naquele país.<sup>111</sup> Nos Estados Unidos o aborto é legalizado em alguns estados, desde que praticado até o terceiro mês de gestação. O caso *Roe v. Wade* tronou-se um marco neste país. Na ocasião foi declarada

---

<sup>108</sup> BRUNO, *Crimes...* op. cit., p. 155.

<sup>109</sup> GOMES, *Medicina...* op. cit., p. 414.

<sup>110</sup> PRADO, *Curso...* op. cit., p. 101.

<sup>111</sup> GOMES, *Medicina...* op. cit., p. 414.

inconstitucional a lei do estado do Texas que só permitia o aborto em casos de risco de vida para a gestante. Assim, reconheceu a Suprema Corte daquele país um direito às mulheres de abortar.<sup>112</sup>

No Brasil o Código Criminal do Império de 1830 trazia apenas a punição para o aborteiro, e não para a mulher que abortasse. O Código Penal de 1890 passou a punir a mulher, entretanto havia atenuação em caso de aborto praticado para ocultar desonra própria.<sup>113</sup>

Atualmente no ordenamento jurídico brasileiro a regra é a punição do aborto, havendo algumas exceções. O Código Penal Brasileiro em vigor pune tanto a mulher que pratica o aborto quanto aqueles que a auxiliam ou provocam o aborto com ou sem consentimento da gestante. Isenta de pena o aborto praticado por médico, quando é o único meio para salvar a vida da gestante, o chamado aborto sentimental, ou quando a gravidez é resultante de estupro. Neste último caso o código menciona expressamente que deve haver o consentimento da gestante.

Muito embora desde a concepção já exista uma vida humana, alguns abortistas alegam que aquele ser é apenas um “aglomerado de células”, considerando a liberdade da mulher um bem superior àquele aglomerado. Consideram que a mulher é dona do próprio corpo e portanto daquele ser que nela se desenvolve, podendo dispor livremente dele. É interessante, neste sentido a argumentação do Movimento de Libertação das Mulheres, na França: “Uma vez que todo esse processo se desenvolve no corpo das mulheres, só elas estão aptas a decidir se querem ou não guardar esse embrião sob pena de atentado às mais elementares liberdades. A decisão de guardar ou não o feto é uma decisão que se refere a algo que se passa no corpo da mulher. Só a esta compete tomá-la portanto.”<sup>114</sup>

---

<sup>112</sup> DWORKIN, *Life's...* op. cit., p. 7.

<sup>113</sup> AZAMBUJA, M. R. F. de. *O aborto sob a perspectiva da bioética*. In: *Revista dos Tribunais*: São Paulo, v. 807, jan. 2003, p. 476.

<sup>114</sup> LE NOUVEL OBSERVATEUR. *O livro branco do aborto*. Tradução de Maria do Carmo Ravara Cary. Lisboa: Moraes, 1972, p. 42. Diversamente entende a doutrina: “O corpo do nascituro embora participe do sangue materno, será sempre um outro ser, com o corpo dele, só subsistindo os laços hereditários. Sendo outro ser, outro corpo, embora ainda no ventre com direito humano ou divino, não poderemos dispor deste corpo para destruí-lo, para atender quase sempre nossos caprichos

O feto de forma alguma pode ser considerado como parte do corpo da mãe. Certamente é um ser que não possui autonomia, uma vez que depende de outro corpo para sobreviver e se desenvolver, entretanto já possui a sua individualidade, já pode sentir dores, ou seja, é um ser humano.

Entendemos como a maior parte da doutrina, ou seja, que o objeto do aborto não é um coisa, ou nada, ou apenas uma parte do corpo da gestante, mas uma vida de um ser humano em desenvolvimento. Assim, considerando que o direito à vida é indisponível e que o próprio titular não pode dispor do bem vida, muito menos outra pessoa poderá por ele fazer isto. A gestante que apenas carrega o feto não pode dele dispor, se isto fizer estará atuando contrariamente ao ordenamento jurídico brasileiro, sendo passível de punção.

Por outro lado, ainda que se considerasse – o que, como foi demonstrado, é absolutamente ilógico – que o feto faz parte do corpo da mãe, ainda assim não pode ela dispor de seu corpo, uma vez que a integridade física, sendo um direito da personalidade, é indisponível, ou seja, a autolesão não é permitida.

Ao se colocar em conflito o direito de liberdade da mãe com o direito à vida do filho, seria irracional dizer que aquele é superior a este. O direito de liberdade da mãe vai até onde começa o direito à vida do filho, que é inegavelmente superior. Nenhum direito é ilimitado, todos os direitos possuem suas restrições e a mais básica de todas as restrições é o direito alheio.

Há ainda aqueles que consideram o aborto como mais uma forma de contracepção. Entretanto a contracepção visa evitar a fecundação. Uma vez que esta já ocorreu, o aborto aniquila uma vida que já existe e está apenas em desenvolvimento. É bastante distinto evitar a concepção de evitar o desenvolvimento de uma vida e o nascimento de um novo ser humano.

Outros argumentos em favor do aborto existem, como por exemplo o fato da lei não conseguir evitar que as mulheres continuem a abortar. Em relação a este argumento freqüentemente é utilizado o seguinte contra-argumento: A punição também

não conseguiu evitar que ocorram seqüestros, homicídios e diversos outros delitos. Dever-se-ia então legalizá-los? Despenalizar não pode ser uma alternativa para diminuir a criminalidade.

Alega-se ainda que devido à proibição as gestantes buscam os abortos clandestino o que acaba provocando alta mortalidade, bem como graves enfermidades. Entretanto nos países onde o aborto foi legalizado este problema não foi solucionado. Isto porque, embora fosse permitido o aborto e realizado nos hospitais públicos, as gestantes preferiam fazê-lo clandestinamente tendo em vista que desta forma poderiam permanecer anônimas.

O aborto pode ser classificado em espontâneo, acidental e provocado. O primeiro ocorre quando a interrupção da gravidez é natural, ou seja, aquele feto jamais teria condição de se desenvolver, geralmente se dá em virtude de alguma doença da mãe ou má formação do feto. Não é punível no direito brasileiro.

O aborto acidental ocorre quando, por um evento externo, há a interrupção da gravidez. Entretanto a ocorrência deste evento não pode ser intencional no sentido daquela interrupção. Eventualmente poderá haver punição, por exemplo, no caso de lesão corporal grave com aborto, se o agente não ignorava ou não deveria ignorar a condição de gestante da vítima.

Já o aborto provocado ocorre quando deliberadamente se quer a interrupção da gravidez. Pode ser provocado pela própria gestante ou por terceiro, com ou sem o seu consentimento. Neste caso poderá ser criminoso dependendo da motivação que levar ao aborto.

Nos próximos itens será analisada as hipótese em que o aborto é considerado lícito ou não pelo ordenamento jurídico brasileiro, bem como tema que se encontra em discussão, acerca de sua legitimidade, o aborto eugênico.

### **3.2 Aborto ilícito**

O aborto criminoso ou ilícito é a interrupção **voluntária** da gravidez antes do final da gestação com a morte do produto da gestação podendo haver ou não a

expulsão do feto. Para ser o aborto considerado criminoso, a gravidez deve ser normal e não patológica, razão pela qual exclui-se do conceito a interrupção da gestação que ocorre fora do útero ou quando há a chamada mola.<sup>115</sup>

Como já mencionado a regra no direito brasileiro é a punição do aborto que se dá pela tipificação no Código Penal nos artigos 124 a 127. No artigo 124 encontra-se o aborto provocado pela gestante, ou nela efetuado por terceiro com o seu consentimento. No artigo 125 há o aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante ao passo que no artigo 126 tipifica-se o aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante. Por fim encontra-se no artigo 127 a forma qualificada do aborto.

A doutrina cita diversas motivações que levam ao aborto, sendo que dentre elas encontram-se:

a) *Aborto econômico*: fundamenta-se na impossibilidade financeira do casal ou da gestante em manter a criança. Também alega-se o elevado número de filhos. Não é abrangido pela legislação brasileira, sendo punido, sem qualquer atenuante.

Deve-se considerar que o aborto jamais pode ser visto como uma alternativa para a solução de problemas sociais. É importante que o governo promova programas no sentido de informar a população acerca do planejamento familiar, o que, ademais, já se encontra previsto pelo artigo 226 § 7º da Constituição Federal de 1988. A falta de planejamento familiar eleva o número de abortos clandestinos, mas não será a legalização do aborto que irá alterar este quadro e sim um projeto de conscientização das famílias para o planejamento familiar.

Em alguns países é aceito o aborto com finalidades econômicas e sociais. Na China por exemplo o aborto é largamente utilizado para o controle populacional, bem como nos casos de eugenia.

Luiz Regis PRADO assevera ainda que a inclusão desta hipótese como excludente traria excessiva insegurança jurídica, uma vez que a justificativa é muito

---

<sup>115</sup> “É a interrupção ilícita da vida endo-uterina, *normal e não patológica* [grifo do autor], em qualquer fase de sua evolução gestatória até momentos antes do início do trabalho de parto...” CROCE,

aberta, dando margem a uma larga interpretação, o que poderia ocasionar arbitrariedades.<sup>116</sup>

A jurisprudência é também no sentido de não aceitar o aborto econômico como justificável. Nesta linha de raciocínio é o trecho da seguinte decisão do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná:

“Em todo curso da presente ação, não demonstrou a apelada encontrar-se amparada pela excludente invocada - estado de necessidade, por não resultar evidenciado nem de leve, estivesse a mesma sob perigo atual ou iminente a sua saúde, e sim, sua ação decorreu da alegação de precária situação econômica, para criar e educar o filho que se encaminhava a luz, além dos outros dois que com ela convivem. No caso não há que se falar em estado de necessidade, pela completa ausência de justificativa no atuar da acusada, bem como, por haver decorrido a gravidez de um ato voluntário da mesma.”<sup>117</sup>

*b) Aborto estético:* quando a gestante pretende interromper a gravidez para não sofrer deformações em seu corpo. É punível. Aparentemente nenhuma legislação traz esta hipótese como uma real motivação para o aborto, até mesmo porque é de extremo individualismo, o que não se coaduna com o direito.

*c) Aborto ‘honoris causa’:* quando realizado pela gestante para ocultar desonra própria. Atualmente é punido pela legislação brasileira, mas já foi acolhido como atenuante pelo Código Penal Brasileiro de 1890.

Geralmente efetuado para ocultar traição ou por mães solteiras. “Trata-se, em última análise, de apagar a prova da conjunção carnal praticada em condições socialmente desaprovadas e que poderia, se pública, prejudicar-lhe o bom nome.”<sup>118</sup>

*f) Aborto eugênico:* “é a privação dolosa de nascimento de ser humano presumivelmente portador de taras hereditárias.”<sup>119</sup> O aborto eugênico é tema que se encontra ligado à qualidade de vida.

D. *Manual de medicina legal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 436.

<sup>116</sup> PRADO, *Curso...* op. cit., p. 119.

<sup>117</sup> Tribunal do Alçada do Estado do Paraná. AC 0051209-2. Relator: Des. Clotário Portugal Neto. DJU: 02-10-1992.

<sup>118</sup> CHAVES, *Direito...* op. cit., p. 31.

<sup>119</sup> CROCE, *Manual...* op. cit., p. 443.

É feito geralmente quando a criança possui má formação ou há alguma probabilidade de nascer com defeitos. Este tema será tratado com maior profundidade em item posterior.

