ROBERTA MARQUES BENAZZI VILLAVERDE

PERSONALIDADE JURÍDICA DO ANENCÉFALO

Tese de Doutorado.

Orientadora: Professora Titular Teresa Ancona Lopez

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo

2011

ROBERTA MARQUES BENAZZI VILLAVERDE

PERSONALIDADE JURÍDICA DO ANENCÉFALO

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutora em Direito.

Área de Concentração: Direito Civil

Orientadora: Professora Titular Teresa Ancona Lopez

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo

2011

Nome: VILLAVERDE, Roberta Marques Benazzi

Título: Personalidade Jurídica do Anencéfalo

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutora.

Aprovado em:

Banca Examinadora:

Prof. Dr. _____Instituição: _____
Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____Instituição: _____
Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____Instituição: _____
Julgamento: _____Assinatura:_____

Prof. Dr. _____Instituição:_____
Julgamento: _____Assinatura:_____

Prof. Dr. _____Instituição: _____
Julgamento: _____Assinatura:_____

Ao meu marido, HENRIQUE BERLOFA VILLAVERDE, grande amor da minha vida, pelo incansável apoio, pelo exemplo de existência e de dedicação, pelas incontáveis horas que deixei de estar ao seu lado, por compartilhar comigo este grandioso sonho e todos os ideais de vida.

A minha mãe, GLORIA SANTIAGO MARQUES BENAZZI, pela inspiração e por sua história de superação, pela batalha compartilhada a cada dia desta jornada, pelo amor incondicional, pela devoção integral, enfim, por tudo.

A meu pai, DINO BENAZZI, que me deu o dom da vida, a oportunidade de realizar o utópico e o real, pelas palavras de incentivo e de apoio em todos os momentos desta longa caminhada.

A minha irmã, RAQUEL MARQUES BENAZZI, amiga de todas as horas, companheira emérita de todas as lágrimas e sorrisos despendidos em cada página deste trabalho.

A minha tia, MARIA FÁTIMA SANTIAGO MARQUES DUTRA, pelo arquétipo exemplar de pessoa e de profissional, pelos momentos mais memoráveis, pela presença constante e incansável em todos os momentos de minha vida.

Aos meus avós, ALDO, REGINA, WALTER e BERENICE (in memoriam) *pelo amor insuperável, pelas lições de vida, pela certeza de meu crescimento e sucesso.*

AGRADECIMENTOS

À Profa. Dra. TERESA ANCONA LOPEZ, que me deu a oportunidade do estudo, das preciosas horas ao seu lado, pela incansável dedicação, pelo carinho, pelo amor maternal que sempre dedicou a cada um de seus alunos. Mulher de fibra, de grande profissionalismo e lapidar conhecimento, sempre me serviu de exemplo a ser seguido. Além de agradecê-la por tudo, não posso deixar de registrar minha honra e meu orgulho em tê-la como minha orientadora, minha eterna professora.

Ao meu marido, HENRIQUE BERLOFA VILLAVERDE, pelas horas de discussão a respeito de tão palpitantes temas, pela incansável batalha em busca de material doutrinário e legislativo, pelo investimento emocional e pessoal constante em mim e no produto deste trabalho.

À Profa. Dra. PATRÍCIA FAGA IGLECIAS LEMOS por todo incentivo, pelo auxílio constante, pela paciência de todos os momentos, pela disponibilidade, por sempre me acrescentar.

Ao Dr. GILBERTO BERGSTEIN por ter me auxiliado em diversos momentos, pela lembrança constante do tema da presente tese, pelo farto material disponibilizado, por ter aberto as portas de sua casa e ter abrigado os sonhos do presente trabalho.

À minha mãe, GLORIA SANTIAGO MARQUES BENAZZI, e à minha tia, MARIA FÁTIMA SANTIAGO MARQUES DUTRA pela incansável busca de artigos e jornais antigos relacionados ao estudo em questão, por se preocuparem a cada segundo com a pesquisa a ser realizada.

À minha irmã, RAQUEL MARQUES BENAZZI, pela troca de experiências e pela pesquisa de campo na temática traçada pela presente tese.

RESUMO

A tese de doutorado que ora se apresenta trata do diagnóstico da anencefalia e seus desdobramentos para o Direito, em especial no que tange à existência ou não de personalidade jurídica em seus portadores. Analisam-se, então, os princípios informadores que se relacionam com a matéria em questão, demonstrando a existência de diferentes planos de apreciação. O trabalho explora, ainda, os direitos da personalidade, discutindo as diferentes teorias que se pronunciam acerca do momento em que a personalidade jurídica se inicia, destacando quais as consequências que derivam da adoção de uma ou outra teoria. A pesquisa traça conceitos e distinções, como a diferenciação entre personalidade e capacidade. Trata-se, então, dos momentos que limitam a existência humana, discorrendo acerca dos marcos em que se inicia e termina a vida humana. Ao cuidar do fim da existência humana, arrolam-se os diferentes conceitos de morte, com as consequências de cada um na seara jurídica. Neste ponto, destaca-se a morte encefálica, com enfoque na Lei de Transplantes de Órgãos e Tecidos. A análise deste panorama deságua no estudo da anencefalia, com posições médicas sobre esta doença, levantando-se os demais casos de anomalias encefálicas que podem se apresentar em um ser humano, bem como suas implicações na vida biológica e relacional daquele ser. Analisa-se, então, a aplicação dos critérios de morte encefálica no que tange à anencefalia, traçando as perspectivas de vida que um ser nestas condições apresenta. Discorre-se acerca da existência de vida e sua manutenção nos casos em esta anomalia é detectada. Uma abordagem sobre a interrupção da gestação nos casos de diagnóstico pré-natal desta doença é realizada, com enfoque na atual tipificação do crime de aborto, nas suas excludentes de ilicitude, nos conceitos de aborto eugênico e aborto anencefálico e as decorrências jurídicas de cada um deles. Os resultados são comparados com as posições dos Tribunais brasileiros e estrangeiros sobre o aborto anencefálico, colocando o debate que existe sobre as ações de Wrongful Life e Wrongful Birth. Cuida-se, por fim, da situação do anencéfalo nascido, que venceu a barreira da gestação, colocando o debate médico que existe sobre a viabilidade de existência extrauterina, com a repercussão jurídica na atribuição ou não de personalidade a este ser. Conclui-se que portadores de anencefalia são dotados de personalidade jurídica, explicitando a não aplicação dos conceitos de morte encefálica em seu diagnóstico.

ABSTRACT

The scope of this present Doctoral Dissertation comprises the diagnosis of anencephaly and its involvement with Law, especially in what concerns the problem of bearers thereof having or not a juridical personality. Informing principles relevant to the matter at issue are then analysed, and two different plans come into evidence for appreciation. Personality rights and different theories on the moment when the legal personality begins are also examined and discussed so as to highlight the consequences deriving from each theory. Concepts and distinctions are elicited by this research, such as differentiation between personality and capacity. The moments limiting human existence are then studied by considering the initial and final landmarks of human life. When dealing with the end of human life, different concepts of death are evoked, as well as the consequences of each one in the juridical field. Encephalic death is then highlighted with a focus on the Organ and Tissue Transplant Law. Analysis of this panorama leads to the study of anencephaly and medical opinions on this disease, while examining all the other cases of encephalic anomalies a human being is prone to, as well as their implications in the biological and relational life of such beings. The application of encephalic death criteria to cases of anencephaly is then analysed on the basis of life perspectives expected for a human being in such conditions. The conditions of existence and life maintenance once such anomaly is detected are discussed. A possible termination of pregnancy in cases of early diagnosis of this disease makes the object of an approach in the light of not only the current characterization of abortion as a crime, but also of the elements excluding its illicit character, concepts concerning eugenic abortion and anencephalic abortion, as well as of the legal consequences of each one of these cases of exclusion. The results are compared to Brazilian and foreign courts' positions with respect to anencephalic abortion, placing the existing debate on actions of Wrongful Life and Wrongful Birth. Finally, attention is given to the situation of the anencephalic infant who has overcome the gestation barrier, raising medical argumentation about the viability of extrauterine existence without juridical repercussion on the dilemma of attributing or not juridical personality to such a being. It is concluded that bearers of anencephaly are entitled to legal personality, non-application of encephalic death concepts to such diagnosis being therefore explicit.

RIASSUNTO

La presente tesi di dottorato tratta della diagnosi di anencefalia e le rispettive conseguenze giuridiche, soprattutto per quanto riguarda l'esistenza o la mancanza di personalità giuridica di coloro che sono portatori di tale malattia. Si analizzano, allora, i principi che hanno rapporti con l'oggetto in questione, dimostrando l'esistenza di diversi livelli di valutazione. Questo lavoro esplora anche i diritti della personalità, discutendo le diverse teorie rispetto al momento in cui si inizia la personalità giuridica, sottolineando quali sono le conseguenze che derivano se una o altra teoria viene considerata. La ricerca espone concetti e distinzioni, come il differenziamento tra personalità e capacità. Si tratta, allora, dei momenti che limitano l'esistenza umana, discorrendo sui segni che indicano l'inizio e la fine della vita umana. Quando si tratta della fine dell'esistenza umana, diversi concetti di morte vengono elencati, oltre le conseguenze di ognuno nell'ambito giuridico. A questo punto viene trattata la questione della morte encefalica, con un approccio especiale alla Legge di Trapianti d'Organi e Tessuti. L'analisi di questo quadro sbocca nello studio della anencefalia, con opinioni mediche rispetto a questa malattia, e nelle altre possibilità di anomalie encefaliche che possono succedere ad un essere umano, oltre le loro implicazioni nella vita biologica e nei rapporti di tale essere. Per quanto riguarda l'anencefalia l'uso dei criteri che stabiliscono la morte encefalica viene analizzato, delineando le prospettive di vita che un essere in tali condizioni può avere. C'è la discussione intorno all'esistenza di vita e il suo mantenimento quando la malattia è scoperta. Un approccio sull'interruzione di gravidanza nei casi di diagnosi prenatale di questa malattia viene realizzato, facendo speciale attenzione alla presente tipificazione del crime di aborto e le cause di esclusioni del reato, nei concetti di aborto eugenetico e aborto anencefalico e le implicazioni giuridiche di ognuno. I risultati vengono paragonati con le opinioni dei tribunali brasiliani e stranieri rispetto l'aborto anencefalico, segnalando il dibattito che c'è tra le azioni di Wrongful Life e Wrongful Birth. Si tratta, alla fine, della situazione dell'anencefalo nato che ha vinto la barriera della gestazione, presentando il dibattito medico rispetto la viabilità della vita extrauterina, con la ripercussione giuridica nella attribuzione della personalità a questo essere o no. Si conclude che i portatori di anencefalia sono dotati di personalità giuridica, esplicitando che non si deve utilizzare i concetti di morte encefalica nella diagnosi.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 10

1 FUNDAMENTOS E VALORES QUE SUSTENTAM
A PROTEÇÃO DA PESSOA HUMANA 13
1.1 Planos de análise 13
1.2 Princípios informadores 23
1.2.1 Dignidade da pessoa humana 26
1.2.2 Proteção à vida 31
1.2.3 Princípios bioéticos 40
1.2.4 Princípio da proporcionalidade 48

2 DIREITOS DA PERSONALIDADE 50
2.2 Conceito 62
2.3 Classificações 69
2.4 Natureza jurídica 73
2.5 Direitos da personalidade da mãe e do nascituro 75
2.5.1 Direitos da personalidade da gestante 76
2.5.2 Direitos da personalidade do nascituro 83

3 INÍCIO DA VIDA 104
3.1 Teoria concepcionista 108
3.2 Teoria nidista (nidação) 118
3.3 Teoria embriológica 125
3.4 Teoria neurológica ou do sistema nervoso central 127
3.5 Teoria tecnológica ou ecológica 129
3.6 Teoria senciente 130
3.7 Teoria fisiológica 132
3.8 Teoria metabólica 133
3.9 Teoria do reconhecimento 134
3.10 Código de Ética Médica 134
3.11 Análise crítica 135

4 INÍCIO DA PERSONALIDADE CIVIL 138
4.1 Teorias 142
4.1.1 Teoria natalista 144
4.1.2 Concepcionista 148
4.1.3 Personalidade condicional 155
4.1.4 Viabilidade da vida e forma humana 157
4.2 Conceitos de personalidade e capacidade 161

5 FIM DA EXISTÊNCIA HUMANA 169
5.1 Conceito de morte encefálica 174
5.2 Lei de Transplantes 178
5.3 Fim da personalidade 188
5.4 Efeitos civis da decretação de morte 205

6 ANENCÉFALO 217
6.1 Conceito 218
6.2 Posições médicas sobre anencefalia 222
6.3 Posições jurídicas sobre anencefalia 229
6.3.1 Existência de vida 235
6.3.2 Interrupção da gestação 242
6.4 Posição dos tribunais sobre o aborto anencefálico 268
6.5 *Wrongful life* e *wrongful birth* 277

7 ANENCÉFALO NASCIDO E SUA PERSONALIDADE 288
7.1 Viabilidade de existência extrauterina 288
7.2 Existência ou não de personalidade jurídica 293
7.3 Efeitos jurídicos da atribuição de personalidade jurídica ao anencéfalo 297

CONCLUSÃO 304

BIBLIOGRAFIA 309

ANEXOS 340

INTRODUÇÃO

A temática da anencefalia desperta não apenas diferentes posições, mas também sensações que passam pela efemeridade da vida e pela certeza da morte.

O assunto normalmente é referido na doutrina e na mídia abordando a possibilidade do aborto nestas condições, de modo que todo o debate passa ao largo da situação do anencéfalo nascido, com todas as angústias e dúvidas que cercam este momento.

A precária atividade encefálica do neonato com esta anomalia é diagnosticada por alguns médicos e doutrinadores como morte encefálica, encetando sobre o recém-nascido uma sentença de morte que lhe retira a parca proteção que poderia obter do ordenamento jurídico.

A personalidade jurídica, então, acaba não sendo reconhecida ao ser humano com estas condições, despojando-o das normas essenciais que garantem uma existência, ainda que efêmera, com a qualidade e a dignidade que a condição humana requer.

A construção dos argumentos que demonstram outra realidade acaba sendo relegada a um segundo plano, vez que a pavimentação desta estrada parece ser contrária à interrupção de uma gestação anencefálica.

Contudo, a situação do aborto não se confunde com a condição do nascido anencéfalo, havendo outras justificativas hábeis a permitir a interrupção de uma gravidez nestas condições sem passar pelo atestado de óbito do feto.

A presença de vida é tão pulsante como seu próprio coração e sua existência é tão frágil quanto o ar que sopra de seus pulmões. Assim, a presente tese busca analisar os conceitos jurídicos de vida e morte, estabelecendo quais os limites que encerram a experiência humana.

Neste sentido, a Lei de Transplantes de Órgãos e Tecidos traça parâmetros que, juntamente com enunciados do Conselho Federal de Medicina, indica qual a solução deve ser dada a temática em apreço.

Esse estudo é isento de juízos religiosos, pautando suas conclusões em normas jurídicas e médicas, analisando cuidadosamente a biologia que conforma o indivíduo, em especial sua condição encefálica.

A personalidade jurídica é instituto criado com o intuito de proteger um sujeito de direitos e de deveres das arbitrariedades estatais, bem como do campo da

individualidade de outros semelhantes. Ser pessoa é condição que insere um indivíduo como integrante do corpo social, sujeitando-o ao conjunto de normas e de garantias que encerra a vida em comunidade.

Os direitos da personalidade, como direitos humanos que são, ressaltam a fragilidade de um indivíduo frente ao império estatal e a outros indivíduos mais fortes, despindo o ser humano de seu estado de natureza para inseri-lo no convívio com outras instituições.

A existência, então, é condição primordial de toda a humanidade, sendo certo que o ser humano é um ser gregário por natureza, necessitando de outros da mesma espécie para sobreviver ao meio que o cerca.

A diversidade da constituição humana é inerente a esta pluralidade de vivências, de modo que o diferente é condição necessária de preservação da espécie. Esta variedade deve ser resguardada, garantindo aos desiguais condições que lhe assegurem parâmetros semelhantes de respeito e de dignidade.

A presença de anomalias ou deficiências constitui razão para o surgimento de normas protetivas que garantam paridade de tratamento a pessoas despojadas biologicamente de condições fundamentais na sobrevivência de um ser humano.

Dessa feita, essas malformações físicas ou genéticas devem ser preservadas como condição própria de nossa espécie, rejeitando-se qualquer argumento de ordem eugênica.

A eugenia, por seu turno, foi política central do regime nazista, de modo que o mundo experimentou as maiores atrocidades já vistas sob o pálio deste argumento, anulando qualquer raça diferente da ariana.

Sendo assim, o anencéfalo, como portador de uma malformação, deve ser preservado em sua vida e dignidade, garantindo que a volatilidade de sua existência seja dotada de um significado jurídico e social, atestando que seu nascimento não foi desconsiderado por um ordenamento que se diz democrático.

Os direitos da personalidade, então, possuem como titular qualquer pessoa, seja ela portadora de uma limitação física, mental ou de uma anomalia genética. A condição de pessoa não pode ser deferida a alguns poucos, excluindo por completo vivências ímpares, que por sua diversidade não experimentam as mesmas representações e sentimentos que os demais seres humanos.

A presente tese, por conseguinte, procura despir os argumentos entoados pela doutrina e jurisprudência de seu viés religioso, eugênico ou utilitarista, transparecendo a

real situação que os portadores de anencefalia estão sujeitos quando transpassam todas as dificuldades de uma turbulenta gestação, desnudos de uma proteção que a lei lhes garante.

1

FUNDAMENTOS E VALORES QUE SUSTENTAM A PROTEÇÃO DA PESSOA HUMANA

1.1 PLANOS DE ANÁLISE

O Direito ganhou ao longo de sua evolução histórica o *status* de ciência autônoma, sendo estudado de maneira independente das demais áreas, com postulados e regras que lhe são próprios.

No entanto, visando à garantia desta autonomia científica, muitos doutrinadores acreditaram e defenderam que o estudo do direito deveria ser realizado de maneira pura, livre de quaisquer influências morais, econômicas, políticas etc. A obra de Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, é justamente nesse sentido, sendo fruto de uma análise profunda apenas e tão somente do jurídico.

A doutrina inglesa de Jeremy Bentham, referência do pensamento utilitarista, também sofreu as influências do purismo científico, de modo que os conceitos morais que permeavam conceitos jurídicos foram ignorados pela teoria inglesa do direito[1].

A teoria norte-americana do direito também desconsiderou o conceito moral que permeia as instituições jurídicas ao analisar o jurista como elaborador de táticas para mudança social. Myres McDougal e Harold Lasswel, de Yale, e Leon L. Fuller, Henry Hart e Albert Sachs, de Harvard, concentraram seus estudos na importância de se considerar o direito como instrumento hábil na condução de objetivos amplos. A distorção dos problemas abordados por esta teoria se deu justamente no instante em que se optou pela eliminação das questões envolvendo princípios morais, que formam seu núcleo[2].

Assim, constata-se que as diversas correntes da abordagem profissional da teoria do direito fracassaram uma a uma pelo mesmo fundamento: a desconsideração de que os problemas que envolvem esta teoria estão indissoluvelmente atrelados a princípios morais.

De fato, não há como separar o que se encontra amalgamado em sua essência. Assim, apesar de direito e moral não se confundirem, é inegável a influência que um

---

[1] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 6.
[2] Idem, p. 7-8.

exerce sobre o outro, de sorte que um estudo de qualquer instituto jurídico deve passar pela análise de seu aspecto moral e sua conformidade ou não com os valores que estão cristalizados na consciência coletiva em relação a isso.

Essa influência fica ainda mais clara quando nos encontramos diante de casos em que não existe qualquer regra jurídica que responda tecnicamente ao problema exposto. Nestes casos, o juiz deve buscar a resposta em princípios morais, cujo conceito e extensão vão além da mera interpretação linguística de seus termos. Saber se o ordenamento jurídico como um todo está sendo respeitado, segundo Ronald Dworkin[3], significa explorar a natureza da argumentação moral.

Neste sentido foram os estudos de H. L. A. Hart, jurista que bem desenvolveu a relação existente entre direito e moral, tornando claro que o direito incorpora juízos morais[4].

A relação entre o que é legal e o que é moral não se esgota aí, de modo que a presença da moral pode se dar numa determinada regra jurídica quando esta encarta em seu conteúdo uma norma de cunho eminentemente moral ou ainda quando, apesar de a proibição versar sobre conduta moralmente aceita, uma vez promulgada a lei todos têm a obrigação moral de obedecê-la[5].

Ante o exposto, face a uma sociedade cada vez mais globalizada, no centro de relações intrincadas, não há como separar por completo direito e moral. A despeito dos planos de análise serem distintos, é inegável a influência que um exerce sobre o outro, impingindo a criação de normas e servindo como norte na estruturação de valores que sustentam o ordenamento jurídico.

Dentro da análise da proteção à pessoa humana, os conteúdos morais são mais evidentes, já que tocam em conceitos intimamente ligados aos valores que dão vida à própria pessoa humana. Assim, como é próprio da moral, todos possuem em suas mentes e criações determinadas concepções que influenciam no julgamento pessoal dos casos cotidianos.

---

[3] Idem, p. 9.

[4] Segundo Ronald Dworkin, Hart "não se contenta apenas em explicar o direito mostrando como ele incorpora os juízos morais do homem comum. Considera esse tipo de análise como uma preliminar necessária para a avaliação crítica tanto do direito como da moralidade popular sobre a qual aquele se assenta. Enquanto não tivermos clareza sobre que juízo ou prática moral o direito reflete, não podemos criticá-lo de forma inteligente. Contudo, assim que tivermos essa certeza, restará ainda perguntar se essa prática ou juízo é sensato, bem fundado ou coerente com outros princípios que o direito alega servir" (Idem, p. 13; HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito.** Pós-escrito editado por Penelope A Bulloch e Joseph Raz. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 233-234).

[5] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério** cit., p. 15.

Não há como receber notícias sobre o aborto ou sobre a questão da anencefalia e ficar isento de uma posição. Essas situações mexem com o que é caro ao ser humano, envolvendo concepções filosóficas, religiosas, éticas etc. Uma posição ou uma sustentação nunca é desprovida de um aspecto moral que lhe acompanha, sobretudo quando o assunto é direito à vida, sendo este o motivo pelo qual a temática da anencefalia desperta um debate ainda mais caloroso.

A condição do anencéfalo envolve um aspecto da moralidade que esbarra no temor do legado nazista, de sorte que os argumentos hasteados para solucionar sua situação jurídica perpassam as normas impostas e ameaçam desaguar nos posicionamentos eugenistas.

A moral surge, então, como um freio e um contrapeso, impondo ao jurista a responsabilidade social pelas conclusões que ele retira da lei, anunciando as consequências que se originam de uma análise desprovida de um comprometimento com o conteúdo moral que envolve o ser humano.

Destaca-se que o discurso nazista teve seu fundamento no purismo jurídico, de modo que foi com base na própria legislação vigente que Hitler consagrou seus atos e suas barbáries. O Tribunal de Nuremberg, neste sentido, não reconheceu validade às normas então positivadas, vez que dissonantes da proteção aos direitos humanos inerentes a nossa condição.

O aspecto social também é de fundamental importância. No que tange a este aspecto, deve ser feita referência à teoria do direito norte-americano, o qual procurou se pautar pela exigência de realismo, enfatizando características profissionais dos juristas como a capacidade de reunir e organizar fatos, bem como de elaborar táticas para a mudança social.

Essa ênfase nos fatos deu origem à teoria sociológica do direito, denominação atribuída por Roscoe Pound, de Harvard, consistindo num criterioso estudo das instituições jurídicas como processos sociais.

Esta teoria analisava o juiz dentro de fatores humanos aos quais ele está sujeito, de forma que ele não era mais visto como oráculo do direito, mas como sujeito a influências sociais e pessoais.

Alguns estudiosos, como Jerome Frank e o próprio Roscoe Pound, propuseram-se a fazer um estudo com enfoque nesta teoria, mas perceberam que não havia na área jurídica um suporte técnico e estatístico necessário para o aprofundamento da análise de

instituições complexas. Diante disso, a teoria sociológica do direito acabou sendo relegada ao domínio dos sociólogos, saindo do âmbito de análise dos juristas de então[6].

No que tange à influência do campo social no jurídico, não se pode deixar de mencionar o pensamento de Hart. Para ele, basta a aceitação e a validade para que determinado padrão social se torne vinculante.