### **3.3 Aborto lícito**

O Código Penal Brasileiro prevê duas hipóteses de exclusão da ilicitude no aborto. Ambas encontram-se no artigo 128 do Código:

Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico:

#### **Aborto necessário**

I – Se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

#### **Aborto no caso de gravidez resultante de estupro**

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

A maior parte da doutrina brasileira<sup>120</sup> entende sejam as duas hipóteses de aborto causas exclusão da ilicitude ou da culpabilidade da conduta. Entretanto há opinião destoante na doutrina, alegando que o crime subsiste, apenas não havendo pena, por razões de política criminal. Seriam assim escusas absolutórias. Em se seguindo este entendimento, não haveria, no direito pátrio, hipóteses em que o aborto seria lícito.<sup>121</sup> Todavia não é o posicionamento adotado.

---

<sup>120</sup> Neste sentido Luiz Regis PRADO e Aníbal BRUNO.

<sup>121</sup> MARQUES DIP, R. H. *Uma questão biojurídica atual: a autorização judicial de aborto eugenésico – alvará para matar*. In: Revista dos Tribunais, v. 734, dez. 1996, p. 531. No mesmo sentido: Ovídio Rocha Barros SANDOVAL em parecer dado em relação a pedido de interrupção da gravidez "... o art. 128 do Código Penal não declara *excluída* a possibilidade do ilícito penal, pois apenas '*suprime a pena*', mas '*fica o crime*'." SANDOVAL, O. R. B. *Autorização judicial para a prática de aborto*. In: Revista dos tribunais, v. 739, maio 1997, p. 499.

Também na maior parte dos países as duas hipóteses constituem-se em excludentes de ilicitude, ainda que não previstas expressamente na legislação. Em verdade o tema é polêmico, cabendo uma ponderação de valores e quando se trata de valores jamais se pode excluir um deles *a priori*.

### 3.3.1 Aborto necessário

O aborto necessário, também chamado de terapêutico ocorre quando é a única alternativa para salvar a vida da gestante ou para evitar enfermidade grave, ou seja, em virtude de risco a saúde da mãe.

O primeiro caso está previsto no artigo 128, inciso I do Código Penal Brasileiro como isento de pena, quando praticado por médico. Neste caso é desnecessária a autorização judicial. Entretanto, por precaução, deve o médico tomar os cuidados necessários, como a elaboração de laudo referente ao risco de vida que corre a gestante procurando preferencialmente a opinião de outro médico.

Majoritariamente a doutrina penal entende que não é necessária a autorização da gestante para a intervenção em caso de risco de vida. Entretanto o Código de Ética Médica<sup>122</sup>, em seu artigo 46, veda ao médico “Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo iminente perigo de vida.” Por outro lado, ao se interpretar o Código Civil de 2002 também deve-se entender necessário o consentimento da gestante para a intervenção. Logo é necessária a autorização, que deverá ser feita preferencialmente por escrito, evitando assim, eventual responsabilização para o médico. Até mesmo porque a gestante pode negar-se ao aborto por motivos pessoais, como por exemplo a convicção religiosa.

A doutrina brasileira entende que o aborto necessário exclui a ilicitude da conduta.<sup>123</sup> Isto porque estariam em conflito dois bens jurídicos: a vida da gestante e a

---

<sup>122</sup> Resolução CFM n.º 1.246, de 8 de janeiro de 1988.

<sup>123</sup> “Ocorre exclusão da ilicitude, exclusão especial, quando o aborto é praticado por médico e não há outro meio de salvar a vida da gestante.” SIQUEIRA, G. B. de. *Aborto humanitário: autorização*

vida do feto. Para Luiz Regis PRADO a vida da gestante é superior à vida do filho.<sup>124</sup> Logo, o aborto necessário “se justifica no estado de necessidade por não ser possível a preservação da vida da gestante, exceto com a interrupção da gravidez, segundo critério médico. Diante da situação de perigo, e da impossibilidade de salvar os dois bens jurídicos, preserva-se a vida da gestante, optando-se pela certeza e não pela mera probabilidade.”<sup>125</sup> Assim, em uma ponderação de bens considera-se a vida da gestante, ser humano já formado e independente, bem jurídico superior à vida do feto.

Por outro lado Hélio GOMES ressalta que as duas vidas seriam perdidas caso não fosse realizada a intervenção, o que reforçaria a tese do chamado estado de necessidade, ou seja, seria salva uma vida em vez de se perder duas.<sup>126</sup>

Entretanto, dado o desenvolvimento da medicina, poucos são os casos de risco de vida para a gestante, podendo em muitos casos haver a intervenção na gestante sem ocorrer a morte do feto. Por outro lado, há que se considerar que, em determinados casos, é difícil saber se de fato haverá risco de vida para a gestante, ou até mesmo se o aborto não acabaria por ser uma alternativa pior.

Para excluir a ilicitude da conduta, o tipo penal determina que o aborto seja praticado por médico. Entretanto, em determinadas hipóteses há a impossibilidade espacial ou temporal do médico realizá-lo. Nestes casos aceita-se, também baseado no estado de necessidade, que o aborto seja praticado por terceira pessoa que pode ser, por exemplo uma enfermeira.<sup>127</sup>

Já o aborto para evitar enfermidade grave não está previsto como uma excludente na legislação pátria. Entretanto existem legislações que admitem o aborto quando existe risco de saúde para a gestante. Todavia não há como ser justificado no

---

*judicial*. In: Revista dos Tribunais, v. 675, jan. 1992, p. 300. No mesmo sentido: Luiz Regis PRADO, Aníbal BRUNO.

<sup>124</sup> PRADO, *Curso...* op. cit., p.115.

<sup>125</sup> GIACOMOLLI, J. N. *Autorização judicial para interrupção da gravidez: aborto eugênico, necessário e sentimental*. In: Revista dos tribunais, v. 794, dez. 2001, p. 488.

<sup>126</sup> GOMES, *Medicina...* op. cit., p. 417.

<sup>127</sup> GIACOMOLLI, *Autorização...* op. cit., p. 490.

estado de necessidade, uma vez que a vida do feto é bem jurídico superior a apenas a saúde da gestante.<sup>128</sup>

### 3.3.2 *Aborto sentimental*

O aborto sentimental, previsto no artigo 128, inciso II, está isento de pena quando a gravidez é resultante de estupro ou incesto, é realizado por médico deve haver consentimento da gestante, ou de seu representante legal. Aqui a própria lei penal prevê que deve haver o consentimento, diferentemente do aborto necessário. Logo também deve o médico obter autorização por escrito da gestante, ou de seu representante. Também é considerada desnecessária a autorização judicial, em face do permissivo legal.

A doutrina aponta ser desnecessária a sentença criminal condenatória referente ao estupro para a realização do aborto. Entretanto deve haver indícios da materialidade do fato, como por exemplo através de *notitia criminis*, testemunhas, perícia realizada na gestante. Quando fique comprovado que a gravidez não era resultante de estupro, apenas a gestante responderá pelo delito de aborto, uma vez que o médico terá incidido em erro de tipo.

Há entendimento por se fazer uma interpretação extensiva do dispositivo, abrangendo os casos de gravidez resultante de atentado violento ao pudor. Neste sentido “A norma do art. 128, II – aborto em caso de estupro –, possui um comando permissivo, motivo porque comporta uma exegese extensiva, *in bonam partem* para ser aplicada também à gravidez gerada por atentado violento ao pudor.”<sup>129</sup> A jurisprudência

---

<sup>128</sup> BRUNO, *Crimes...* op. cit., p. 170.

<sup>129</sup> GIACOMOLLI, *Autorização...* op. cit., p. 487. Por outro lado Geraldo Batista de SIQUEIRA entende por estender a analogia para todos os crimes sexuais que resultassem em grávidas da ofendida. SIQUEIRA, G. B. de. *Aborto humanitário: autorização judicial*. In: Revista dos Tribunais, v. 675, jan. 1992, p. 300. Em sentido diverso Luiz Regis PRADO entende por não se fazer a analogia aos demais crimes sexuais: “O artigo 128, II, é norma não incriminadora excepcional. Dessa forma, não é possível sua aplicação por analogia para abranger casos em que a gravidez seja decorrente de outro delito sexual (v. g. art. 214, CP – atentado violento ao pudor) mesmo que em benefício do réu.” PRADO, *Curso...* op. cit., p. 117.

brasileira aceita esta interpretação extensiva, aplicando a excludente nos casos de atentado violento ao pudor, apenas.

Neste caso há um conflito de valores entre uma vida e a saúde física e mental da mãe. Logo ficaria difícil alegar estado de necessidade uma vez que o bem jurídico vida do feto por certo é superior ao bem jurídico saúde da gestante.<sup>130</sup> Não é razoável sacrificar-se o bem jurídico de maior valor para ser salvo um bem jurídico de menor valor. Assim, a doutrina entende que há uma causa especial de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa. Esta causa é considerada pela doutrina penalista como uma causa supralegal de exclusão.

Conforme aponta Aníbal BRUNO esta causa de exclusão passou a ser aceita em muitos países em virtude dos atos de violência sexual praticados nas guerras. Entende basicamente a doutrina que não se pode exigir que a mãe leve adiante uma gravidez e após crie um filho que constantemente a lembrará da dor e da ofensa sofridas. Entretanto, entendemos como Aníbal BRUNO, que não considera que a situação seja plenamente justificada:

“Mas, por mais respeitável que sejam esses sentimentos, tomar a situação como justificativa da morte de um ser que se gerou é uma conclusão de fundo demasiadamente individualista, que contrasta com a idéia do Direito e a decidida proteção que ele concede à vida do homem e aos interesses humanos e sociais que se relacionam com ela e demasiadamente importantes para serem sacrificados a razões de ordem pessoal, que, por mais legítimas que possam parecer não têm mérito bastante para se contrapor ao motivo de preservação da vida de um ser humano.”<sup>131</sup>

Nestes casos pretende-se sobretudo assegurar a saúde mental da gestante. Entretanto é de se questionar se um aborto não seria ainda mais agressivo a sua saúde mental, até mesmo porque ela continuará a lembrar o ocorrido independentemente do nascimento da criança ou não. É provável que a criança aumente a lembrança, mas em determinados casos pode não se aconselhar o aborto.

---

<sup>130</sup> BRUNO, *Crimes...* op. cit., p. 173.

<sup>131</sup> *Ibid.*, p. 173-174. Luiz Regis PRADO também entende que no caso do aborto sentimental o mal causado é maior do que aquele mal que se pretende evitar. PRADO, *Curso...* op. cit., p. 116.

Também se alega como motivo a maternidade consciente, uma vez que aquele filho em momento algum foi desejado pela mãe. Entretanto em muitos outros casos o filho não é desejado, como por exemplo em alguns casos de gravidez na adolescência. A falta de consciência nestes casos não é utilizada como justificativa de um abortamento.

### 3.4 Entre o lícito e o ilícito – aborto eugênico

Devido ao diversos avanços da medicina é possível hoje prever as possíveis doenças e deficiências que o ser que está sendo gerado poderá vir a ter. Dentro desta perspectiva é que surge a idéia do aborto eugênico.

A palavra eugenia é definida com sendo “a teoria que busca o aperfeiçoamento físico e mental da espécie humana”<sup>132</sup>, “o estudo dos fatores que podem elevar ou diminuir as qualidades raciais – físicas ou mentais – das gerações futuras.”<sup>133</sup> Logo, entende-se que o aborto eugênico é aquele realizado em razão da qualidade de vida daquele que está para nascer.

Procura-se realizar o aborto eugênico quando há alta probabilidade ou até mesmo certeza de que a criança nascerá com alguma doença ou será deficiente. Parte a teoria eugênica do pressuposto de que aqueles que são deficientes seriam infelizes, bem como fazem infelizes aqueles que estão a sua volta.

Entretanto nada comprova que sejam infelizes. HELLEGERS, citado por Ricardo Henry MARQUES DIP realizou pesquisa em 1967 na qual concluiu que a taxa de suicídio dentre os deficientes era zero.<sup>134</sup> Neste sentido há que se considerar que, entre a morte e a vida deficiente, preferem eles a vida. Logo, a partir do momento em que os deficientes podem fazer a escolha, ou seja, depois do nascimento, eles preferem a vida.

---

<sup>132</sup> HOUAISS, A. e VILLAR, M de S. *Minidicionário Houaiss de Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003.

<sup>133</sup> MARQUES DIP, *Uma questão...* op. cit., p. 520.

<sup>134</sup> *Ibid.*, p. 522.

Em verdade alega-se que são infelizes mas a verdade é que os pais querem ser poupados de eventual sofrimento com um filho que tenha deficiências. É característico de nossa sociedade eliminar aquilo que não pode entender. É uma sociedade extremamente egoísta e que rejeita aqueles que são diferentes, jamais buscando entendê-los.

Por outro lado a vida é um pressuposto da chamada qualidade de vida. Neste sentido se é eliminada aquela não há como esta subsistir. A qualidade é um acidente que não existe sem a vida, ao passo que a vida existe por si só. Assim é paradoxal eliminar a vida em função de sua qualidade.<sup>135</sup>

Então se é possível matar o deficiente dentro do útero, porque considera-se que não tem o direito de nascer – pois só os sadios terão aquele direito – poder-se-á também eliminar os deficientes em qualquer idade da vida. Também aquele que venha a sofrer um acidente poderá morrer, tendo em vista que se pode alegar que não é mais útil à sociedade.

A Constituição assegura o direito à vida, seja de que qualidade for ela, não distinguindo entre sadios e deficientes. Não cabe à Lei Ordinária restringir uma garantia fundamental, ou seja, não há como ser liberado o aborto eugênico. Em alguns países, como os Estados Unidos da América e China, o aborto eugênico é permitido, mas no Brasil uma lei neste sentido seria inconstitucional.

Além de alegar o sofrimento da criança “Afirmam os defensores do aborto eugênico que não se pode impor aos pais o sacrifício, para resto da vida, de ter um filho anormal e nem a preocupação pelo futuro do filho, quando não mais puderem cuidar dele.”<sup>136</sup> Logo, embora muitas vezes se alegue que é em favor do filho que se busca o aborto, nota-se a motivação egoísta, ou seja, para evitar o sofrimento dos pais. Aqui também deve-se ponderar os valores. A vida, seja ela como for, é bem superior àquele suposto sacrifício.

Também não cabe ao homem aperfeiçoar a espécie humana ao custo de seu próprio sacrifício, não cabe ao homem julgar quem tem o direito de nascer e quem não

---

<sup>135</sup> Ibid., p. 523.

<sup>136</sup> CHAVES, *Direito...* op. cit., p. 32.

o tem. Todos têm direito à vida, inclusive aqueles que ainda não nasceram e possuem algum tipo de deficiência.

Há a possibilidade ainda de serem efetuadas operações dentro do útero materno que venham a alterar aquela deficiência, havendo a possibilidade da criança nascer absolutamente normal.

Leve-se ainda em conta que a medicina está em constante evolução e uma doença que hoje é considerada incurável pode no futuro vir a ter cura. Ao se realizar o aborto por doença está sendo eliminada a possibilidade daquele ser vir a se tratar algum dia. Seria uma eutanásia na vida intra-uterina. É este o entendimento do trecho destacado da decisão do Mandado de Segurança n.º 354.703-3/7-00, da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo como relator o Desembargador Machado de Andrade, em relação a pedido de abortamento de feto portador de síndrome de Edwards, a qual permite a sobrevivência do feto, muitas vezes por, no máximo, 12 meses<sup>137</sup>:

“com os notáveis avanços da medicina, muito provavelmente haverá solução terapêutica para o presente caso, não se justificando, portanto o sacrifício de um ser humano, o qual não cometeu qualquer crime e, muito mesmo, pediu para ser concebido. Entendo que o casal, que mantém relação sexual para procriar, tem que aceitar as responsabilidades advindas da concepção, não podendo simplesmente se desfazer de um filho porque, infelizmente, este sofre de alguma doença.”<sup>138</sup>

Assim, conforme a decisão, entende-se que é ônus dos pais aceitar a criança, seja ela normal ou deficiente, seja sua vida duradoura ou breve, não sendo possível distinguir entre uma e outra.

Conforme informa Maria Regina Fay de AZAMBUJA há projeto de reforma do Código penal, em trâmite no Congresso Nacional buscando alterar o artigo 128, inserindo um inciso III, no qual o aborto seria permitido quando “há fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de o nascituro apresentar graves e

---

<sup>137</sup> Muito embora seja pouco o período de vida das crianças portadoras desta deficiência não se mostra motivo suficiente para o abortamento uma vez que não se pode medir o direito de alguém viver pelo tempo de vida que terá.

<sup>138</sup> REVISTA DOS TRIBUNAIS, v. 796, fev. 2002, p. 603.

irreversíveis anomalias físicas ou mentais.”<sup>139</sup> Ou seja, pretende-se a legalização do aborto eugênico.

Tal dispositivo mostra-se inconstitucional. Primeiro porque fere o direito à vida, garantido na Constituição. Em segundo lugar porque fere a isonomia. Qual o motivo que leva o feto sadio a ter direito à vida ao passo que o feto com problemas não possui o mesmo direito? Por que a vida do primeiro vale mais? A partir do momento em que se reconhece que o feto tem direito à vida não há que se distinguir entre a vida de um ou outro feto, não se pode selecionar quais terão o direito de nascer a quais não terão este direito.

No aborto eugênico não há a justificativa do estado de necessidade, uma vez que a vida do feto, ainda que de má qualidade, é superior a eventual sofrimento que venha a causar aos pais. Também não se pode alegar inexigibilidade de conduta diversa, porque aí também seria justificada a morte de todos os deficientes.

Entendemos conforme Nereu José GIACOMOLLI só existir a exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa quando, em decorrência de alguma má formação, for inviável a vida extra-uterina do feto, uma vez que não se pode exigir da ‘mãe’ que leve adiante uma gestação que certamente não obterá sucesso. Seria um tratamento desumano.<sup>140</sup>

A idéia de eugenia foi utilizada por HITLER, com o objetivo de criar uma raça superior. Buscou a sua finalidade através da morte de diversas pessoas que considerava de raça não pura. É este o único sentido que entendemos possa ser possível para o termo eugenia, até mesmo porque é o sentido dado por todos os dicionários e pela maior parte da doutrina.

Entretanto há quem entenda que o termo pode ser utilizado apenas em um sentido positivo, sendo o aborto eugênico apenas aquele em que há a impossibilidade de vida extra-uterina: “O aborto eugênico é a interrupção da concepção do feto, quando feitos acurados exames médicos, se verificar a certeza da impossibilidade da vida extra-uterina. Ou seja, é aborto feito em mães que iriam dar à luz crianças com tamanhas

---

<sup>139</sup> AZAMBUJA, *O aborto...* op. cit., p. 478.

<sup>140</sup> GIACOMOLLI, *Autorização...* op. cit., p. 489-490.

deformações que não conseguiriam sobreviver se a concepção não fosse interrompida.”<sup>141</sup>

Entretanto, conforme já referido, a doutrina entende que o aborto eugênico não é só aquele praticado quando da impossibilidade de vida extra-uterina, mas sempre que o feto apresente anormalidades ainda que compatíveis com a vida.

Por fim é interessante a seguinte transcrição, que mostra como as probabilidades de anomalias não podem justificar uma intervenção tão brutal quanto o aborto:

“Jerônimo Lejeune, o famoso descobridor da síndrome de Down, participou certa vez de um debate, pela televisão, com um médico abortista, Monod, e, a tantas, lhe fez esta indagação: ‘Sabendo-se que um pai sífilítico e uma mãe tuberculosa tiveram quatro filhos: o primeiro, cego de nascença; o segundo, morto logo após o parto; o terceiro, surdo-mudo; o quarto tuberculoso. A mãe ficou grávida de um quinto filho; Que fazer?’ Respondeu-lhe Monod: ‘eu interromperia essa gestação’. A isso, concluiu Lejeune: ‘O senhor teria matado Beethoven’.”<sup>142</sup>

Assim, em muitos casos há a dificuldade em ser detectada com exatidão a anomalia, bem como a possibilidade de cura. Em determinados casos, como a anencefalia pode haver certeza. Entretanto a elaboração de uma lei que legalizasse amplamente o aborto eugênico, da forma como se encontra redigido o anteprojeto autorizaria a morte de diversos fetos, independente de sua condição.

Embora não acolhido pelo direito pátrio, entende Luiz Regis PRADO que pode haver exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa. Salaria que não se pode exigir da mãe que passe a vida a cuidar de uma criança portadora de alguma anomalia.<sup>143</sup> Entretanto uma interpretação como esta poderia gerar muitas arbitrariedade, bem como deve-se sempre buscar proteger o bem jurídico vida, ainda que isto importe na restrição de outros direitos.

O aborto em casos de anencefalia, que será tratado no item seguinte insere-se dentro da hipótese de aborto eugênico, conforme indica a doutrina, mas é bastante diverso da simples eliminação de um feto anormal, uma vez que a questão determinante é a possibilidade da vida extra-uterina.

---

<sup>141</sup> CARVALHO, Aborto... op. cit., p. 448.

<sup>142</sup> MARQUES DIP, *Uma questão...* op. cit., p. 522.

<sup>143</sup> PRADO, *Curso...* op. cit., 117.

## 4 ABORTO TERAPÊUTICO NOS CASOS DE ANENCEFALIA

Para o tratamento da matéria dos fetos anencéfalos preliminarmente se faz necessária a análise de duas questões, quais sejam: estatuto jurídico do nascituro e conceito jurídico de morte.

São questões fundamentais ao se discutir acerca da legalidade da autorização para abortamento quando o feto é anencéfalo. Necessário saber se o embrião, nestes casos, possui algum direito e se está ele sendo violado.

### 4.1 Estatuto jurídico do nascituro

O nascituro é aquele que ainda não nasceu, mas já foi concebido. Não entra no conceito a esperança de prole. Para ser considerado nascituro deve ter ocorrido a fecundação, independente da forma pela qual esta ocorreu.

Conforme já mencionado o Código Civil Brasileiro estabelece que a personalidade se inicia a partir do nascimento com vida. O direito à vida está incluído dentre os direitos de personalidade. Destarte torna-se necessário justificar o direito à vida do nascituro uma vez que o mesmo ainda não possui a personalidade que é pressuposto de todos os direitos.

O artigo 2º do Código Civil de 2002 além de estabelecer que a personalidade civil se inicia a partir do nascimento com vida, resguarda os interesses do nascituro. Este dispositivo faz com que a doutrina discuta acerca do momento em que se inicia a personalidade. Isto porque a legislação protege os direitos do nascituro sem reconhecer que tenha personalidade.<sup>144</sup> Então se questiona no que se baseia a proteção dos direitos do nascituro.