Hebert Lionel Adolphus Hart fundamenta sua teoria na ideia da existência de uma regra de conhecimento, que na verdade identifica a existência de dada regra jurídica como fruto de uma prática social. Este respaldo é que traz a aceitação da sociedade em relação a esta regra, configurando até mesmo um fundamento de validade[7].

A abordagem da teoria do direito, que enfatiza os princípios, não deve ficar restrita apenas e tão somente às demonstrações de existência de uma ligação entre a prática jurídica e a prática social, devendo continuar com uma análise crítica desta prática social frente a padrões independentes de coerência e sentido[8].

Não há como olvidar que o Direito nasce da vida em sociedade, havendo uma relação de dependência entre ambos. A convivência humana, fonte geradora de inúmeros conflitos, deu margem à imperiosa necessidade de regras que regulamentassem as relações entre seus diversos membros. Logo, a sociedade é anterior ao direito e, sem ela, este perde sua razão de ser, de existir.

Diante disso, o aspecto social está, certamente, arraigado nos meandros que cercam a norma jurídica. A disposição legal, geralmente, surge de uma necessidade social e, com o desaparecimento desta necessidade, fica esvaziada de sentido. Não se está a alegar que o costume tenha o condão de revogar uma lei, mas é evidente que sem esta sintonia o seu sentido perde o vigor de antes.

No que pertine ao tema da anencefalia, a esfera do social exerce enorme influência. A realização ou não de um aborto, a existência de vida, entre outras questões afetam frontalmente o âmbito de convivência social. Justamente em virtude da íntima relação existente entre os planos jurídico e social, uma solução ou posição firmada em um caso concreto tem a função de influenciar toda uma coletividade.

---

[6] Idem, p. 7.

[7] HART, Herbert Lionel Adolphus. Op. cit., p. 129. Gizbert-Studnicki e Pietrzykowski, a esse respeito, explanam que "no es conceptualmente necesario que la regla de reconocimiento contenga algún criterio relacionado con el contenido de las normas jurídicas (o su conformidad con estándares morales). El hecho de que la regla de reconocimiento contenga algún criterio de este tipo es un asunto de convención" (GIZBERT-STUDNICKI, Tomasz; PIETRZYKOWSKI, Tomasz. **Positivismo blando y la distinción entre Derecho y moral**. Doxa, Alicante: Universidad de Alicante, 2004. n. 27, p. 71).

[8] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério** cit., p. 19-20.

Aceitar a existência de vida no ser anencefálico faz com que inúmeras outras consequências sociais sejam geradas, como o tratamento conferido pela comunidade àquela pessoa, o respeito a certos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana e, até mesmo, a aceitação ou rejeição da possibilidade de um aborto pela família.

A análise econômica do Direito é outro ponto a ser destacado. É algo muito recente, o que a torna muito controvertida.

O desenvolvimento econômico do país está atrelado à ciência do direito, sendo este um meio de promover trocas justas e equilibradas no seio social. Neste aspecto, não há como negar a importância dos direitos fundamentais na estruturação da ordem econômica de um país, já que eles constituem a viga mestra de todo o ordenamento jurídico.

Weber, ao relacionar estes aspectos, explana que o direito é um elemento constitutivo das relações jurídicas capitalistas[9]. Logo, as normas jurídicas, bem como sua aplicação ao caso concreto deve se pautar pelo aspecto da eficiência econômica, ou seja, pelo menor custo com os melhores resultados.

Assevera-se que a evolução dos direitos fundamentais em gerações acompanhou a evolução econômica do Estado. Interessante ligação pode ser feita entre cada uma das gerações de direitos fundamentais e o estágio de evolução capitalista em que a sociedade se encontrava.

Dessa feita, em um primeiro momento tivemos a exaltação dos direitos de liberdade, propícios ao desenvolvimento da autonomia privada e da liberdade de mercado. De encontro com as aspirações da burguesia, esta fase permitiu o desenvolvimento de uma economia capitalista, baseada nas trocas comerciais sem qualquer empecilho ou limitação de ordem jurídica. O mercado se regulava pela "mão invisível" de John Locke, sendo o lema do *laissez faire, laissez passer*.

No segundo período evolutivo, verificou-se que a ausência de intervenção Estatal nas relações econômicas gera desequilíbrios intransponíveis, motivo pelo qual o princípio da isonomia estaria enfraquecido. Com a Revolução Industrial isso ficou mais claro, de modo que a discrepância entre as relações de trabalho e de capital estabelecidas subjugavam os mais fracos ao poderio econômico das grandes empresas. Surgiram, então, os direitos fundamentais de segunda geração, calcados nos direitos sociais, econômicos e culturais.

---

[9] WEBER, Marx. **Economía y sociedad.** 2. ed. em espanhol. Trad. José Medina Echavarría et al. México: Fondo de Cultura Económica, 1964. p. 266.

A terceira geração veio com as frustrações da humanidade frente às Guerras Mundiais e com a crescente degradação em massa dos recursos ambientais e humanos. Então, surgiram os direitos coletivos, calcados na ideia de solidariedade. A imagem da escassez de recursos domina os direitos coletivos, o que nos remete, mais uma vez, a princípios de ordem econômica para maximizar seu aproveitamento.

Paulo Bonavides ensina que:

> Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo, ou de um determinado Estado[10].

A quarta geração, por sua vez, deriva de uma sociedade globalizada, composta por relações internacionais e interdependentes, formando uma rede complexa de vínculos jurídicos. São os direitos das minorias, que se encontram cada vez mais marginalizadas com o desenvolvimento econômico dos países. Inserem-se os direitos à informática, biociência etc.

No que tange aos direitos de quarta geração, Paulo Bonavides define-os como o direito ao pluralismo, à informação e à democracia[11]. Ingo Sarlet, ao comentar a posição do referido constitucionalista, elogia-o nas seguintes palavras:

> A proposta do Prof. Bonavides, comparada com as posições que arrolam os direitos contra a manipulação genética, mudança de sexo, etc., como integrando a quarta geração, oferece nítida vantagem de constituir, de fato, uma nova fase no reconhecimento dos direitos fundamentais (...)[12].

Para determinados autores a evolução dos direitos fundamentais não se esgotaria na quarta dimensão. Hugo César Hoeschl, em seu livro *O Conflito e os Direitos da Vida Digital*, preceitua que "já se fala em direitos de quarta, quinta, sexta e até sétima gerações, surgidas com a globalização, com os avanços tecnológicos (cibernética) e com as descobertas da genética (bioética)"[13].

José Alcebíades Junior, ao tratar da temática com base em Norberto Bobbio, conceituou a quinta geração como a que trata dos direitos da realidade virtual, "que nascem

---

[10] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 523.
[11] Idem, p. 525.
[12] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 53.
[13] HOESCHL, Hugo César. **O conflito e os direitos da vida digital**. Disponível em: http://www.mct.gov.br/legis/Consultoria_Juridica/artigos/vida_digital.htm. Acesso em: 15 maio 2009.

do grande desenvolvimento da cibernética na atualidade, implicando no rompimento de fronteiras tradicionais, estabelecendo conflitos entre países com realidades distintas, via Internet, por exemplo"[14].

Ângela Bittencourt Brasil, atenta à influência econômica dos direitos de quinta geração, expõe seu pensamento nos seguintes termos:

> Inquestionáveis são as imensas possibilidades que a Internet abre, e podemos mesmo arriscar e dizer que se trata de uma revolução social, econômica e cultural que poderá ser a bússola indicadora de novos rumos, com reflexo na vida pessoal de todos. O certo é que nós teremos que nos adaptar à nova realidade que se apresenta e o direito certamente também, porque o saber humano está sendo difundido por esta rede de computadores interligados, que aproxima as pessoas e torna o mundo bem menor[15].

Dessa feita, não há como excluir a influência econômica no campo jurídico, como se fossem duas coisas completamente distintas. O caminhar de uma ciência interfere de forma imediata na outra, inclusive no que diz respeito aos direitos mais fundamentais do ser humano.

Na verdade, a expressão "análise econômica do direito" é utilizada em referência à aplicação de métodos econômicos a questões de ordem legal. A microeconomia é a mais utilizada neste sentido de intercâmbio entre estas duas searas.

Sendo assim, como o direito tem por ofício regular o comportamento humano, enquanto a economia dedica-se à adoção de soluções para um mundo escasso de recursos, a perspectiva econômica do direito consistiria no emprego do cabedal teórico e empírico da economia e ciências correlatas, com o fito de expandir a compreensão e o alcance das leis, aperfeiçoando sua aplicação e estudo, sobretudo no que tange a suas consequências[16].

A publicação de artigos como *The Problem of Social Cost*, de Ronald Coase, e *Some Thoughts on Risk Distributions and the Law of Torts*, de Guido Calabresi, marcaram o início da chamada escola moderna de análise econômica do direito em 1961. Contudo, o famoso nome concedido ao movimento como *Law and Economics*, foi obra de Henry

---

[14] OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 100.
[15] BRASIL, Ângela Bittencourt. **Informática jurídica**: o ciber direito. Rio de Janeiro: A. Bittencourt Brasil, 2000. p.13.
[16] PACHECO, Pedro Mercado. **El análisis económico del derecho** – una reconstrucción teórica. Madrid: Cento de Estudios Constitucionales, 1994. p. 25.

Manne na década de 70, quando resolveu criar o *Center for Law and Economics*, em Rochester, encontrando-se atualmente na George Manson Law School[17].

Diante disso, a face econômica da sociedade interfere de forma direta no direito e seus institutos, de sorte que é árdua a tarefa de interpretar o direito de forma isenta de quaisquer ponderações de ordem econômica.

Quando o assunto é proteção da pessoa humana isso fica ainda mais evidente, já que se mensuram custos em garantir uma pessoa viva em estado vegetativo ou na possibilidade de levar uma gestação a termo quando a vida do feto é praticamente inviável.

A economia interfere, assim, nos rumos do direito, sendo certo que a situação do anencéfalo não se distingue das demais hipóteses. O nascimento de um anencéfalo pode ser considerado instrumentário para doação de órgãos a outros recém-nascidos, sendo uma perspectiva que concede uma utilidade econômica e social ao suporte instrumental e biológico de que é titular o anencéfalo.

Sua vida e existência passam a ser, para alguns, motivo de esperança à viabilidade da vida de outros, o que implica um viés utilitarista a ser aplicado a uma gestação fadada ao insucesso.

Por derradeiro, ressalta-se que o ângulo jurídico é o aspecto central do estudo a ser desenvolvido.

Como bem já se salientou, o direito não caminha em uma estrada isenta de influências externas, mas, uma vez positivadas as regras jurídicas, o foco do jurista passa a ser os elementos que o ordenamento lhe confere. Ponderações de outras ordens (como a moral, econômica etc.) podem existir, mas o arcabouço legal acaba sendo o norte do exegeta.

O positivismo surge, então, englobando conceitos e perspectivas de ordem filosófica e científica dos séculos XIX e XX. Seu marco inicial remete à figura de Auguste Comte, datando da metade do século XIX até seu apogeu e decadência no século XX.

Dessa forma, surgiram diversas correntes que se intitulavam positivistas, mas sem guardar estreita relação com a obra de Comte. Nesse sentido, pode ser mencionada a obra de Hans Kelsen, fundador do positivismo jurídico, e de Rudolph Carnap e Otto Neurath, adeptos do positivismo lógico, também chamado de Círculo de Viena. Demais disso, existe, ainda, o positivismo sociológico, capitaneado por Duguit.

---

[17] Ibidem.

Ressalta-se que, tanto no positivismo normativo de Kelsen quanto no positivismo sociológico de Duguit a pessoa é reduzida à personificação de um complexo de normas, sendo considerada como um centro de imputação[18].

Na verdade, verifica-se que o pensamento inicial de Comte não era a criação de uma ciência desprovida de quaisquer influências externas, como propôs Kelsen. Para ele, o positivismo deveria ser uma doutrina sociológica, política e filosófica, surgindo com a evolução do Iluminismo e com as crises social e moral do fim da Idade Média. A Revolução Industrial também exerceu importante papel no descortinar dessa nova ideologia, a qual se propunha a afastar os elementos teológicos e metafísicos de sua concepção.

Hans Kelsen, pai do positivismo jurídico, pregou o purismo de uma análise científica do direito, desprovida de outras influências que não a estritamente jurídica. A falha de Kelsen, contudo, foi acreditar que o ordenamento jurídico se sustenta em bases estritamente legais, esquecendo que a própria existência humana é anterior ao Direito, não havendo como considerar um purismo tão exacerbado.