Quanto ao momento de aquisição da personalidade, majoritariamente a doutrina se inclina para a teoria natalista, segundo a qual é necessário o nascimento, com vida, para a aquisição da personalidade. O indivíduo só passaria a ser pessoa a partir do nascimento com vida, apenas sendo resguardados os direitos do nascituro, ou

---

<sup>144</sup> RODRIGUES, A pessoa... op. cit., p. 4.

seja, ele não possui personalidade.<sup>145</sup> Não é necessária a viabilidade da vida, nem que possua forma humana, sendo apenas necessário que o indivíduo tenha respirado. Destarte, haverá tratamento diverso ao indivíduo natimorto e aquele que morreu logo após o nascimento. É a teoria predominante na doutrina brasileira.

Neste primeiro entendimento o nascituro não possuiria direitos, uma vez que só aquele que é pessoa pode ser titular de direitos e obrigação. Ao nascer terá o seu direito à vida protegido, entretanto, antes, possui o seu direito resguardado.

Outra concepção é a teoria da personalidade condicional. Neste sentido alguns autores entendem que o nascituro teria personalidade que estaria sob uma condição resolutiva, a qual se daria com o seu nascimento com vida: “A teoria da personalidade condicional consiste na afirmação da personalidade desde a concepção, sob a condição de nascer com vida. Desta forma a aquisição de direitos pelo nascituro operaria sob forma de condição resolutiva, portanto, na hipótese de não se verificar o nascimento com vida não haveria personalidade.”<sup>146</sup>

Assim o nascituro já possuiria direitos, os quais seriam protegidos desde a concepção, aguardando-se o evento do nascimento para que aquele ser pudesse gozar amplamente de seus direitos.

Há autores como Francisco AMARAL, Rubens Limongi FRANÇA e TEIXEIRA DE FREITAS que entendem que a personalidade inicia-se quando começa a vida biológica, ou seja, com a concepção. Neste sentido são as palavras de Francisco AMARAL: “Quanto ao seu termo inicial, a vida e, conseqüentemente, a personalidade começa da concepção, da fusão dos gametas.”<sup>147</sup> Isto porque o Código em determinadas hipóteses atribuiu direitos ao nascituro. Uma vez que só pode figurar como sujeito de direitos e obrigações aquele que é pessoa, então seria de se entender que o nascituro possuiria personalidade.

---

<sup>145</sup> Ibid., p. 4-5.

<sup>146</sup> RODRIGUES, A pessoa... op. cit., p. 5. “A proteção do nascituro explica-se, pois há nele uma personalidade condicional que surge na sua plenitude com o nascimento com vida e se extingue no caso de não chegar o feto a viver.” WALD, *Curso...* op. cit., p. 106.

<sup>147</sup> AMARAL, *Direito...* op. cit., p. 257.

Em verdade esta seria a posição que poderia conferir uma maior proteção ao nascituro, todavia pelo sistema adotado atualmente é difícil sua utilização, uma vez que o natimorto não adquire direitos, ou seja, não existe no mundo jurídico, com se jamais tivesse sido concebido.

Assim, conforme esta teoria, a partir do momento da concepção aquele ser já teria direitos, sendo considerado uma pessoa em sentido jurídico. A sua vida seria protegida como um direito da personalidade. Em se admitindo que a personalidade começa com a concepção, o embrião teria o exercício amplo de todos os seus direitos, destarte, entraria na sucessão até mesmo o natimorto.

A teoria aceita no Brasil, como já referido, é a natalista. Basta o nascimento com vida, independente de sua viabilidade ou da forma da criança, para adquirir personalidade. Apesar do nascituro não ser pessoa protege-se os seus interesses até que nasça. Isto porque provavelmente nascerá. “Antes do nascimento o feto ainda não é uma pessoa, mas, se vem à luz como um homem capaz de direitos, a sua existência, no tocante aos seus interesses, retrotraí ao momento de sua concepção.”<sup>148</sup>

Ressalte-se que a Constituição resguarda o direito à vida e não apenas o direito à vida daquele que tem personalidade. Entretanto só se resguarda esta vida intra-uterina porque sabe-se que adquirirá vida humana autônoma quando fora do útero materno e, conseqüentemente, passará a ter personalidade e exercício amplo de todos os seus direitos.

O natimorto jamais adquirirá personalidade. Destarte é diverso nascer com vida e morrer logo após o nascimento de nascer morto. Aquele que nasce morto não adquire direitos, ao passo que aquele que nasce com vida e vem a morrer adquire direitos e os transmite.

Embora o nascituro não seja pessoa, deve-se dar-lhe proteção pelo direito civil e penal, porque obviamente não é uma coisa, já é um ser humano, não autônomo, mas em formação, possuindo sua própria individualidade. Assim, o nascituro não é algo de que a mãe possa dispor como se a dona dele fosse. E é por isso que se justifica a punição do aborto. Neste sentido entende-se que após o nascimento protege-se o

direito à vida sendo que quanto ao nascituro, apenas resguarda-se o seu direito à vida.<sup>149</sup>

O Código não trata a vida intra-uterina com o valor que deveria, uma vez que a proteção por ele dada é, em princípio, insuficiente. “A discussão em torno da natureza jurídica do nascituro revela, em primeiro plano, o desvalor da dimensão biológica do homem para o Código Civil, mas também parece indicar a imprecisão e insuficiência do texto codificado no que se refere ao conceito de pessoa e de personalidade jurídica.”<sup>150</sup> O tratamento é bastante genérico, não havendo qualquer referência se o embrião também tem direito à vida.

O ordenamento aparentemente não atribui personalidade a todos ser humano, neste sentido é de se considerar que o nascituro, embora seja um ser humano<sup>151</sup> não é, ainda, pessoa. Destarte não há uma plena identificação entre homem e pessoa.

A Constituição Federal de 1988, no artigo 5º *caput* atribui o direito à vida **todos**. A dificuldade é saber se o termo todos refere-se à todas as pessoas ou à todo o ser humano. De uma interpretação sistemática, em conformidade com a dignidade da pessoa humana, assegurada pela Constituição, entendemos que o termo todos refere-se à todo ser humano e não apenas àqueles que são pessoa, no sentido jurídico.

Do exposto revela-se que, pelo fato de não ser reconhecida personalidade ao nascituro, também não se pode a ele reconhecer os chamados direitos da personalidade, embora sejam resguardados alguns direitos. Entretanto não se fala em direito adquirido mas em mera expectativa de direito.

Dentre estes direitos, tem a doutrina entendido que o nascituro teria um direito de nascer: “Mesmo que não restem totalmente ultrapassadas as dificuldades de definição da natureza jurídica do embrião, a proteção ao direito à vida do nascituro tem se imposto, levando a doutrina e a legislação a reconhecerem o *direito ao nascimento ou de nascer*, como categoria autônoma, cujo titular é o nascituro.”<sup>152</sup>

---

<sup>148</sup> PEREIRA, *Instituições...* op. cit., p. 145.

<sup>149</sup> PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* op. cit., p. 14.

<sup>150</sup> GEDIEL, *Os transplantes...* op. cit., p. 70.

<sup>151</sup> Diversamente Antônio CHAVES entende que o nascituro só é um ser humano a partir do terceiro mês de gestação, quando é chamado de embrião. CHAVES, *Direito...* op. cit., p. 27.

<sup>152</sup> GEDIEL, *Os transplantes...* op. cit., p. 74.

Assim, deve-se conferir proteção jurídica ao nascituro, em relação ao seu direito de nascer, a partir do momento em que existe vida. E esta existe a partir da concepção, ou seja, da fecundação, não havendo que se falar em outro critério determinante do momento em que surge a vida. Essa proteção se dá não apenas em razão do Código Civil, mas também da Constituição Federal e dos princípios norteadores do sistema jurídico brasileiro.

Por fim, esta proteção ao nascituro só existe no direito brasileiro visando salvaguardar um ser humano em desenvolvimento. Neste sentido resguarda-se a vida enquanto ela existe, porque ela existe e porque aquele ser nascerá com vida. Não há como se falar em direito à vida das gerações futuras, uma vez que não se fala em uma vida já palpável.

Também não se pode falar em direito à vida de um ser que sabe-se não nascerá vivo. E este é o grande problema do anencéfalo, uma vez que, como será analisado no próximo tópico, sua morte é anterior ao seu nascimento.

#### **4.2 Critério jurídico de morte**

Diversos critérios do que seja morte já foram apontados. Primeiramente deve-se ressaltar que a morte não é um fato instantâneo mas um processo, composto de vários fenômenos. É algo que vai ocorrendo aos poucos, culminando no momento da morte. Este processo tem sido prolongado cada vez mais pela medicina, sendo necessário estabelecer um critério que fixe com exatidão quando a morte realmente ocorre, para evitar esforços desnecessários no sentido de manter 'vivo' alguém que já não vive.

Hoje entende-se que um corpo, que aparentemente encontra-se vivo (por meio de aparelhos) mas que, entretanto, é incapaz de interagir com o mundo exterior, em estado irreversível, estaria morto.<sup>153</sup>

---

<sup>153</sup> CHAVES, *Direito...* op. cit., p. 57

Por muito tempo foi aceito como critério jurídico de morte a parada cardio-respiratória. Assim, entendia-se que dava-se a morte no momento em que o coração parasse de bater e a respiração cessasse.<sup>154</sup> Ainda é aceito que, havendo parada cardíaca irreversível e cessada a respiração, há morte. Entretanto a morte também pode ocorrer em um momento anterior a estes fenômenos.

Haja vista que hoje tornou-se possível manter as duas funções artificialmente por meio de aparelhos, poder-se-ia prolongar indefinidamente a vida (ou o processo de morte). Neste sentido e também tendo em vista a necessidade das doações de órgãos foi estabelecido novo critério médico-jurídico determinante do momento da morte. É a chamada morte encefálica.

Assim, considera-se que a pessoa está morta quando há morte encefálica sendo que “o critério para o diagnóstico de morte cerebral é a cessação irreversível de todas as funções do encéfalo, incluindo o tronco encefálico, onde se situam estruturas responsáveis pela manutenção dos processos vitais autônomos, como a pressão arterial e a função respiratória.”<sup>155</sup> Conforme aponta a doutrina a morte cerebral é constatada a partir do momento em que não há mais como se detectada nenhuma atividade do cérebro. Constata-se a partir da linha reta, sem qualquer oscilação no eletroencefalograma.

É o critério da morte encefálica que foi adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, conforme o artigo 3º da Lei 9.434 de 04 de Fevereiro de 1997 (Lei de Transplante de Órgãos): “A retirada *post mortem* de tecidos, órgão ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de **diagnóstico de morte encefálica**, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.”

Este é o critério que atualmente está sendo adotado no mundo todo. Até mesmo porque após a falência total do corpo do indivíduo não é mais possível utilizar os órgãos para transplantes. Logo, ocorrendo a morte encefálica, mantêm-se algumas

---

<sup>154</sup> GOMES, *Medicina...* op. cit., p. 69 *et seq.*

<sup>155</sup> SÁ, *Biodireito...* op. cit., p. 70.

funções por meio de aparelhos objetivando a retirada dos órgãos necessários a eventual transplante.

Embora adotado este critério em grande parte das legislações dos países bem como pela legislação brasileira existem opiniões divergentes que entendem haver certa dificuldade em se diagnosticar a morte encefálica<sup>156</sup>, e por isso de certa maneira repudiam o critério. Entretanto são vozes isoladas, razão pela qual o critério pode ser aceito com segurança.

Então, se é entendido que a morte encefálica é que determina o momento em que ocorre a morte, é de se concluir, em sentido contrário, que é o cérebro que determinará a existência de vida.

#### **4.3 Aborto em casos de anencefalia**

A questão dos fetos anencéfalos possui especial relevância. Isto porque das anomalias fetais incompatíveis com a vida a anencefalia é a mais freqüente, conforme pesquisa realizada no estado de São Paulo.<sup>157</sup>

A anencefalia “consiste na ausência dos dois hemisférios cerebrais no feto, permitindo à criança, em alguns casos, uma sobrevivência de alguns dias fora do útero materno, suprimindo ‘para sempre o suporte indispensável para toda forma de consciência e de relação com o outro.’”<sup>158</sup>

Preliminarmente, dois dados são muito importantes quando se fala de um feto anencéfalo: primeiramente o diagnóstico da anencefalia possui certeza, ou seja, não há a possibilidade de erro quando o exame é feito adequadamente. Por esse motivo torna-se necessária a opinião de mais de um médico para a constatação da anomalia. Em

---

<sup>156</sup> “A partir das idéias manifestadas, conclui-se que ainda há controvérsias a respeito do diagnóstico da morte encefálica, trazendo insegurança para o intérprete do Direito, como também para a sociedade, que é a principal beneficiária dos transplantes e a garantidora de sua continuidade.” SILVA, M. de C. G. da. A morte encefálica e sua repercussão no direito. In: BARBOSA, H. H. e BARRETO, V. de P. (org.). *Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 182.

<sup>157</sup> FRIGÉRIO, M. V. *Aspectos bioéticos, médicos e jurídicos do abortamento por anomalia fetal grave no Brasil*. In: Revista brasileira de ciências criminais, n. 41, jan.-mar., 2003, p. 287. Segundo a pesquisa, em 52 diagnósticos de anomalias fetais 18 eram de anencefalia, ou seja, 34,6% dos casos.

<sup>158</sup> AZAMBUJA, *O aborto...* op. cit., p. 481.

segundo lugar a anencefalia é incompatível com a vida, sendo que em grande parte dos casos o feto morre ainda no útero e, quando nasce, perde as funções vitais em poucas horas. Assim já é eliminado um dos primeiros argumentos contra o aborto nestes casos: a incerteza do diagnóstico.

O aborto nos casos de anencefalia pode ser considerado por dois ângulos distintos. Do ponto de vista do feto pode ser considerado aborto eugênico, uma vez que visa eliminar um feto que possui determinada anomalia. Do ponto de vista da mãe pode ser considerado aborto terapêutico uma vez que visa salvaguardar a sua saúde física e mental. Muito combatida é a idéia de eugenia nestes casos porque entende-se que o objeto não é a melhora da espécie, uma vez que aquele ser não nascerá com vida e por esta razão não poderá ser um ser humano, nem mesmo um deficiente. Por outro lado o aborto eugênico visa eliminar fetos anormais, e ninguém há de dizer que um feto anencéfalo não seja anormal. Então se questiona se este aborto pode ser considerado eugênico ou não. Este tema será retomado.

Dependendo do tipo de consideração que se fizer pode-se entender que o feto anencéfalo está morto. Este é também o entendimento de Antônio CHAVES, como é possível depreender da passagem a seguir transcrita de seu livro: “No caso de um feto anencéfalo surge outra questão ética: como devemos avaliá-lo? Pois, se levamos em consideração o conceito de morte, como a encefálica, um feto anencéfalo ou nunca teve vida ou está morto.”<sup>159</sup>

Se é o cérebro que determina a existência de vida, se é quando este órgão deixa de funcionar que se entende que a pessoa morreu, com já salientado anteriormente, então um ser sem cérebro não tem vida, no sentido que a medicina dá a este termo.<sup>160</sup> Logo torna-se difícil considerar que o anencéfalo possa nascer com vida e, assim, adquirir a personalidade.

---

<sup>159</sup> CHAVES, *Direito...* op. cit., p. 40.

<sup>160</sup> “Se o próprio direito pátrio considera como momento da morte o exato instante em que não são captados sinais de funcionamento do cérebro, o que dizer de um feto que sequer tem o órgão que o distingue entre estar morto ou vivo?” CARVALHO, *Aborto...* op. cit., p. 448.

Incrimina-se o aborto para defender o bem jurídico vida em desenvolvimento de um ser humano. Entretanto, no caso do anencéfalo, conforme os critérios atualmente adotados, jamais haverá vida.

Insistir em uma gravidez que sabe-se não obterá sucesso, é ilógico e pode comprometer psicologicamente a gestante. Não se pode defender a gravidez como um fim em si mesmo, pois ela tem por objetivo gerar um ser humano, que nascerá, crescerá e será algum dia autônomo. É este também o posicionamento de Geraldo Francisco Pinheiro FRANCO: “insistir no prosseguimento de uma gravidez sem possibilidades de êxito, como no caso da acrania, quando há vontade contrária da mulher, representa capricho irresponsável, que, a par do sofrimento natural, poderá ensejar risco potencial e grave comprometimento psicológico.”<sup>161</sup>

Acórdão relatado pelo Desembargador Jorge MUSSI do Tribunal de Justiça de Santa Catarina na Apelação n.º 98.00.566-0 entendeu por deferir o pedido de abortamento em virtude de anencefalia, uma vez que a deformidade poderia causar danos psicológicos à gestante. A ementa é a que segue:

ABORTO – Pedido de autorização judicial instruído com laudos médico e psicológico – Feto portador de anencefalia – Admissibilidade da interrupção da gravidez eis que evidenciado risco à saúde da gestante, **especialmente psicológica**. (destaque nosso)<sup>162</sup>

O direito brasileiro acaba caindo em uma contradição: aceita o aborto no caso de estupro, sendo o feto absolutamente saudável e viável, ou seja, ainda que seja perfeito, bem como a saúde da mãe não se encontra afetada, considerando excludente de ilicitude por inexigibilidade de conduta diversa. Ao mesmo tempo nega o pedido de aborto quando a vida da criança fora do útero é absolutamente inviável, quando sequer pode-se dizer que há uma vida sendo gerada. Pode-se dizer que na primeira hipótese há um conflito de valores, mas e na segunda? Há realmente vida podendo conflitar com

---

<sup>161</sup> FRANCO, G. F. P. *Impossível a sobrevivência do feto, deve ser autorizado o aborto*. In: Boletim IBCCRIM n.º 11, dez. 1993.

<sup>162</sup> REVISTA DOS TRIBUNAIS, v. 756, out. 1998, p. 652.

a dignidade da pessoa humana, ou seja, a dignidade daquela mãe que está a gerar um filho que jamais viverá?

Entretanto há posição na doutrina que entende que o Código Penal só foi omissivo em relação à matéria pelo fato de, à época, não existirem instrumentos suficientes para se detectar com precisão a impossibilidade da vida extra-uterina, neste sentido necessário seria fazer uma nova interpretação das excludentes. “Se o legislador ordinário admitiu o aborto necessário, independentemente das condições de saúde do feto, tenho que no espírito de seu posicionamento admitiu igualmente a interrupção da gravidez no caso de impossibilidade de vida do feto após o nascimento cujo diagnóstico prévio hoje é possível.”<sup>163</sup>

É bastante lógico que a excludente sequer fosse imaginada quando da elaboração do Código uma vez que este é de 1940 e os recursos de medicina fetal só possuíram amplo desenvolvimento nas duas últimas décadas. Não se trata de omissão voluntária, se trata de absoluta impossibilidade da hipótese à época de elaboração do Código. Conforme referido por Norberto BOBBIO “Os problemas nascem quando certas condições históricas os fazem nascer, e assumem em cada oportunidade aspectos diversos, adaptados as circunstâncias.”<sup>164</sup> A necessidade de discussão do aborto de anencéfalo não existia quando da elaboração do Código por não ser possível detectar a anomalia. Hoje a medicina evoluiu, o que traz novas questões que aquele Código é incapaz de abarcar.

Deve ficar cabalmente comprovada a inviabilidade do feto possuir vida autônoma, uma vez separado da mãe, para ser autorizada a intervenção quando há anencefalia, diagnóstico este que possui certeza, com já mencionado.

Algumas pessoas alegam que deve-se levar adiante a gravidez de feto anencéfalo, haja vista a possibilidade de tornar-se, ao nascer, um doador de órgãos. Entretanto, diante de caso análogo, o Comitê de Bioética do Hospital de Clínicas de Porto Alegre, embora divergente quanto ao que fazer, negou a possibilidade da doação. Até porque esta hipótese é eticamente reprovável.

---

<sup>163</sup> FRANCO, *Impossível...* op. cit., *passim*.

<sup>164</sup> BOBBIO, *A era...* op. cit., p. 152.

No dia 08 de setembro de 2004 o Plenário do Conselho Federal de Medicina se reuniu em Brasília e aprovou resolução que autoriza o uso de órgãos ou tecidos de anencéfalos para transplantes.<sup>165</sup> Conforme a resolução é necessária a autorização dos pais com antecedência de, no mínimo, 15 dias do parto. Assim, se os pais tiverem interesse em levar a gravidez adiante, com o único objetivo de doar os órgãos, poderão fazê-lo. Por outro lado se levarem a gestação adiante e ainda assim não quiserem doar os órgãos do anencéfalo podem negar-se a tal e sua vontade deverá ser respeitada.

Além de todo o alegado acerca da inviabilidade do feto, é de se ressaltar que também causa riscos à saúde, não só psicológica, mas também física da mãe, conforme relata a seguinte passagem:

“Acontece que tal ser monstruoso, o anencéfalo, permanecendo em geração dentro do útero materno, embora de forma improficua irá crescer e causar inúmeros transtornos ao físico e à vida materna, a saber: primeiro que a exposição dos tecidos cerebrais, sem a cobertura óssea protetora, leva o corpo fetal a ter seguidas e comprovadas convulsões, percebidas pela mãe como uma das sensações mais horríveis que se possa imaginar, diante do que já ouvi descrevê-las.

Segundo que, pelos mesmos motivos da exposição dos tecidos nervosos, ocorre a liberação de enzimas tóxicas, passíveis de caírem, via amniótico-placentária, na circulação materna podendo comprometer suas próprias funções vitais.

Terceiro que a visualização feita pela mãe do monstro que ela vier a parir é das mais horríveis e repugnantes que se possa imaginar, levando à descompensações emocionais e mentais notáveis.”<sup>166</sup>

Contrariamente há entendimento na jurisprudência de que a concessão de alvará para a realização de aborto em feto anencéfalo é inconstitucional. Neste sentido a Ementa do acórdão do Mandado de Segurança n.º 376.036-3/3-00 da 2ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, relatado pelo Desembargador Silva PINTO. O acórdão é relativamente recente, de 22 de abril de 2002:

ABORTO EUGENÉSICO – Pedido judicial visando as interrupção da gravidez em decorrência da anencefalia do feto – Não concessão – Situação não contemplada pelo direito infraconstitucional que, se permitida, resultaria em afronta à Lei Maior.<sup>167</sup>

---

<sup>165</sup> A resolução ainda não foi publicada. A notícia encontra-se disponível no site [www.portalmédico.org.br](http://www.portalmédico.org.br).