Demais disso, quando o assunto é a proteção da pessoa, elementos extrínsecos ao direito e valores inerentes à condição humana não podem ser esquecidos. A análise que se pretende fazer da anencefalia é, sobretudo, jurídica, mas não haverá como dissociar certos conceitos e concepções que refogem à órbita do estritamente legal. O direito é uma ciência valorativa e, como tal, não há como ficar absolutamente restrito aos limites impostos pelas normas positivadas.

A teoria tridimensionalista de Miguel Reale corrobora este entendimento, ensinando que o direito é fato, valor e norma. Logo, não há como estudar um instituto jurídico sem passar por uma análise valorativa do tema e de suas circunstâncias.

O direito seria, então, composto de três dimensões, quais sejam: i) normativa, a qual considera o direito enquanto ordenamento e ciência; ii) fática, ligada à efetividade social e histórica; e iii) axiológica, cuidando de um valor que, no caso do direito, seria a justiça.

O fato seria o elemento subjacente da operação jurídica, sobre o qual incidiria um valor, que cumpre a tarefa de garantir uma significação ao fato, e, finalmente, uma norma, a qual configura a relação ou medida integradora dos outros dois elementos.

---

[18] MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. **Elementos de teoria geral do direito.** 4. ed. Belo Horizonte: UFMG, 1995. p. 145.

Neste aspecto, a norma seria resultado da tensão existente entre fato e valor, sendo uma decorrência da unidade e integração destes dois elementos. Outrossim, a tridimensionalidade não seria um aspecto específico do direito, estando presente não apenas em toda a realidade normativa, mas também nos mandamentos de cunho religioso, nos preceitos morais, nos usos sociais. Logo, a conduta jurídica seria individualizada por conformar um momento bilateral-atributivo do ensaio social[19].

O embasamento das ideias de Miguel Reale parte da premissa de que o real não coincide com o pensamento, como se verifica na obra de Hegel. Existe, na verdade, uma complicação dialética, que busca a análise da questão gnoseológica do cogito e do problema ôntico da realidade. Dessa forma, o objeto do conhecimento humano não pode mais compartimentar a ontologia e a gnoseologia, já que configuram faces de uma mesma moeda, formando a *ontognoseologia*.

O Capítulo III da obra *Experiência e cultura*[20] traz a caracterização da *ontognoseologia* como lógica transcendental. Passa ele a pregar um novo juízo a respeito da cultura, a qual passa a ser vista como *esfera das intencionalidades objetivadas*. Miguel Reale, então, parece amparar seu pensamento nos *juízos referidos a valores* de Gustav Radbruch. Assim, o real não se exaure nos objetos ideais ou naturais, englobando uma esfera referida de valores, composta pela cultura ou pela criação humana[21].

O processo *ontognoseológico* seria a abrangência do pensamento quanto à objetivação. O Capítulo IV de *Experiência e cultura* ("Da cultura como objetivação e positividade") explicita o significado de tal processo, destacando a idéia de relação nas seguintes palavras:

> (...) relação de concreção e de complementaridade "subjetivo-objetiva", cujos pressupostos transcendentais cabe à Filosofia perquirir: essa unidade é suscetível, no entanto, de uma análise abstrativa, ou no sentido do sujeito, ou no sentido do objeto, passando-se, desse modo, a um plano diverso, necessariamente realístico e abstrativo, que é o plano das ciências positivas, mas, nem por isso, concebível fora do âmbito ontognoseológico, que é comum a todas as formas de conhecimento. O projetar-se do espírito em correlação não se reduz a uma relação estática de tipo lógico-formal, como se se verificasse apenas o encontro ou o

---

[19] TEIXEIRA, António Braz. Miguel Reale e o diálogo filosófico luso-brasileiro. In: LAFER, Celso; FERRAZ JR., Tércio Sampaio (orgs.). **Direito, Política, Filosofia e Poesia.** Estudos em Homenagem ao Professor Miguel Reale no seu Octagésimo Aniversário. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 256.

[20] REALE, Miguel. **Experiência e cultura**: para a fundação de uma teoria geral da experiência. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 65-75.

[21] PAIM, Antônio. **Problemática do culturalismo**. Porto Alegre: PUC/RS, 1995. p. 59 (Coleção "Filosofia", 24).

> ajuste entre dois termos preexistentes, entre o 'eu que pensa' e 'algo pensado ou pensável'[22].

Diante de todo o exposto, resta evidente que a análise feita na presente tese será pautada no aspecto jurídico da questão da anencefalia, o que não significa a adoção de um purismo normativo, o qual desconsidera a realidade valorativa e a evolução da sociedade. Dessa feita, juízos de valor serão feitos com vistas a uma completa e harmoniosa análise jurídica dos institutos a serem tratados.

Aliás, segundo palavras de Jochen Taupitz:

> Anyone who rejects this notion of competing ideas and concepts must expect to be asked what right present-day humanity has to demand that precisely its legal and moral conceptions (assuming that these meet with universal acceptance in the first place) should be deemed valid 'for ever'and binding also on future generations. Isn't that, to a certain extent, the expression of a 'moral imperialism'[23].

A temática da anencefalia envolve importantes juízos de valor, o que torna a teoria tridimensional do direito fundamental na análise da situação normativa dos portadores desta anomalia. Definições como os limites da vida e da morte encerram fatos, valores e normas, de modo que um estudo que se atenha única e exclusivamente à norma será incapaz de dar respostas aos problemas que a realidade impõe.

1.2 PRINCÍPIOS INFORMADORES

Antes de adentrarmos em cada princípio especificamente considerado, convém fazer uma breve introdução acerca do significado de princípio e sua importância dentro do ordenamento pátrio.

Ronald Dworkin[24] esclarece o que se entende por princípio através do conceito abaixo:

> (...) um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.

---

[22] REALE, Miguel. Op, cit., p. 99.
[23] TAUPITZ, Jochen. The right to life of the unborn. **Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, Coimbra, Coimbra Editora, ano 3, n. 5, p. 5-14, jan.-jun. 2006.
[24] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério** cit., p. 36.

Importante ressaltar que princípio não pode ser confundido com política, motivo pelo qual não pode aquele ser compreendido como expressão de um objetivo social. Aliás, essa confusão é algo comum, estando, inclusive, encartada em destacadas teorias que marcaram a história do direito, como é o caso do utilitarismo, que entende os princípios como instrumentos de realização do objetivo último que é a felicidade do maior número de pessoas.

Outra diferenciação que merece destaque é a existente entre regras e princípios, de modo que esta distinção possui um respaldo lógico, porém não unânime. De fato, alguns autores negam qualquer distinção entre princípios e regras jurídicas, mas tal posição não é a que prevalece em nosso sistema jurídico atual.

Para Canaris[25], a principal característica dos princípios seria seu conteúdo axiológico, sendo esta sua carga principal diante das regras jurídicas. Ademais, outra característica fundamental dos princípios seria a forma em que se dá o seu inter-relacionamento, de modo que seu conteúdo é informado por um processo dialético de complementação e limitação.

Contribuição significativa nesta seara foi dada pela tradição anglo-saxônica, que ajudou a traçar e melhor definir o conceito de princípios. Dworkin[26] – cujo conceito de princípio já mencionamos anteriormente – em seus estudos, deu especial atenção a essa temática distinguindo, num primeiro momento, as regras de princípios. Sua definição de um e de outro, segundo Alexy[27], fundamenta-se numa distinção quanto à estrutura lógica de cada um, trazendo critérios classificatórios e não comparativos.

Dessa feita, segundo pensamento de Dworkin, as regras seriam aplicadas sob a vertente do tudo ou nada, ou seja, dado um caso concreto, ou uma regra é válida para tal caso e, assim, resolve a problemática enfrentada pelo jurista, ou esta mesma regra não pode ser considerada válida para o caso concreto e, então, não será aplicada ao mesmo, deixando o jurista sem qualquer resposta para a situação. Logo, sendo a hipótese de incidência de uma norma preenchida, ou ela é considerada válida e será aplicável a consequência por ela trazida, ou ela será considerada inválida e, por isso, sua aplicação restará afastada.

---

[25] CANARIS, Claus-Wilhelm. **Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz**. Berlin: Duncker und Humblot, 1983. p. 53-55.
[26] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério** cit., p. 39-43.
[27] ALEXY, Robert. Zum Begriff des Rechtsprinzips. In: ALEXY, Robert. **Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz**, **Rechtstheorie**, Beiheft 1, Berlin: Dunckler und Humblot, 1979. p. 65.

Os princípios, por sua vez, enunciam uma razão apta a conduzir a argumentação em dado sentido, não dispensando uma decisão particular. Eles apresentam uma dimensão de peso ou importância que as regras não possuem. Isso significa que, diante de uma colisão entre princípios, deve haver uma ponderação de valores, de forma que aquele que apresentar maior importância se sobreporá ao de menor importância sem, contudo, retirar-lhe a validade[28].

Dessa feita, as regras são aplicadas sob a vertente do tudo ou nada, ou seja, dado um caso concreto, ou uma regra é válida para tal caso e, assim, resolve a problemática enfrentada pelo jurista, ou esta mesma regra não pode ser considerada válida para o caso concreto e, então, não será aplicada ao mesmo, deixando o jurista sem qualquer resposta para a situação.

O princípio, por sua vez, enuncia uma razão apta a conduzir a argumentação em dado sentido, não dispensando uma decisão particular. Ademais, os princípios apresentam uma dimensão de peso ou importância que as regras não possuem.

Sendo assim, também a aplicação dos princípios é feita por meio de regras de prevalência, criadas para solução desses conflitos. Logo, os princípios também seriam aplicados pela regra do tudo ou nada e não apenas as regras conforme o pensamento de Dworkin[29].

A regra do tudo ou nada como fator de diferenciação entre princípios e regras jurídicas não é satisfatória, de forma que a diferença existente entre princípios e regras se refere apenas à diferença quanto ao critério de solucionar eventual conflito e a diferença quanto à obrigação imposta. Dessa forma, a colisão entre princípios deve ser superada por uma ponderação de valores, enquanto o conflito entre regras supera-se pela declaração de invalidade de uma delas. No que tange à superação de obrigações, enquanto as regras impõem obrigações absolutas, os princípios colocam obrigações superáveis pela aplicação de outros princípios colidentes[30].

---

[28] Essa ponderação de valores restou evidente no caso *Riggs v. Palmer* (155 N.Y. 506, 1889) e *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc* (32 NJ 358, 1960). No primeiro se discutiu o conflito entre o princípio segundo o qual os testamentos devem ser cumpridos e o princípio pelo qual não se pode tirar vantagem da própria fraude. Já no segundo caso houve a colisão do princípio da obrigatoriedade dos contratos com o princípio do justo tratamento aos consumidores.

[29] ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.. p. 80 e 83; _____. **Zum Begriff des Rechtsprinzips** cit., p. 70. Tradução livre por Sandra Regina Fenerick.

[30] ALEXY, Robert. Rechtsregeln und Rechtsprinzipien**. Archives für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 25**, 1985. p. 20. Tradução livre por Sandra Regina Fenerick.

Robert Alexy[31] também concedeu fundamental contribuição na construção da Teoria dos Princípios, conceituando princípios como espécie de normas jurídicas por meio das quais são estabelecidos deveres de otimização, sendo aplicados em graus distintos conforme as possibilidades fáticas e normativas.

Já as regras, por sua vez, veiculariam mandados de definição, podendo ou não serem realizadas pelo preenchimento de suas premissas. Se preenchidas suas hipóteses de incidência, elas deveriam ser aplicadas, de modo que, havendo conflito entre regras, deverá ser criada uma exceção para o caso concreto ou uma das normas analisadas deverá ser afastada por ser inválida[32].

Referido autor também trata da questão referente à colisão de princípios, solucionando-a com a ponderação feita entre os princípios colidentes. Não se deve estabelecer uma prevalência imediata de um princípio sobre o outro sem antes fazer esta ponderação de valores. Inexiste, então, uma determinação das consequências normativas de forma direta como ocorre nas regras. A aplicação de um princípio é feita sempre com a observância de uma cláusula de reserva, de forma que sua atuação no caso concreto apenas será verificada quando não houver outro princípio com maior peso naquele determinado caso[33].

Diante de todo o exposto, passar-se-á para a análise pontual de cada um dos princípios norteadores do tema central da presente tese.