<sup>166</sup> COSTA, G. L. *Abortamento provocado na gestação de anencéfalo*. In: Boletim IBCCRIM n.º 24, dez, 1994.

<sup>167</sup> REVISTA DOS TRIBUNAIS, v. 806, dez, 2002, p. 540.

No acórdão alega-se o fato do Código Penal não albergar a excludente bem como o fato de a Constituição Federal proteger o direito à vida. Entretanto, é de se salientar que pode-se excluir a culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa (causa supralegal de exclusão da culpabilidade). Nesta excludente deve-se levar em conta a atitude que tomaria o homem médio, ou seja, se diante daquela situação é razoável exigir outra conduta. Pois bem, não se pode exigir que a mulher leve adiante tal gestação, uma vez que ao invés de comemorar um nascimento terá de preparar um velório. Por outro lado a Constituição visa salvaguardar a vida, que neste caso não existe.

A argumentação de que o abortamento em casos de anencefalia não encontra respaldo no direito pátrio é o argumento mais comum para a negativa de concessão da autorização, tanto por parte dos juizes quanto por parte dos promotores de justiça. Entretanto a falta de previsão, conforme já mencionado, decorre de impossibilidade de, à época da elaboração do Código, ser dado diagnóstico de anencefalia. Em segundo lugar estariam a não configuração de estado de necessidade e em seguida a inviolabilidade do direito à vida.<sup>168</sup>

Destarte, consideramos que a proibição do aborto quando há anencefalia está claramente violando os direitos da personalidade da gestante, visivelmente os aspectos da integridade física e psíquica. A continuação da gestação nestes casos viola a dignidade da pessoa humana.

Conforme indicado por Marcos Valentin FRIGÉRIO<sup>169</sup> o primeiro alvará autorizando a realização do aborto em caso de anomalia incompatível com a vida extra-uterina foi dado em 1991 pelo magistrado Rodrigues BRITO da cidade de Rio Verde (MN), autorizando a interrupção de uma gestação de 26 semanas.

Bastante famoso tornou-se alvará concedido pelo Juiz Miguel KFOURI NETO, de Londrina (PR). A fundamentação, conforme indica a doutrina, foi semelhante a que vinha sendo dada em outras decisões. Entretanto o caso surpreende pelo julgamento

---

<sup>168</sup> FRIGÉRIO, *Aspectos...* op. cit., p. 320.

<sup>169</sup> *Ibid.*, p. 279.

extremamente rápido. Foram nove dias entre a data da propositura da ação e a data da prolação da sentença.

Já foram concedidos diversos alvarás objetivando a realização do aborto nestes casos. Os tribunais geralmente concediam aqueles alvarás, baseados nos riscos à saúde da gestante bem como na impossibilidade de vida extra-uterina. Neste sentido é a seguinte ementa:

ABORTO – Solicitação de autorização judicial para interrupção da gravidez em decorrência de má-formação congênita do feto comprovada cabalmente por laudos médicos – Admissibilidade com forma de se evitar a amargura e o sofrimento psicológico da mãe que, de antemão, sabe que o filho não terá qualquer possibilidade de sobrevivência. (MS 309.240-3/5 – 1ª Câmara. TJSP – J. 22.05.200 – rel. Des. David Haddad.)<sup>170</sup>

No caso apresentado o juiz considerou que a interrupção da gravidez, desde que os médicos ainda julgassem fosse cabível e oportuna, seria justificável, uma vez que buscava preservar os sentimentos da mãe eliminando um feto inviável. Neste sentido transcrevemos um trecho da decisão em que ressalta-se o sofrimento da gestante diante da situação:

“A lei admite, expressamente, a realização do aborto terapêutico ou sentimental, por gravidez produto de estupro, mesmo quando o feto é sadio e perfeito, para preservar os sentimentos da mãe!

Estes, com muito mais razão, devem ser garantidos, porque ela tem direito líquido, certo e até natural, que independe de norma jurídica positiva, no caso do aborto eugênico ou necessário, em decorrência de má-formação congênita do feto, em geral anencefalia, evitando-se, dessa forma, a amargura e o sofrimento físico e psicológico, por cerca de cinco meses, no mínimo à mãe que já sabe que o filho não tem qualquer possibilidade de viver, e aos demais membros da família...”

A decisão é no mesmo sentido do que defendemos até agora, ou seja, os direitos da personalidade não precisam de previsão para que sejam protegidos. Logo, embora não esteja previsto o aborto nos casos de anencefalia, a sua proibição fere os direitos da personalidade da gestante, sem proteger qualquer outro bem, o que é

---

<sup>170</sup> REVISTA DOS TRIBUNAIS, v. 781, nov. 200, p. 581

injustificável. Não pode o juiz se isentar de decidir alegando que não há previsão no ordenamento para aquela hipótese.

As autorizações para a realização de aborto, via de regra, só são concedidas quando da inviabilidade da vida extra-uterina. Logo não há uma ampla aplicação do aborto eugênico, aquele realizado em qualquer hipótese de anomalia fetal. Assim não há que se falar em generalização daquela atitude discriminatória.

Na concessão dos alvarás os juizes sempre procuraram desvincular a decisão de autorização de aborto por impossibilidade de vida extra-uterina da idéia de eugenia, isto devido à conotação pejorativa que o termo possui.<sup>171</sup> Em certo sentido é aborto eugênico, mas as finalidades não são eugênicas, uma vez que não tem por objetivo eliminar os anormais simplesmente porque são considerados dispensáveis e um incômodo para a humanidade, não se busca a melhora da espécie humana, mas sim evitar um sofrimento inútil.

O argumento mais utilizado para a concessão dos alvarás é a exclusão da culpabilidade em virtude da inexigibilidade de conduta diversa. Assim a conduta não poderia ser considerada reprovável, até mesmo porque qualquer pessoa diante da mesma situação consideraria a hipótese do aborto. Poderia não praticá-lo, mas o levaria em consideração. Também é necessário considerar que, via de regra, a sociedade não reprova a conduta.

Também baseiam-se os alvarás no estado de necessidade. Entretanto a doutrina penalista entende que para a configuração desta excludente de ilicitude devem estar em confronto dois bens jurídicos. Parece não ser o caso pois não há dois bens jurídicos em conflito, uma vez que só há uma individualidade a ser considerada, qual seja, a gestante. Não está o bem jurídico saúde da gestante em confronto com qualquer outro bem jurídico pois aquele feto não tem vida.

---

<sup>171</sup> “Outra preocupação dos juizes está na desvinculação do aborto por anomalia fetal do aborto eugênico. Não só porque a palavra eugenia carrega uma forte carga de rejeição emocional e social, mas também porque no aborto por anomalia fetal incompatível com a vida não se procura a melhoria física-biológica da raça, nem a criação de ‘super-homens’. O intuito é abreviar a angústia e o sofrimento da mãe, quando o feto não tem condições de sobreviver extra-uterina, nem possibilidades de estabelecer uma vida relacional.” FRIGÉRIO, *Aspectos...* op. cit., p. 320.

Por fim outra fundamentação utilizada é a analogia aos incisos do artigo 128 do Código Penal. Entretanto só haveria a possibilidade de analogia quanto ao primeiro inciso, que trata de risco de vida para a mãe.<sup>172</sup> Ainda assim o risco maior nestas gestações é à saúde da gestante e não a sua vida, o que dificulta a aplicação do inciso.

Embora existam diversas decisões autorizando a intervenção nos casos de anencefalia, recentemente foram proferidas decisões em sentido contrário, conforme a decisão anteriormente transcrita, que não concedeu a autorização por considerar que não há previsão da hipótese no ordenamento jurídico brasileiro.

Neste sentido e buscando uniformidade no entendimento, bem como para proteger os interesses e sentimentos da gestante, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, propôs Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em 16 junho de 2004, objetivando tornar possível a realização de abortos em casos de anencefalia, independentemente de autorização judicial.

Primeiramente o eminente jurista Luís Roberto BARROSO argumenta na petição inicial<sup>173</sup> que nos casos de anencefalia não haveria aborto e sim antecipação terapêutica do parto. Isto porque o feto jamais teria viabilidade de vida extra-uterina. Assim não se estaria matando o embrião (para configurar o aborto são necessários os dois pressupostos: interrupção da gravidez e morte do produto da concepção). O advogado argumenta da seguinte maneira:

“... a antecipação do parto em casos de gravidez de feto anencefálico não caracteriza aborto, tal como tipificado no Código Penal. O aborto é descrito pela doutrina especializada como ‘a interrupção da gravidez com a conseqüente morte do feto (produto da concepção). Vale dizer: a morte deve ser resultado direto dos meios abortivos, sendo imprescindível tanto a comprovação da relação causal como a potencialidade de vida extra-uterina do feto. Não é o que ocorre na antecipação do parto de um feto anencefálico. Com efeito, a morte do feto nesses casos decorre da má-formação congênita, sendo certa e inevitável ainda que decorridos os 9 meses normais de gestação. Falta à hipótese o suporte fático exigido pelo tipo penal.”<sup>174</sup>

---

<sup>172</sup> Ibid., p. 322.

<sup>173</sup> Petição Inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 elaborada pelo advogado Luís Roberto BARROSO OAB/RJ 37.769, disponível em [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br), Capturado em 14/07/2004.

<sup>174</sup> Id.

De fato, conforme argumentado até aqui o anencéfalo jamais poderá se desenvolver na vida extra-uterina, podendo ser considerado morto, antes mesmo de seu nascimento, conforme os critérios adotados para a designação do momento da morte no direito brasileiro (Lei de Transplantes de Órgãos).

Argumenta ainda que os artigos 124, 126, *caput* e 128, I e II, do Código Penal Brasileiro não estão sendo interpretados corretamente à luz da Constituição Federal quando da não concessão de alvará para aborto nos casos de anencefalia. Estariam sendo violados o princípio da dignidade da pessoa humana, a cláusula geral da liberdade (que se extrai do princípio da legalidade) e o direito à saúde.

No caso, segundo Luís Roberto BARROSO, não estariam dois bens jurídicos em conflito, quais sejam a vida do feto e a liberdade, dignidade e saúde da mãe. Isto porque não há possibilidade de vida para aqueles fetos. Assim a interpretação mais correta, segundo o autor, seria a que privilegiasse os únicos bens jurídicos presente, ou seja, a liberdade, a dignidade e a saúde da gestante.

Sequer existiria um nascituro, pois não há a possibilidade de nascimento com vida do anencéfalo, que não tem a mínima expectativa de adquirir personalidade, logo não há interesse a ser protegido em relação a este ser.

Estar-se-ia ferindo a dignidade da pessoa humana, uma vez que a mãe viveria constantemente em uma tortura psicológica, haja vista ter em seu ventre um ser que jamais nascerá com vida humana autônoma. Haveria assim uma afronta à integridade moral da gestante, ou seja, de seu direito da personalidade e por essa razão sujeito ao respeito absoluto. Uma vez que não está em conflito com o direito do feto, que não adquirirá vida nem personalidade, independente de se levar a termo a gravidez, não há razão para aquele direito ser suprimido. Como se não bastasse a inexistência de conflito bem como a ameaça a integridade psicológica, ainda há ameaça quanto à integridade física<sup>175</sup> da gestante. Neste sentido é a argumentação de Luís Roberto BARROSO:

---

<sup>175</sup> Conforme mencionado no primeiro capítulo os aspectos da personalidade não podem ser tratados de maneira isolada, até mesmo porque a doutrina entende hoje que um dano à saúde física da pessoa também atinge a sua saúde psíquica.

“A relevância desses direitos para a hipótese aqui em discussão é simples de ser demonstrada. Impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causando-lhe dor angústia e frustração, importa violação de ambas as vertentes de sua dignidade humana. A potencial ameaça à integridade física e os danos à integridade moral e psicológica na hipótese são evidentes. A convivência diuturna com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto dentro de seu corpo, que nunca poderá se tornar um ser vivo, podem ser comparadas à tortura psicológica.”<sup>176</sup>

Quanto ao direito de liberdade da gestante argumenta que a Constituição Federal de 1988 não veda à gestante a antecipação terapêutica do parto quando tratar-se de feto anencéfalo. Para o particular, diferentemente da administração pública, tudo aquilo que não está vedado é permitido. Logo a decisão denegatória de alvará não se justificaria em face do direito positivo, nem mesmo em uma ponderação de valores, uma vez que não existem dois valores em conflito, como já referido. Assim, não estando vedado o aborto de anencéfalo pelo ordenamento jurídico e sendo necessário para a manutenção da integridade física e psicológica da gestante não há motivo para se negar a intervenção.

Alega ainda que está sendo violado o direito à saúde da gestante, direito protegido constitucionalmente, uma vez que a gravidez de feto anencéfalo é de maior risco que uma gestação normal. Segundo nota colocada na petição esta gravidez pode gerar os problemas a seguir listados.

“Em parecer sobre o assunto, a FEBRASGO – Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia atesta: ‘as complicações maternas são claras e evidentes. Deste modo, a prática obstétrica nos tem mostrado que: A) a manutenção da gestação de feto anencefálico tende a se prolongar além de 40 semanas. B) Sua associação com polihidrâminio (aumento do volume no líquido amniótico) é muito freqüente. C) Associação com doença hipertensiva específica da gestação (DHGE). D) Associação com vasculopatia periférica de estase. E) Alterações do comportamento e psicológicas de grande monta para a gestante. F) Dificuldades obstétricas e complicações no desfecho do parto de anencéfalos de termo. G) Necessidade de apoio psicoterápico no pós-parto e no puerpério. H) Necessidade de registro de nascimento e sepultamento desses recém-nascidos, tendo o cônjuge que se dirigir a uma delegacia de polícia para registrar o óbito. I) Necessidade de bloqueio de lactação (suspender a amamentação). J) Puerpério com maior incidência de hemorragias maternas por falta de contratilidade uterina. K) Maior incidência de infecções pós-cirúrgicas devido às manobras obstétricas do parto de termo.’”<sup>177</sup>

---

<sup>176</sup> Id.

<sup>177</sup> Id.

Destarte, não se pode admitir que a gestante possa sofrer tal dano a sua integridade apenas para que leve a termo uma gestação, que não tem fim nenhum, uma vez que dela jamais surgirá um ser vivo, um ser humano. O aborto de um feto anencéfalo seria o mesmo que retirar um feto que já está morto dentro do corpo da gestante, o que é diferente de simplesmente matar um feto que apresenta uma simples anomalia.

Por fim os artigos do Código Penal referentes ao aborto, em uma interpretação sistemática com a Constituição Federal, só incriminam o aborto tendo em vista a frustração em relação ao surgimento de uma pessoa, ocasionada pelo delito do aborto. Em feto anencéfalo não há qualquer esperança de surgimento de uma pessoa, uma vez que, conforme o critério jurídico de morte, aquele feto já está morto. Logo, a interpretação mais correta conforme a Constituição, seguindo o princípio da dignidade da pessoa humana bem como protegendo os direitos da personalidade da gestante, é pela ausência de conduta ilícita quando se fala de antecipação terapêutica (ou aborto) de feto anencéfalo.

Ao final pede que se reconheça aquela forma de interpretação, ou seja, para que seja considerado lícito o aborto quando da anencefalia do feto, sendo desnecessária autorização para tanto, bem como para que sejam concedidos, de imediato, alvarás para todas as gestantes que se estejam pleiteando a autorização para a realização de aborto de feto anencéfalo.

Em 1º de julho de 2004 foi concedida a liminar pelo Ministro Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal, em Medida Cautelar referente à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, suspendendo o andamento de todos os processos em que se pleiteasse aborto de feto anencéfalo, bem como concedendo autorização a todas as gestantes para que realizassem os abortos daqueles fetos. Esta é a ementa da decisão:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – LIMINAR – ATUAÇÃO INDIVIDUAL – ARTIGOS 21, INCISOS IV E V, DO REGIMENTO INTERNO E 5º, § 1º, DA LEI N.º 9882/99. LIBERDADE – AUTONOMIA DA VONTADE – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – SAÚDE – GRAVIDEZ – INTERRUPTÃO – FETO ANENCEFÁLICO.

Em sua decisão o Ministro admitiu ser inviável a vida dos fetos anencéfalos, considerando ainda que a certeza do diagnóstico é de 100%, o que está de acordo com o alegado no presente estudo, não havendo que se falar em incertezas. Por outro lado considera ainda que em mais de 50% dos casos o feto morre no período intra-uterino e os que eventualmente nascem jamais ultrapassam um período razoável de sobrevivência.

Neste sentido, considerou inútil o sofrimento da mãe para gerar uma vida inviável e reconheceu que este tipo de gravidez afrontava direitos fundamentais da gestante. É o que se denota da seguinte transcrição:

“... manter-se a gestação resulta em impor à mulher, à respectiva família, danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina. Como registrado na inicial, a gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo. Se assim é – e ninguém ousa contestar -, trata-se de situação concreta que foge à glosa própria do aborto – que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia de vontade. A saúde, no sentido admitido pela Organização Mundial da Saúde, fica solapada, envolvidos os aspectos físico, mental e social.”

Assim, se quando do aborto, seja ele criminoso ou albergado por uma excludente, pode-se falar em conflito de valores, aqui é reconhecido que sequer há conflito, uma vez que não se pode falar em duas vidas distintas em conflito, mas apenas em uma vida, ou seja, a vida da gestante.

Em uma ponderação de valores, é considerado o aborto decorrente de estupro como lícito, em face dos danos psicológicos que pode aquela gravidez causar a gestante, mesmo o feto estando em perfeitas condições. Ou seja, no aborto sentimental ao sopesar a saúde psicológica da gestante e a vida do filho escolhe-se aquela ao invés desta. Então em uma gestação em que nem sequer há conflito, em que só existe uma vida, uma integridade física e uma saúde ameaçadas, não há justificativa razoável para se negar a interrupção do parto. É uma questão de dignidade.

A questão necessita ser discutida, uma vez que “os valores em discussão revestem-se de importância única. A um só tempo, cuida-se do direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior, do direito à preservação da autonomia da vontade da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana.”

É o próprio valor personalidade da gestante que se encontra ameaçado quando da negativa da realização do aborto. Não está se dispondo da vida do feto, porque ele não a tem, mas está se dispondo dos direitos da personalidade da gestante, quais sejam a sua integridade física e moral.

É este o sentido que adquiriu a decisão que, entretanto não é definitiva. Aguarda-se ainda o julgamento do processo. Entretanto, haja vista a tendência jurisprudencial há grande probabilidade de ser julgada procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54.

Entretanto em sentido diverso há doutrina que entende não ser possível o aborto em nenhuma caso de impossibilidade de vida extra-uterina, nem mesmo quando houver anencefalia. Esta é a posição e Hugo José Lucena de MENDONÇA.<sup>178</sup> O autor considera de difícil definição aquilo que seja inviabilidade, podendo um dispositivo generalizante dar margem a arbitrariedades.

Por outro lado considera que os avanços da medicina podem um dia até mesmo criar um cérebro para o feto anencéfalo. Em se admitindo sua tese, então não se poderá mais fazer a doação de órgão daqueles que sofreram morte cerebral, uma vez que também este quadro poderia um dia, sabe-se lá quando, ser revertido. Por outro lado nas poucas hipóteses em que o anencéfalo nasce, poucas horas depois encontra-se morto, ou seja, sabendo-se que a técnica não se desenvolve de um dia para o outro seria ilógico aguardar aquelas gestações.

Se algum dia a medicina evoluir a ponto de poder dar um cérebro àqueles que não têm – o que parece um pouco improvável – já seria tarde demais para os fetos que se encontram em gestação hoje.

Não se pode continuar afrontando a dignidade da pessoa humana com vistas a algo que talvez, com pequena probabilidade, aconteça no futuro. E é exatamente por essas mudanças que existe uma cláusula geral dos direitos da personalidade condensada no princípio da dignidade da pessoa humana. Hoje para preservá-la é

---

<sup>178</sup> MENDONÇA, José Lucena de. *É admissível o aborto eugênico?* Disponível na internet: [www.ibccrim.gov.br](http://www.ibccrim.gov.br), 21.09.2001.

indicado que não prossiga a gestação de um anencéfalo. Futuramente, se for possível a ele dar um cérebro, indicar-se-á que a gestação deve ser levada adiante.

Logo, no momento histórico que vivemos e em face da técnica que possuímos o valor maior é proteger-se a dignidade da gestante e não a de um feto que sequer possui vida e dignidade ou adquirir-lhes-á.

Destarte, entendemos da mesma maneira que o jurista Luís Roberto BARROSO, o Ministro Marco Aurélio, e tantos outros juristas brasileiros, ou seja, não está sendo ferido qualquer direito ou princípio quando da realização do aborto em feto anencéfalo, pelo contrário, o objetivo único deste procedimento é resguardar os direitos da gestante.

Há ainda aqueles que consideram que o aborto deve ser permitido em todos os casos em que seja inviável a vida extra-uterina. Deve-se ressaltar que a maior parte dos casos de inviabilidade de vida extra-uterina refere-se à anencefalia. Entretanto o tema nem por isso perde em importância, devendo também ser discutido. Todavia foge ao objeto proposto neste estudo.

## 5 CONCLUSÃO

A questão do aborto sempre foi polêmica, isto porque envolve o mais essencial de todos os direitos, ou seja, o direito à vida. Entretanto com o desenvolvimento da medicina pré-natal o tema tornou-se mais polêmico ainda.

O homem possui desenvolvimento científico para controlar a vida e a morte, mas será que possui este direito? A sociedade se questiona até onde pode ir, o que é eticamente e moralmente aceitável. Não é mais possível ao jurista abster-se destas questões.

Um parâmetro parece já ter sido estabelecido: os direitos de personalidade e a dignidade da pessoa humana. Entretanto, embora de grande valia, são conceitos com difícil limitação, só havendo a sua completa construção nos casos concretos.

Em um mundo em constante mutação é necessário que o direito busque se adaptar. Certamente ao ser formulado o Código Penal de 1940 ninguém poderia imaginar que hoje poderia ser estabelecido com absoluta certeza quando um feto tem ou não viabilidade.

Torna-se difícil trabalhar nos dias atuais com legislações tão antigas e em face da evolução constante do homem. Talvez a técnica utilizada pelo Novo Código Civil de 2002, baseada em cláusulas gerais, seja bastante adequada. Entretanto o direito penal não pode trabalhar com tipos abertos, sob pena de reinar a arbitrariedade.