1.2.1 Dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana está presente quando o assunto contrapõe o direito à vida, à morte e à liberdade de escolha.

A dignidade da pessoa humana foi eleita como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, sendo da essência do próprio direito servir à pessoa humana para que lhe seja garantida uma vida digna. Referido princípio, por ser atributo

---

[31] ALEXY, Robert. **Zum Begriff des Rechtsprinzips** cit., p. 59 e ss; _____. Rechtsregeln und Rechtsprinzipien**.** In: ALEXY, Robert, **Archives für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 25**, 1985, reimpresso in: R. Alexy/H.-J. Koch/ L. Kuhlen/H. Rüßmann, Elemente einer juristischen Begründungslehre, Baden-Baden: Nomos. Alpmann/Brockhaus, 2003,. p. 177; _____. **Rechtsregeln und Rechtsprinzipien** cit., p. 19 e ss; _____. **Theorie der Grundrechte** cit., p. 77 e ss; _____. Rechtssystem und praktische Vernunft cit., p. 216-217. Tradução livre por Sandra Regina Fenerick.

[32] ALEXY, Robert. **Rechtssystem und praktische Vernunft** cit., p. 216-217; _____. **Theorie der Grundrechte** cit., p. 77. Tradução livre por Sandra Regina Fenerick.

[33] ALEXY, Robert. **Rechtsregeln und Rechtsprinzipien** cit., p. 17-18. Tradução livre por Sandra Regina Fenerick.

inerente a qualquer ser humano, deve ser considerado como valor supremo, independentemente de quaisquer diferenças de credo, sexo, filosofia, idade, nacionalidade etc[34].

Jorge Miranda, ao analisar este aspecto do ordenamento jurídico, ressalta a unidade presente na Constituição Federal, sobretudo em relação ao sistema de direitos fundamentais. Dessa feita, esta coerência do sistema é garantida pelo elo da dignidade da pessoa humana, a qual coloca a pessoa no centro das finalidades e fundamentos do Estado brasileiro[35].

Essas constatações levam à conclusão lógica de que o legislador constituinte reconheceu o surgimento do Estado como decorrência da própria existência da pessoa humana. O ser humano deve ser sempre a finalidade primordial da atuação estatal e não meio para atendimento dos fins do Estado[36].

Não se deve olvidar jamais que a dignidade da pessoa humana é pilar estrutural de todo o sistema jurídico, de modo que as garantias e direitos fundamentais do ser humano são sempre sustentados por esta viga mestra. Há que se ressaltar, assim, que a plenitude da cidadania é obtida apenas com a garantia de uma vida digna[37].

A dignidade da pessoa humana e a concepção que temos deste direito não pode passar ao largo da visão Kantiana, que, nas palavras de Alexandre dos Santos Cunha:

> É por essa razão que se identifica na obra de Kant, o mais radical dos pensadores da Modernidade, a base para a construção da contemporânea filosofia dos direitos humanos. Afinal, todo o sistema internacional de proteção dos direitos humanos nada mais é do que uma tentativa de restauração do paradigma da modernidade jurídica diante da irrupção do fenômeno totalitário. Por isso, a concepção kantiana a respeito da dignidade é essencial à atribuição de significado jurídico ao termo e, logicamente, para a determinação do sentido do alcance do princípio da dignidade da pessoa humana.
>
> Para Kant, a dignidade é o valor de que se reveste tudo aquilo que não tem preço, ou seja, não é passível de ser substituído por um equivalente. Dessa forma, a dignidade é uma qualidade inerente aos seres humanos enquanto entes morais: na medida em que exercem de forma autônoma a sua razão prática, os seres humanos constroem distintas personalidades humanas, cada uma delas absolutamente individual e insubstituível. Consequentemente, a dignidade é totalmente inseparável da autonomia

[34] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 105.
[35] MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. IV, p. 180.
[36] SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 65.
[37] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 105.

> para o exercício da razão prática, e é por esse motivo que apenas os seres humanos revestem-se de dignidade.
>
> O grande legado do pensamento kantiano para a filosofia dos direitos humanos, contudo, é a igualdade na atribuição da dignidade. Na medida em que a liberdade no exercício da razão prática é o único requisito para que um ente se revista de dignidade, e que todos os seres humanos gozam dessa autonomia, tem-se que a condição humana é o suporte fático necessário e suficiente à dignidade, independentemente de qualquer tipo de reconhecimento social[38].

No seio da discussão acerca da dignidade humana, parece inegável a condição de ser humano do anencéfalo, motivo pelo qual tem cabimento todas as discussões que se apresentarão no transcorrer da presente tese. Não fosse isso, não haveria que se argumentar acerca dos critérios de morte encefálica nem de sua aplicação aos casos de anencefalia, já que os mesmos apenas são aplicados aos seres humanos.

No entanto, há que se ressaltar que existem pensamentos que divergem desta constatação, mas configuram uma voz minoritária na doutrina.

Considerar o anencéfalo como ser humano, além de ser o mais razoável diante de sua condição, parece contar com o apoio do CFM, que em suas Resoluções dá a entender este posicionamento. Aliás, ao se referir ao anencéfalo como natimorto cerebral está por detrás, de forma íncita, a condição de ser humano, já que tal expressão apenas é empregada para se referir a seres da espécie humana e não a um agrupamento de células[39].

A condição de ser humano do anencéfalo lhe confere a proteção de sua dignidade. A dignidade é conferida e protegida tanto aos seres humanos vivos como aos indivíduos que já faleceram, de modo que independentemente do posicionamento adotado acerca da existência de vida ou não no anencéfalo, sua dignidade será tutelada.

Aliás, dignidade, na visão de Junges, não seria apenas uma categoria dentro da antropologia, expressando também um conteúdo de natureza ética que traz consigo exigências que lhes são inerentes. A dignidade se refere a seres concretos, que apresentam limitações na medida em que são seres sociais e biológicos. Assim, na medida em que cada ser humano é um indivíduo único e insubstituível, a dignidade não aceita privilégios ou privações, já que configura uma qualidade inerente ao ser humano, sem se submeter a qualquer gradação. Logo, a dignidade "serve para incluir todo ser humano e não para

---

[38] CUNHA, Alexandre dos Santos. **A normatividade da pessoa humana**: o estudo jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 85-88.

[39] ZOBOLI, Elma Pavoni (rel.); GARCIA, Maria (rev.). Parecer CoBi 001/2006 – Assunto: Transplante de Coração utilizando como doador criança anencefálica. In: COHEN, Claudio; GARCIA, Maria (org.). **Questões de bioética clínica**: pareceres da Comissão de Bioética do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 162.

excluir alguns que não interessam; não pode ser usado como critério de exclusão, pois seu significado é justamente de inclusão"[40].

A pessoa humana é composta de muitas facetas, de um complexo de direitos e deveres que exsurgem de sua própria personalidade, de forma que a dignidade da pessoa independe de qualquer outra característica que não a condição humana. Assim, a produtividade de um homem é, muitas vezes, auferida em uma valoração econômico-utilitarista, mas esta valoração não deve ser capaz de atribuir ou não a proteção que o direito à dignidade confere àqueles que detêm a condição humana[41].

A dignidade da pessoa humana ganhou, como visto, grande prospecção no mundo moderno, enfeixando uma infinidade de direitos que dela decorrem, bem como servindo de argumento para sustentar a proteção do indivíduo enquanto ser humano frente às atrocidades que contra ele podem ser cometidas. Enfim, diante da importância fulcral que a dignidade humana atingiu, sendo a solução para os mais diversos problemas, seu conceito não teria como ser estanque ou hermético, o que fulminaria sua promessa com a humanidade.

Dessa feita, uma característica do direito à dignidade é justamente a dificuldade que se tem de formular um conceito ou uma definição que delineie com exatidão os contornos que ele deve ter. Assim, a tarefa de definir a extensão e o conteúdo da dignidade da pessoa humana é praticamente invencível, mas é plenamente possível aferir quando este direito está sendo violado[42].

A situação na qual se encontra o anencéfalo é bastante delicada, mas suas limitações funcionais e biológicas não podem servir de pretexto para um não reconhecimento de sua dignidade humana. Suas limitações em se relacionar com o mundo ao seu redor ou a limitação de sua expectativa de vida a um período bastante reduzido não permitem que se retire do anencéfalo sua condição humana, com todos os direitos e garantias que lhe são inerentes.

Nesse aspecto, deve-se tomar muito cuidado para não cair na falácia dos argumentos utilitaristas, que por mais bem intencionados que sejam, passam por cima da condição humana de um ser em benefício da coletividade, o que é muito perigoso.

---

[40] JUNGES, José Roque. **Bioética, perspectivas e desafios**. São Leopoldo: Unisinos, 1999. p. 112.
[41] BLANCO, Luis Guillermo. **Homicidio piadoso, eutanasia, y dignidade humana**. Buenos Aires: La Ley, 1997. p. 509.
[42] VON MÜNCH, Ingo. La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional. Trad. Jaime Nicolás Muñiz. **Revista Espanhola de Direito Constitucional**, n. 5, ano 2, p. 9-12, maio-ago. 1982. Disponível em: www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_005_009.pdf. Acesso em: 15 mar. 2011.

Não se deve negar o direito à vida, a quem quer que seja, sob o argumento de que não seria aquele ser vivo considerado pessoa. Isso nos faria retroceder séculos de evolução, retornando ao período da colonização em que o índio não era considerado pessoa, ou ao período da escravidão, em que o negro era considerado coisa, argumentos estes que serviram não apenas para sustentar a dominação do homem branco, mas, sobretudo, para permitir as mais diversas atrocidades contra etnias que foram constantemente inferiorizadas.

Aliás, pelo princípio da proibição do retrocesso social, segundo alguns doutrinadores implícito na dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais devem ser cada vez mais protegidos, bem como seu rol não pode ser reduzido. Mola propulsora do Estado Democrático de Direito, a garantia de direitos individuais, sociais e políticos estrutura o próprio ordenamento jurídico, não sendo cabível um retrocesso nesta evolução que traça os rumos da sociedade.

Segundo entendimento do jurista argentino Pablo Martín Labombarda:

> (...) la persona por nacer goza de este derecho en su dimensión que va íntimamente ligada con su vida y su esencia humana. De allí que se contemple al aborto o la intervención del parto inducido de un feto anencefálico – cuando la gestación está por demás avanzada – como una afrenta inacetable a su dignidade, porque lo expone frente a una muerte más acelerada que la que naturalmente debería ocurrir.
>
> Por caso, el Instituto de Bioética de la Facultad de Postgrado en Ciencias de la Salud de la Universidad Católica Argentina – sin dejar de ponderar el necesario cuidado psicoterapéutico o espiritual para ambos padres – propuso como reflexión que 'el triste hecho de su gravísima patología, no le quitadignidad ni lo convierte en despreciable, por el contrario lo transforma en un ser humano sumamente frágil, pequeño y débil, sujeto a cuidado y protección especial, acorde a su patología y diagnóstico infausto y en el espíritu de no discriminación (en este caso debido a su enfermedad)' [43].

Pablo Martín Labombarda ressalta que a proteção à dignidade de um ser inclui as decisões relacionadas com seu plano de vida, envolvendo sua autonomia reprodutiva e a garantia de sua intangibilidade moral[44].

Dessa feita, a dignidade da pessoa humana, princípio basilar de toda estrutura normativa, possui como titulares todos os seres humanos, vivos ou mortos[45], constituindo

---

[43] LABOMBARDA, Pablo Martín. **El derecho y la bioética frente a la anencefalia**. La Plata: Libreria Editora Platense, 2009. p. 45-46.
[44] Idem, p. 49.

redoma de proteção de seus titulares contra arbitrariedades e contra a própria essência que constitui a pessoa humana. Assim, a dignidade eleva a espécie humana acima das normas que conformam a convivência social, colocando o indivíduo como base de toda a existência, fundamento último de todo sistema normativo.

1.2.2 Proteção à vida

Nas palavras de José Afonso da Silva,

> Vida, no texto constitucional (art. 5.º, *caput*), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante autoatividade 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.[46]

O ordenamento jurídico português, segundo explicita Diogo Leite de Campos consagra o direito à vida no número inaugural (1) do artigo 24 da Constituição da República Portuguesa[47].

O direito à vida que se tutela, em verdade, nada mais é senão um direito a que a vida seja respeitada perante outros sujeitos. Seria considerado como direito na medida em que exclui outros comportamentos incompatíveis com sua tutela, impondo aos demais um comportamento negativo. Segundo entendimento de Diogo Leite de Campos, desrespeitar o direito à vida traz um dano superior a qualquer outro tutelado pela ordem jurídica, o qual é traduzido na ocorrência da morte. Logo, a morte seria o dano supremo, já que implica em uma lesão a um bem considerado por ele como superior a qualquer outro[48].

---

[45] O Enunciado 1 das Jornadas de Direito Civil estabelece: *a proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura*, ressaltando, assim, a proteção à dignidade da pessoa humana morta.

[46] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 196.

[47] CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direitos da personalidade.** Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 58.

[48] CAMPOS, Diogo Leite de. **A A vida, a morte e a sua indemnização**. Separata do Boletim do Ministério da Justiça (n. 365). Lisboa: Ministério da Justiça, 1987. p. 5 e ss.

O direito à vida ou, para alguns, o direito sobre a vida protege a possibilidade de autoconstrução do sujeito, sendo sua única oportunidade de se projetar, de desenvolver seu plano de existência, motivo pelo qual deve ser considerado indelegável[49].

Seguindo o pensamento de Carlos Fayt, o direito de viver é anterior a qualquer outro direito, sendo a razão da existência dos demais direitos. Sua importância se destaca por ser o fundamento da própria essência do indivíduo. É a condição necessária para o desenvolvimento de toda a atividade humana, abarcando todos os aspectos da personalidade jurídica[50].

Essa diferença entre direito à vida e direito sobre a vida é muito importante. Para melhor elucidar esta distinção, traz-se à baila os ensinamentos de Rachel Sztajn:

> Quem diz direito à vida, de que cada pessoa é titular, reconhece a existência de uma relação subjacente entre um sujeito e um determinado bem, bem esse cuja indisponibilidade é absoluta. O bem vida não está ligado ao titular para outro fim que o de gozo, por isso acabar com a própria vida é admissível. Quem trata do direito sobre a vida entende que a indisponibilidade desse direito afeta terceiros, não, porém, o titular[51].

A convivência em sociedade faz com que se conceba o direito à vida como algo inalienável, de modo a não se reconhecer a disposição da própria vida como direito individual, sendo este mesmo direito conferido à coletividade. Aliás, prevalece o entendimento de que a vida é bem inviolável, sendo direito absoluto sua preservação[52].

Thomas Hobbes, um dos sustentáculos da escola jusnaturalista, traz outra visão quanto à disponibilidade do direito à vida, permitindo a mesma com relação ao próprio sujeito, mas afirmando que o ser humano não tem direito sobre a vida de um semelhante[53].

Na visão de Mariano G. Morelli, ainda que seja possível a visualização de alguma diferença acidental entre os seres humanos, como a diferença de idade, nacionalidade, sexo, capacitação e, em alguma medida, saúde, e que em razão destas diferenças possa haver alguma diferenciação no que tange ao reconhecimento de certos direitos, tal graduação não seria possível quando o assunto é direitos fundamentais,

---

[49] BAVIO, Paula Severino. Anencefalia. In: GARAY, Oscar E. (org.). **Derechos Fundamentales de los Pacientes**. Buenos Aires: Ad-Hoc Villela Editor, 2003. p. 131.
[50] FAYT, Carlos S. **Los derechos humanos y el poder mediático, político y económico.** Su mundialización em el siglo XXI. Buenos Aires: La Ley, 2011. p. 106-108.
[51] SZTAJN, Rachel. **Parecer** CoBi 1999 – Assunto: eutanásia e meios extraordinários de prolongamento da vida. In: COHEN, Claudio; GARCIA, Maria (orgs.). **Questões de bioética clínica**: Pareceres da Comissão de Bioética do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 148.
[52] Idem, p. 149.
[53] Idem, p. 149.

sobretudo o direito à vida, que é pressuposto da aquisição e gozo de todos os demais direitos. Dessa feita, não é possível negar a um anencéfalo a personalidade que se reconhece a um indivíduo que se encontra em coma, em estado vegetativo permanente ou transitório[54].

Impende salientar que a Carta Magna de nossa República Federativa não faz qualquer distinção entre a vida intrauterina e extrauterina, como o faz a legislação infraconstitucional. Logo, não há que se afirmar de plano uma graduação de valores entre estes estágios de desenvolvimento do ser humano, sendo a vida protegida em sua integralidade. Desse modo, a proteção à vida independe da etapa de evolução embrionária, sendo conferida a todos de forma isonômica.

Maria Regina Trippo Kimura afirma que a proteção dedicada à vida abraça todas as formas de manifestação da existência humana com possibilidade de nascimento, formação e desenvolvimento[55]. Esse posicionamento muito nos interessa, na medida em que ela coloca o potencial de formação e desenvolvimento como indicadores da proteção à vida, o que remete à indagação acerca das condições do anencéfalo.

Diante desse conceito de vida poderíamos afirmar que o anencéfalo jamais vai possuir uma capacidade para existir, entendendo-se a existência como a capacidade de se autoconstruir, de se conceder um destino, um plano pessoal, já que para tanto seria necessário o desenvolvimento de uma autoconsciência, o que jamais poderá ser alcançado por aquele que padece de anencefalia[56].

O anencéfalo é incapaz de gerar uma história pessoal de vida, mesmo dentro do útero de sua mãe, de maneira que a ausência de consciência o impede de relacionar-se com aquela que o gera. Ele não possui a forma embrionária e primitiva de sua evolução gestacional, carecendo das potencialidades que caracterizam e justificam uma proteção àquela vida humana que está se formando. Melhor dizendo, o anencéfalo não é ato, nem potência[57].

Contudo, imperioso destacar que a vida é reconhecida a seres que não são dotados de uma racionalidade, os quais provavelmente não compreendem o entorno que os

---

[54] MORELLI, Mariano G.. Derechos humanos y argumentaciones en el caso de la anencefalia. Consideraciones jurídico-filosóficas con referencia a um caso judicial. Bioetica y Bioderecho, n. 6, pp. 23-49, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001. Disponível em: http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/byb/article/view/259/167. Acesso em: 23 set. 2010.

[55] KIMURA, Maria Regina Trippo. **As técnicas biomédicas** – A vida embrionária e o patrimônio genético humano – À luz da regra da proporcionalidade penal. 2006, 324 p. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006.

[56] BAVIO, Paula Severino. Op. cit., p. 132.

[57] Idem, p. 132.

cerca, tampouco possuem um plano de desenvolvimento e formação que seja elementar na atribuição de vida.

Dessa feita, o critério da existência de vida não pode ser confundido com o atributo da racionalidade, este sim específico da raça humana. Aliás, algumas anomalias retiram do sujeito a capacidade de compreensão e autodeterminação, o que não retira a vida que lhes garante a existência e que é fundamento para a interdição de tais sujeitos.

O Código Civil consagra em seu artigo 1.767 as hipóteses de curatela, destacando em seu inciso I "aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil", em seu inciso II "aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade" e no inciso IV "os excepcionais sem completo desenvolvimento mental".

A própria legislação consagra, então, graus de racionalidade e, até mesmo, a hipótese de ausência desta sem, contudo, determinar a morte daqueles que se encontrem em tal situação.

Reforçando os argumentos no sentido de que o direito à vida independe das condições mentais do indivíduo temos o pensamento de Eduardo Sambrizzi, o qual entende que o direito à vida deve ser reconhecido em favor de todas as pessoas, e não apenas em relação àquelas que podem fazer valer suas vontades de forma autônoma ou que poderão fazê-lo no futuro. Aquelas pessoas que não possuem consciência de si mesmas, as que carecem de raciocínio ou de outras faculdades humanas também são titulares do direito à vida pelo fato exclusivo de possuírem um processo vital, independentemente de ser este processo viável ou se este ser vai possuir alguma autonomia vital no futuro[58].

Cabe ressaltar que existe sempre algum interesse da coletividade na preservação da vida, o qual deve ser observado por todos. Tanto isso é verdade que o suicídio não seria punido penalmente, mas configuraria um ato contrário ao direito, configurador de um ilícito.

Destaca-se que, da mesma forma que não existe um dono da vida, também não há que se falar em dono da morte, de maneira que não se deve prolongar a vida de outrem, postergando sua morte à custa de sofrimento e à base de meios extraordinários para mantê-la, quando a qualidade de existência daquele ser já estiver comprometida de forma irremediável[59]. Ou seja, restando ao paciente apenas algumas poucas funções vitais não se deve prolongar de maneira artificial algo que se sabe irreversível.

---

[58] SAMBRIZZI, Eduardo A. **Derecho y eugenesia**. Buenos Aires: Educa, 2004. p. 153.
[59] SZTAJN, Rachel. Op. cit., p. 150.

Podem ser considerados como meios extraordinários de manutenção artificial da vida aqueles procedimentos terapêuticos que configuram medidas paliativas e não curativas, prolongando a vida do paciente sem quaisquer benefícios maiores a ele[60].

Todo esse raciocínio leva à seguinte indagação: poderia ser considerada vida a manutenção de certas funções vitais sem que, em contrapartida, se verifique uma relação estabelecida entre o paciente e o mundo ao seu redor?

A resposta a esta pergunta remete à constatação de que o direito de morrer não existe de forma expressa em nosso ordenamento pátrio, da mesma forma que ele não é reconhecido em outras tantas legislações alienígenas, constatação essa confirmada por Dolan com relação ao direito inglês. Em complementação a este mesmo pensamento verificamos que, no direito brasileiro, não existe o dever de manter-se vivo em qualquer circunstância. No entanto, não é difícil encontrar no sistema jurídico princípios que fundamentem a possibilidade de uma colaboração com o término da vida, podendo citar, dentre eles, o princípio da dignidade da pessoa humana, do consenso etc[61].

Ter negado o respeito à vontade livremente declarada é um atentado à dignidade de que todo ser humano é titular, podendo configurar, até mesmo, uma lesão a sua honra.

Nos termos do Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal Brasileiro, o art. 121, § 4.º, do CP passará a prever como causa de exclusão da ilicitude a ortotanásia, dispondo o que segue:

> § 4.º Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente, ou na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão".

A legislação penal brasileira não prevê de forma expressa um direito de morrer, mas encontramos alguns diplomas legais que procuram alargar o campo de autonomia da vontade do paciente referente a este estágio final do desenvolvimento biológico do ser humano. Assim é o conteúdo da Lei 10.241, de 17 de março de 1999, do Estado de São Paulo, a qual fornece um amparo legal aos profissionais da medicina para que a morte de um paciente seja permitida. O art. 2.º, XXIII e XXIV[62], positiva a faculdade que é dada ao

---

[60] Idem, p. 154.
[61] Idem, p. 150 e 152.
[62] Lei 10.241/1999: "Artigo 2.º São direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo: (...) XXIII – recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida; (...) XXIV – optar pelo local de morte".

paciente de recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para prolongar sua vida, bem como permite a escolha do local de sua morte.

Referida lei estadual é conhecida pelo nome de Lei Mário Covas, não apenas pelo fato de ter sido este o governador em exercício quando de sua promulgação, mas especialmente pelo fato de que sua aprovação foi motivada pelo diagnóstico de câncer neste político, que optou por morrer junto aos seus familiares.

Essa possibilidade de recusa a tratamentos dolorosos seria o amparo legal dado pelo Estado de São Paulo ao direito de morrer segundo alguns autores como Rachel Sztajn[63].

O Conselho Federal de Medicina, seguindo este entendimento, publicou em 28 de novembro de 2006 a Resolução 1.805/2006, a qual dispõe:

> Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.
>
> § 1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.
>
> § 2º A decisão referida no caput deve ser fundamentada e registrada no prontuário.
>
> § 3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.
>
> Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar.

Outrossim, não há como olvidar que o direito à vida remete também ao direito à saúde, o qual constitui um direito fundamental. Sua previsão remonta ao brocardo *mens sana in corpore sano*, trecho referente à Sátira X do poeta romano Juvenal.

A Organização Mundial da Saúde, a partir do século XX, então, passou a estabelecer no preâmbulo de sua Constituição que "gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem

[63] SZTAJN, Rachel. Op. cit., p. 153.

distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social"[64]. Consta neste mesmo diploma legal uma definição de saúde que deve ser transcrita: é o "estado de completo bem-estar físico, mental e social e não consistindo somente da ausência de uma doença ou enfermidade"[65].