Por outro lado há valores aceitos pela sociedade que não podem mais ser ignorados. Deve-se superar preconceitos e analisar as questões com isenção, procurando o real sentido de uma proibição ou permissão.

É correto proibir a interrupção da gestação, mas ela não pode se tornar um fim em si mesma. A gravidez é protegida porque dela advirá um ser humano, com sua própria singularidade. Um ser humano que pode ter problemas, mas ainda assim uma pessoa capaz de toda a sorte de sentimentos. É por isso que se protege a vida, que acaba-se por restringir os direitos da mulher que, em determinadas ocasiões pode sofrer abalos psíquicos em face da gestação de um feto anormal.

E é esta a razão de, na atualidade, ser possível o aborto de um feto anencéfalo. Isto porque este ser jamais poderá sentir e viver, jamais se desenvolverá. Nem mesmo pode ser considerado um ser humano.

Se é permitido retirar os órgãos de uma pessoa que possui morte cerebral para ajudar outra, ou seja, pode-se dispor daquele corpo como se morto estivesse, não há motivos para não ajudar uma gestante que possui dentro de si um ser que não possui cérebro, sendo então considerado morto. É incongruente adotar um critério quando se fala de um ser humano adulto e utilizar outro critério quando se fala de um feto. Se o homem sem funções cerebrais não mais vive, um feto sem as mesmas funções jamais viveu. É talvez até mais fácil admitir isto.

Dentro do sistema jurídico brasileiro a idéia de aborto do anencéfalo é plenamente justificável. A Constituição Federal de 1988 protege o direito à vida, ou seja, ela não protege de maneira alguma o feto anencéfalo. Por outro lado levar adiante uma gestação destas é contrariar garantias fundamentais da gestante visando proteger exatamente o que? Proteger um ser que está morto antes de nascer?

A ética também proíbe que se leve adiante esta gestação visando utilizar aquele feto como doador de órgãos. Não há como contrariar todos os direitos fundamentais de uma gestante, tendo por objetivo um suposto fim altruístico. Na melhor das hipóteses esta poderia ser uma opção que só à gestante caberia.

A liminar autorizando o aborto quando o feto for anencéfalo foi um passo à frente dado pelo Supremo Tribunal Federal. Entretanto este passo não pode ser muito largo. A legislação que pretende autorizar amplamente o aborto eugênico é inconstitucional, uma vez que fere o princípio da isonomia, resguardando o direito à vida do feto sadio e não dando o mesmo tratamento ao feto anormal.

Este é outro dos limites: a igualdade. Em se admitindo direitos a uma forma de vida, necessário que se admita a todas as formas. Não há razões para distinção entre eles. Não se pode julgar a vida humana por suas deficiências. Pelo contrário, aquele que tem deficiências deve possuir uma maior atenção do Estado.

Norberto BOBBIO em seu livro “A era dos direitos”<sup>179</sup> assevera que a humanidade está em constante evolução, restando o questionamento se esta evolução é para o bem ou para o mal. Conforme à sua análise, a partir da Declaração de Direitos do Homem, estaríamos evoluindo para o bem.

Neste sentido consideramos que a liminar concedendo autorização para o aborto nos casos de anencefalia é um sinal de evolução para o bem, ao passo que o projeto de lei autorizando amplamente o aborto eugênico é um sinal de evolução para o mal. Nem a liminar, nem o projeto de lei são definitivos. Está em nossas mãos definir para onde queremos ir.

---

<sup>179</sup> BOBBIO, *A era... op. cit., passim.*

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADRIASOLA, G. *Diagnóstico genético prenatal y aborto*. Disponível na internet: [www.ibccrim.com.br](http://www.ibccrim.com.br), 14.02.2001.
- AMARAL, F. *Direito Civil: Introdução*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- ANDRADA, J. B. B. *Direito à vida: Processo legislativo e Constituição*. In: *Revista dos Tribunais*, Brasília, v. 670, ago. 1991.
- AZAMBUJA, M. R. F. de. *O aborto sob a perspectiva da bioética*. In: *Revista dos Tribunais*: São Paulo, v. 807, jan. 2003.
- BARBOSA, H. H. e BARRETO, V. de P. (org.). *Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BITTAR, C. A. *O direito civil na constituição de 1998*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1991.
- \_\_\_\_\_, C. A. *Os Direitos de Personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- BOBBIO, N. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRUNO, A. *Crimes contra a pessoa*. Rio de Janeiro: Rio, 1976.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 4ª Edição.
- CASTILHO, F. G. *Aborto: Um crime contra nosso pacto social*. Disponível na internet: [www.ibccrim.com.br](http://www.ibccrim.com.br), 19.11.2001.
- CHAVES, A. *Direito à vida e ao próprio corpo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- \_\_\_\_\_, A. (org). *Estudos de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- CORTIANO JÚNIOR, E. *Direitos da personalidade: direito à vida, ao próprio corpo e ao cadáver*. Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre. Curitiba: 1993.
- COSTA, G. L. *Abortamento provocado na gestação de anencéfalo*. In: *Boletim IBCCRIM* nº 24, dez, 1994. Disponível na internet no site [www.ibccrim.com.br](http://www.ibccrim.com.br).
- CROCE, D. *Manual de medicina legal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

- CUNHA, M. F. *Aborto eugênico: uma realidade*. Boletim IBCCRIM, nº 58 set. 1997.  
Disponível na internet no site [www.ibccrim.com.br](http://www.ibccrim.com.br).
- D'URSO, L. F. B. *A propósito do aborto*. Disponível na internet:  
[www.direitocriminal.com.br](http://www.direitocriminal.com.br), 02.03.2001.
- DANTAS, S. T. *Programa de Direito Civil*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- DWORKIN, R. *Life's dominion. An argument about abortion, euthanasia, and individual freedom*. New York: Alfred A. Knopf, 1993
- FACHIN, L. E. (org.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar: 1998.
- FRANÇA, G. V. *Aborto – Breves reflexões sobre o direito de viver*. Disponível na internet: [www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br), 02.02.2001.
- FRANÇA, R. L. *Direitos da personalidade: Coordenadas fundamentais*. In: *Revista dos tribunais*, Rio de Janeiro, v. 567, jan. 1983.
- \_\_\_\_\_, *Instituições de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- \_\_\_\_\_, R. L. *Manual de Direito Civil*. 1º V. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- FRANCO, G. F. P. *Impossível a sobrevida do feto, deve ser autorizado o aborto*. In: Boletim IBCCRIM, nº 11, dez. 1993. Disponível na internet no site [www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br).
- FRIGÉRIO, M. V. *Aspectos bioéticos, médicos e jurídicos do abortamento por anomalia fetal grave no Brasil*. In: *Revista brasileira de ciências criminais*, n. 41, jan.-mar., 2003.
- GALGANO, F. *Diritto Privato*. Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1996.
- GEDIEL, J. A. P. *Os transplantes de órgão e a invenção moderna do Corpo*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.
- GIACOMOLLI, J. N. *Autorização judicial para interrupção da gravidez: aborto eugênico, necessário e sentimental*. In: *Revista dos tribunais*, v. 794, dez. 2001.
- GOLOP, T. R. *Ainda o aborto (legítimo em razão da anomalia fetal)*. In: Boletim IBCCRIM, nº 12, jan. 1994. Disponível na internet no site [www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br).
- GOMES, H. *Medicina legal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

- GOMES, O. *Introdução ao Direito Civil*. 18ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- HOUAISS, A. e VILLAR, M de S. *Minidicionário Houaiss de Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003.
- LE NOUVEL OBSERVATEUR. *O livro branco do aborto*. Tradução de Maria do Carmo Ravara Cary. Lisboa: Moaraes, 1972.
- LEITE, E. O. (org.). *Grandes temas da atualidade: Dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- LEITE, G. *Aborto: um crime polêmico*. Disponível na internet: [www.ibccrim.com.br](http://www.ibccrim.com.br), 03.08.2002.
- LEITE, R. de C. *Transplantes de órgão e tecidos e direitos da personalidade*. São Paulo: J. de Oliveira, 2000.
- MARQUES DIP, R. H. *Uma questão biojurídica atual: a autorização judicial de aborto eugenésico – alvará para matar*. In: *Revista dos Tribunais*, v. 734, dez. 1996.
- MAVILA, O. E. e IKAWA, D. R. *Aborto: uma questão de política criminal*. In: *Boletim IBCCRIM* nº 104 jul. 2001 Disponível na internet no site [www.ibccrim.com.br](http://www.ibccrim.com.br).
- MENDONÇA, José Lucena de. *É admissível o aborto eugênico?* Disponível na internet: [www.ibccrim.com.br](http://www.ibccrim.com.br), 21.09.2001
- MOTA PINTO, C. A. da. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa e MUNIZ, Francisco José Ferreira. *O estado de direitos e os direitos da personalidade*. In: *Revista dos Tribunais*, v. 532, fev. 1980.
- PASQUALINI, A. O Público e o Privado. In: *O direito público em tempos de crise: Estudos em homenagem a Ruy Rubne Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999.
- PEREIRA, C. M. da S. *Direito Civil: alguns aspectos da sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- \_\_\_\_\_, C. M. da S. *Instituições de direitos Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- PERIN, P. M. *Aborto: Uma abordagem diferente*. Disponível na internet: [www.direitocriminal.com.br](http://www.direitocriminal.com.br), 23.01.2001

- PERLINGIERI, P. *Perfis de direito civil: Introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado: Parte Especial (tomo VII)*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.
- PRADO, L. R. *Curso de direito penal brasileiro, volume 2: parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- QUEIROZ, C. A. M. de. *Em apoio aos abortos eugênicos*. In: Boletim IBCCRIM, nº 19, ago. 1994. Disponível na internet no site [www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br).
- RODRIGUES, S. *Direito Civil: Parte Geral*. 34ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2003.
- SÁ, M. de F. F. de. (org.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SÁ, M. de F. F. de. *Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos incluindo o estudo da lei n. 9.434/97*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- SANDOVAL, O. R. B. *Autorização judicial para a prática de aborto*. In: Revista dos tribunais, v. 739, mai. 1997.
- SANTA MARIA, J. S. de. *Direito à imagem, à vida e à privacidade*. Belém: CEJUP, 1994.
- SANTORO-PASSARELI, F. *Dottrine Generali del diritto civile*. Napoli: Eugenio Jovene, 1957.
- SARLET, I. W. (org.). *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SILVA, De P. e. *Vocabulário Jurídico*. 12ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997. Vol. III.
- SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SIQUEIRA, G. B. de. *Aborto humanitário: autorização judicial*. In: Revista dos Tribunais, v. 675, jan. 1992.
- SZANIAWSKI, E. *Direitos de Personalidade e sua Tutela*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- TEPEDINO, G. *A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.
- \_\_\_\_\_, G. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

- TEPEDINO, M. C. B. M. *A caminho de um direito civil constitucional*. In: Revista de direito civil, n. 5, jul-set de 1993.
- TOBEÑAS, J. C. *Los Derechos de La Personalidad*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1952.
- TRABUCCHI, A. *Istituzioni di diritto civile*. Casa editrice Dott. Antonio Milani, 1997.
- TRIMARCHI, P. *Istituzioni di diritto privato*. Milano: Giuffré, 1996.
- VENOSA, S. de S. *Direito Civil: Parte Geral*. 3ª Edição. São Paulo: Atlas, 2003.
- WALD, A. *Curso de Direito Civil Brasileiro: introdução e parte geral*. 6ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.