Segundo Eduardo Luis Tinant, o termo "saúde" compreende as atitudes físicas, psíquicas e morais, permitindo ao homem o seu desenvolvimento como tal. Dessa feita, em sua visão, o direito humano à saúde expressa hoje um conceito mais extenso, correspondendo ao direito a uma melhor qualidade de vida[66].

Seguindo os rumos desta evolução, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a positivar o direito à saúde como direito fundamental em seu art. 196, nos seguintes termos:

> A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Nas preclaras palavras de César Luiz Pasold, "o direito à saúde é um dos direitos fundamentais cujo reconhecimento a nível de [*sic*] norma positivada nem sempre se faz"[67].

Seria a saúde, assim, uma dimensão positiva dos direitos fundamentais do cidadão, ou seja, pode ele exigir a prestação desse direito de qualquer dos entes políticos, na medida em que a responsabilidade deles nesta prestação é solidária. Logo, a todos é reconhecida a possibilidade de tratamentos hospitalares, ambulatoriais, enfim, todo tipo de amparo na preservação e restabelecimento das condições ideais de saúde.

O direito à vida, então, é preservado em diversas dimensões, não apenas no âmbito da legislação interna, mas também da legislação externa. Assim, vemos a consagração do direito à vida em documentos de cunho legislativos como o Pacto de San José da Costa Rica[68], a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem[69], o Pacto

---

[64] Disponível em: http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20da%20Sa%C3%BAde. Acesso em: 04 abr. 2009.

[65] A Constituição da OMS, de 07 de abril de 1948, dispõe: "Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity". Disponível em http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf. Acesso em 03/10/2011.

[66] TINANT, Eduardo Luis. **Antología para una bioética jurídica**. Buenos Aires: La Ley, 2004. p. 108 -110.

[67] PASOLD, Cesar Luiz. **Direito à saúde**. Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, n. 15, Florianópolis, dez. 1987. p. 51-55.

[68] "Art. 4: Direito à vida

Internacional de Direitos Civis e Políticos[70], a Convenção sobre os Direitos da Criança[71], a Declaração Universal de Direitos Humanos[72], entre outros documentos internacionais adotados nos sistemas regionais de direitos humanos.

No que diz respeito ao anencéfalo, o direito à saúde é bastante controverso, na medida em que ele padece de anomalia frontalmente oposta aos conceitos de saúde e, para alguns, até mesmo de vida. Logo, não haveria como restabelecer ou garantir um estado de saúde considerado em patamares ideais, já que ele jamais desfrutou de tal condição.

Resta a dúvida insofismável de como garantir saúde a um ser que nem vida se sabe ao certo possuir. Neste caso, são consentâneas com o melhor entendimento as alegações de que ao anencéfalo deve ser conferido tratamento adequado para sua condição peculiar, ou seja, manutenção de seu estado atual de saúde, o que não implica manter artificialmente uma vida inviável.

Outro assunto de relevo nesta seara é a eutanásia. A eutanásia imposta, permitida na Suécia, defere ao médico, por decisão exclusivamente sua, a opção de interromper a manutenção artificial da vida de pacientes irrecuperáveis ou de recém-nascidos que apresentem malformações irreversíveis[73].

Segundo Ives Gandra da Silva Martins, que se mostra frontalmente contra o abortamento do anencéfalo, vez que isso seria o caminho aberto para a possibilidade de eutanásia daqueles que se encontram com doenças terminais ou consideradas incuráveis[74].

---

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.
2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com a lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.
3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.
4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada a delitos políticos, nem a delitos comuns conexos com delitos políticos.
5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.
6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente."

[69] "Art. 1: Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa.

[70] "Art. 6, §1º: O direito à vida é inerente à pessoal humana. Este direito deverá ser protegido pela Leis. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida."

[71] "Art. 6.1: Os Estados Partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida"

[72] Art. 3: Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal."

[73] SZTAJN, Rachel. Op. cit., p. 150.

[74] Segundo referido autor: "Possibilita a cultura do eugenismo, no melhor estilo do nacional-socialismo, que propugnava uma raça pura, eliminando os imperfeitos ou socialmente inconvenientes. Fortalece a hipocrisia dos que defendem o aborto de seres humanos, embora considerem crime hediondo provocar o aborto em uma ursa panda ou eliminar baleias. Os animais merecem, de alguns – e tenho a certeza de que meu prezado amigo ministro Marco Aurélio não está entre eles –, mais proteção do que o ser humano, no ventre materno.

Mesmo no Congresso Nacional se encontram posições no sentido de que permitir o aborto de anencéfalo seria o mesmo que autorizar a prática de eutanásia. O representante da Frente Parlamentar em Defesa da Vida, deputado Luiz Bassuna (PT-BA), afirmou em audiência pública promovida pelo STF no dia 28 de agosto de 2008 que tal aborto estaria ligado à prática de eutanásia:

> É eliminação de uma vida que incomoda, que é cara e que é um estorvo. Marcela de Jesus [bebê diagnosticado com anencefalia que sobreviveu por um ano e oito meses] é um caso emblemático, que veio derrubar a tese de que qualquer anencéfalo sobrevive apenas por horas ou dias. Mas, hoje, se tenta desqualificar o caso por razões que não consigo entender. Ela não tinha cérebro (...). Não se deve tornar flexível o direito à vida previsto na Constituição. A ciência e os legisladores têm que trabalhar à favor da vida. Deve haver apoio psicológico e total àquela mãe que carrega, por alguns meses, um bebê acometido por uma doença grave[75].

Verifica-se que esta não é uma posição isolada dos parlamentares nacionais, vez que foi rechaçado por unanimidade o Projeto de Lei 1.135/2001, que descriminalizava a prática do aborto anencefálico.

Não há que confundir aborto de anencéfalos com eutanásia. A eutanásia consiste na supressão da vida de pessoa que apresenta uma doença cuja cura é incerta ou não, abreviando seu sofrimento com a morte. Na eutanásia, não se sabe ao certo quando o fim da vida iria chegar, nem mesmo se ele chegaria de forma natural em um breve espaço de tempo.

Por outro lado, os casos de anencefalia são de inviabilidade de longevidade da vida humana, ou seja, a morte daquele ser é algo certo em um curto espaço de tempo,

---

Enfim, a decisão do antigo presidente da suprema corte abre uma enorme avenida para os cultores da morte, os homicidas uterinos, os que pretendem transformar o ser humano em lixo hospitalar. Nos Estados Unidos, a Suprema Corte americana, no caso Dred Scott, em 1857, defendeu a escravidão e o direito de matar o escravo negro, à luz dos seguintes argumentos: 1) o negro não é uma pessoa humana e pertence a seu dono; 2) não é pessoa perante a lei, mesmo que seja tido por ser humano; 3) só adquire personalidade perante a lei ao nascer, não havendo qualquer preocupação com sua vida; 4) quem julgar a escravidão um mal, que não tenha escravos, mas não deve impor essa maneira de pensar aos outros, pois a escravidão é legal; 5) o homem tem o direito de fazer o que quiser com o que lhe pertence, inclusive com seu escravo; 6) a escravidão é melhor do que deixar o negro enfrentar o mundo. Em 1973, no caso Roe y Wae, os argumentos utilizados, naquele país, para hospedar o aborto foram os seguintes: 1) o nascituro não é pessoa e pertence à sua mãe; 2) não é pessoa perante a lei, mesmo que seja tido por ser humano; 3) só adquire personalidade ao nascer; 4) quem julgar o aborto mau, não o faça, mas não deve impor essa maneira de pensar aos outros; 5) toda mulher tem o direito de fazer o que quiser com o seu corpo; 6) é melhor o aborto, do que deixar uma criança malformada enfrentar a vida (Roberto Martins, Aborto no Direito Comparado , in A Vida dos Direitos Humanos, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999). Como se percebe, a corte americana usou os mesmos argumentos para justificar a escravidão e o aborto." (MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Supremo e o homicídio uterino. **Jornal do Brasil**, 15 jul. 2004).

[75] Disponível em: http://www.hojenoticias.com.br/direito/aborto-em-casos-de-anencefalia-esta-ligado-a-pratica-da-eutanasia-diz-deputado/. Acesso em: 21 set. 2009.

mesmo que variável. Com isso não se está a defender a possibilidade de aborto de anencéfalos, mas apenas e tão somente explicitando a diferença que existe entre este e a prática de eutanásia[76].

Como bem se afirmou, a anencefalia representa uma incompatibilidade com uma vida longa e de qualidade, sem contudo implicar na ausência de vida de seu portador.

Assim, a despeito de posições em sentido contrário, a anencefalia é uma anomalia que assola seres humanos, desenvolvida durante o período fetal, representando uma inviabilidade de vivência por longos períodos. A fragilidade da condição de saúde do anencéfalo é motivo suficiente para que esta seja tutelada com maior cautela pelo ordenamento jurídico, fortalecendo o tênue laço que une estes seres humanos à vida.

1.2.3 Princípios bioéticos

A realidade em que se vive hoje já demonstrou que o avanço biotecnológico ocorre em uma dinâmica cada vez mais veloz. No entanto, ficou constatado que a ética e o direito não são dotados de uma estrutura tão flexível a ponto de acompanhar estas evoluções, deixando o aplicador do direito e a sociedade (já que esta também está submetida ao império do ordenamento jurídico) desamparados diante do casuísmo das situações concretas.

Inegável a relativização de valores considerados outrora como absolutos, bem como a fluidez que certos valores acabam adquirindo diante da problemática trazida pelos novos tempos. É nessa esteira que nos vemos reiteradamente questionados, não apenas em nosso íntimo, mas também pela vida, sobre questões da mais alta indagação filosófica. Valores antes considerados absolutos e imutáveis, cristalinos como a água, acabam ficando turvados com a evolução das técnicas científicas e biológicas, o que pode ser mais bem visualizado com o dilema sobre o início e o término da vida.

Segundo Anastasios Moraitis: "The important influence of technological progress in law has been an undeniable fact for many years, even though the legislator often shows himself rather slow to adapt to the changing conditions and demands"[77].

---

[76] Vide Parecer-Consulta 24/2003 do CFM: "O anencéfalo (ausência de cérebro) não tem as mínimas condições de sobrevida, haja vista não possuir as estruturas neocorticais. Possui tão somente o tronco cerebral. Cumpre também salientar que esses seres não têm uma vida de relação com o mundo exterior". Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/pareceres/cfm/2003/24_2003.htm. Acesso em: 05 set. 2009.

A efetiva tutela de direitos humanos e fundamentais exige a revisão dos limites éticos, jurídicos e morais, garantindo um sistema mais dinâmico, ao qual as novas situações podem ser mais bem enquadradas.

Interessante notar que o termo "bioética", apesar de estar intrinsecamente ligado à evolução da ética médica, foi pela primeira vez utilizado nas seguintes obras: *The science of survival*, de 1970, e *Bioethics: a bridge to the future*, de 1971, ambas de autoria do americano Van Ressenlaer Potter, o qual procurou estabelecer uma definição para a criação deste novo vocábulo, entendendo a bioética como a ciência responsável pelo estudo da sobrevivência e melhoramento da vida, da ética que envolve o ambiente e da responsabilidade pelo futuro da humanidade. A bioética seria, assim, a ética relativa às intervenções feitas sobre a vida, sobre a saúde humana e sobre a integridade não apenas física, mas também psíquica de indivíduos isoladamente considerados ou em grupo, tanto no que se refere à atual geração como às gerações vindouras[78].

No que tange a este assunto da conceituação e delimitação do campo de atuação da bioética, convém transcrever a opinião de Elio Sgreccia, o qual estabelece três momentos distintos nos quais a bioética se fundamenta. Segundo ele, tais momentos devem ser analisados de forma a se complementarem. São eles:

> A bioética geral, que se preocupa com as fundações éticas, é o discurso sobre os valores e sobre os princípios originários da ética médica e sobre as fontes documentais da bioética (direito internacional, deontologia, legislação). Na prática, uma verdadeira e autêntica filosofia moral em sua parte fundamental e institucional.
>
> A bioética especial, que analisa os grandes problemas, enfrentados sempre sob o perfil geral, tanto no terreno médico quanto no terreno biológico: engenharia genética, aborto, eutanásia, experimentação clínica etc. São as grandes temáticas que constituem as colunas mestras da bioética sistemática e, obviamente, devem ser resolvidas à luz dos modelos e dos fundamentos que o sistema ético assume como fundamentais e de justificação do juízo ético. Esta, portanto, não pode deixar de se ligar às conclusões da bioética geral.
>
> A bioética clínica ou de decisão examina na situação concreta da práxis médica e do caso clínico quais são os valores em jogo e por quais caminhos corretos se pode encontrar uma linha de conduta sem modificar esses valores: a escolha ou não, de um princípio ou de uma criteriologia de avaliação condicionará a avaliação do caso, e não se pode, segundo

---

[77] MORAITIS, Anastasios. When Childbirth becomes Damage: a comparative overview of "wrongful birth" and "wrongful life" claims. **Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, ano 4, n. 8, p. 37-58, Coimbra, Coimbra Editora, jul.-dez. 2007.

[78] SCHAEFER, Fernanda. Bioética, biodireito e direitos humanos. In: MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (coord.). **Biodireito em discussão**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 31-52.

> penso, separar a bioética clínica da geral, ainda que se reconheça que os casos concretos apresentem sempre ou quase sempre uma pluralidade de aspectos a avaliar[79].

A bioética encampa a função de harmonizar o uso das ciências biomédicas e suas tecnologias com os direitos do homem. Esta ciência foi o ponto final no paternalismo que por muito tempo regeu a relação médico-paciente, de sorte que o médico era considerado mais apto a decidir o que seria melhor para o paciente, não apenas em virtude de seus conhecimentos técnicos, mas também devido ao fato de a patologia não permitir que o paciente tomasse decisões acertadas[80].

A bioética, da mesma forma que as demais ciências jurídicas, orienta-se por alguns princípios basilares, sem os quais cairiam por terra seus estudos e conclusões. São eles o respeito à vida e à dignidade da pessoa humana, a responsabilidade, a solidariedade e o respeito à autodeterminação do indivíduo. Tais princípios basilares constroem toda a pilastra que dá sustentação à intervenção do homem sobre a vida humana.

A base principiológica da bioética encontra respaldo não apenas na consciência geral dos povos, mas também em um documento escrito conhecido como Informe Belmont de 1978. Quem elaborou este Informe foi uma comissão americana designada justamente para este fim, a qual concluiu que três deveriam ser os princípios paradigmas da bioética, que ficaram conhecidos como trindade bioética: autonomia das pessoas, beneficência e justiça. Algum tempo depois se acrescentou um quarto princípio a esta trindade: o da não maleficência[81].

Referidos princípios devem orientar a construção do biodireito, mas isso não significa que a atuação legislativa está limitada pela sua observância. O jurídico e o legal não se vinculam de maneira absoluta a estes parâmetros, que como bem diz o nome, devem ser apenas um norte a ser seguido.

Heloísa Helena Barboza, citando Lavaialle, coloca que não se deve permitir que o jurídico fique ao bel prazer dos progressos científicos, passando a fornecer definições adaptadas às mudanças sociais que a pesquisa nesta seara acaba por influenciar o conceito de vida. Permitir isso seria reduzir o Direito a uma função puramente instrumental, isento de referências a quaisquer valores. Assim, dada a natureza científica do Direito, repleta de princípios, métodos e formulações que lhe são próprios, não bastaria ao Direito adaptar

---

[79] SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética.** I – Fundamentos e ética biomédica. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002. p. 46.
[80] LABOMBARDA, Pablo Martín. Op. cit., p. 57-58.
[81] SCHAEFER, Fernanda. Op. cit, p. 38-39.

categorias existentes ou estabelecer novas regras com o intuito de apreender as novas técnicas e relações interpessoais que surgem a partir delas. Não se deve permitir que o Direito fique a "reboque" da ciência[82].

Como já restou exposto anteriormente, a bioética por si só não é capaz de impor condutas nem conferir direitos no campo de proteção do ordenamento jurídico. Em razão disso, resta evidenciada a importância que o biodireito passa a assumir diante dessa nova perspectiva tecnológica e científica.

Dessa forma, biodireito pode ser conceituado como "ramo do Direito que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas reguladoras da conduta humana face aos avanços da biologia, biotecnologia e da medinica"[83].

O biodireito seria, então, o instrumento capaz de conferir a força coercitiva que a bioética por si só não detém. Por outro lado, a bioética confere elementos de reflexão e bases de fundamentação para a atuação do biodireito, permitindo um íntimo relacionamento entre o ideal e o possível.

Simone Born de Oliveira explicita a inter-relação que existe entre bioética e biodireito, colocando que entre eles deve haver um denominador comum em torno do qual ambos devem se unir, sendo tal denominador a "perfeita sincronia entre o ser com o dever ser e o poder fazer. Caberá à Bioética buscar respostas às perguntas, e ao Direito, traduzir estas mesmas respostas em normas jurídicas, visando ao equilíbrio das condutas indesejadas pela coletividade"[84].

Os direitos humanos e fundamentais acabam por desempenhar papel de grande relevo diante desta evolução biomédica, de modo que sua instrumentalização é medida de urgência como meio de fazer frente ao poderio econômico dos grandes laboratórios de pesquisa científica e indústria farmacêutica.

O respeito à dignidade da pessoa humana, como princípio, exerce função primordial dentro deste contexto, já que ela é o fundamento último de toda atuação humana e social. O avanço tecnológico e científico é essencial para a evolução da sociedade, mas não pode ele desrespeitar fundamentos éticos, morais e, sobretudo, estruturantes de uma vida em sociedade sob pena de fulminar a própria existência do Estado. A dignidade da

---

[82] BARBOZA, Heloísa Helena. Princípios da bioética e do biodireito. **Revista de Bioética**, n. 2, p. 209-216, v. 8, Brasília, Conselho Federal de Medicina, 2000.
[83] ARNAUD, A. J. (coord.). **Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 69-73.
[84] OLIVEIRA, Simone Born. **Da bioética ao biodireito – manipulação genética & dignidade humana**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 67.

pessoa humana é um dos princípios basilares da República Federativa do Brasil, não se permitindo sua violação.

Diante da relevância que a dignidade da pessoa humana apresenta para o sistema jurídico e social, convém transcrever as palavras de Canotilho sobre sua dimensão:

> 1. Afirmação da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável de sua individualidade autonomamente responsável.
> 2. Garantia da identidade e integridade da pessoa através do livre desenvolvimento da personalidade.
>
> 3. Liberação da 'angústia da existência' da pessoa, mediante mecanismos de sociabilidade, dentre os quais se incluem a possibilidade de trabalho e garantia de condições de existência mínimas.
>
> 4. Garantia e defesa da autonomia individual, através da vinculação dos poderes públicos e conteúdos, formas e procedimentos do Estado de Direito.
>
> 5. Igualdade dos cidadãos, expressa na mesma dignidade social e na igualdade de tratamento normativo[85].

Dentro do campo da bioética convém ressaltar a importância dada ao consentimento, o qual sai da relação estritamente patrimonial e passa a integrar a relação médico-paciente como elemento fundamental.

No exato instante em que o homem passou a ser reconhecido pelo ordenamento jurídico por sua dignidade e liberdade, outros direitos passaram a ser-lhe assegurados, contemplando-se o reconhecimento de direitos que são inerentes à condição de ser humano. É justamente dentro desta perspectiva não patrimonial de interferência na vida humana que temos questões tão debatidas como a relação do ser humano com seu próprio corpo[86].

Corroborando a afirmação feita acima, verifica-se que o Primeiro Código de Ética, elaborado por Thomas Percival em 1803, não mencionou em qualquer momento de seu texto a liberdade do paciente, situação reiterada no Código de Ética da Associação Médica Americana, elaborado 44 anos depois (1847). Segundo este último diploma não haveria qualquer outro Tribunal que não a consciência do médico, o que deixa bem claro a primazia da avaliação médica sobre qualquer autonomia do paciente.

---

[85] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1996. p. 363.
[86] BARBOZA, Heloísa Helena. A autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil. **Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, ano 1, n. 2, p. 6, Coimbra, Coimbra Editora, jul.-dez. 2004.

Felizmente, esta situação foi sendo aos poucos alterada, de modo que verificamos hoje, na última versão do Código de Ética da Associação Médica Americana, que data de 1957, uma preocupação com a dignidade e com os direitos do paciente, restando consignado nesta que o objetivo do médico é o de prestar serviço à humanidade, dedicando respeito absoluto à dignidade e aos direitos dos pacientes[87].

A decisão informada do paciente passou a ser pilar da bioética, na medida em que se constatou que certos danos não poderiam ser evitados, mas tais danos possíveis ou certos deveriam ser de conhecimento do paciente[88].

Dentre os princípios da bioética dois são elevados à categoria de fundamentais: o princípio da beneficência e o da autonomia da vontade. Este último busca o respeito às decisões e atos de cada indivíduo, ingressando no campo da informação e do consentimento do paciente quando diante de qualquer intervenção médica.

Ambos os princípios possuem um objetivo comum, qual a seja a busca do melhor interesse do paciente. Contudo, eles diferem no que diz respeito ao ponto de vista de cada qual, de forma que o princípio da autonomia busca o melhor interesse sob o ponto de vista do paciente, enquanto o princípio da beneficência se orienta pelo ponto de vista do médico[89].

A beneficência pode ser entendida como a reunião de alguns preceitos, quais sejam: i) não causar danos; ii) extremar os possíveis benefícios e iii) diminuir os possíveis riscos. Dessa forma, a obrigação moral que dela resulta determina certas obrigações, como: i) proteger e defender os direitos de outros; ii) prevenir para que não ocorram danos a terceiros; iii) suprimir as condições que possam causar prejuízos a terceiros; iv) ajudar as pessoas não capacitadas e v) resgatar as pessoas em perigo[90].

É de se ressaltar que os princípios éticos da beneficência, da não maleficência, da autonomia e da justiça, que se aplicam ao biodireito, recebem por alguns doutrinadores uma ordem de prevalência em caso de conflito. Dessa feita, os dois primeiros devem receber uma preferência em relação aos dois últimos, de forma que na maior parte das vezes se prefere a aplicação da beneficência sobre a não maleficência, mas isso pode

---

[87] COSTA, Sérgio; DINIZ, Débora. **Bioética**: ensaios. Brasília: SIF, 2001. p. 38.
[88] KOTTOW, Miguel H. **Introducción a la bioética**. 2. ed. Santiago: Mediterráneo, 2005. p. 91.
[89] BARBOZA, Heloísa Helena. **A autonomia da vontade** ... cit., p. 9.
[90] LABOMBARDA, Pablo Martín. Op. cit., p. 58-59.

mudar na casuística. Já em relação à autonomia e à justiça, deve aquela preponderar sobre esta, sendo a autonomia considerada logo após os dois primeiros princípios[91].

Convém mencionar que nem todos concordam com esta ideia, em especial aqueles que atuam em outros ramos que não o das ciências médicas, como é o caso da jurista Daisy Gogliano, segundo quem "o que se impõe é que todo ato médico tenha por fim único e exclusivo preservar a integridade e a saúde, em suma, preservar o direito à vida, que se insere na finalidade da própria Medicina'[92].

Fato incontroverso é que esses princípios recebem cada dia mais importância em nosso cotidiano. Exemplos disso são os diagnósticos pré-natais e as formas de planejamento e aconselhamento familiar.

Pode-se afirmar que o planejamento familiar na atualidade é, de certa forma, dependente das modernas técnicas de diagnóstico e do aconselhamento genético. Tais avanços possibilitaram aos pais uma atuação preventiva quanto ao nascimento de uma prole com eventuais problemas congênitos. Assim, hoje em dia é possível que o casal já saiba de antemão quais as probabilidades de conceberem uma criança com problemas genéticos ou, até mesmo, constatar logo no limiar de uma recém-descoberta gestação problemas apresentados pelo feto[93].

Diante de todo o exposto, segundo pensamento de Pablo Martín Labombarda, os princípios bioéticos são responsáveis por três regras que informam esta ciência: i) regra da confidencialidade, segundo a qual as declarações e revelações feitas pelo paciente ao seu médico só podem superar este âmbito se houver uma justa causa; ii) regra da verdade: obrigação do médico de fazer conhecer a verdade sobre uma determinada doença; e iii) regra do consentimento informado, que se resume na garantia de plena aceitação pelo paciente do tratamento indicado[94].

A regra do consentimento informado aplica-se ao negócio jurídico subjacente às relações médicas, sendo certo que sua presença está diretamente relacionada à responsabilidade civil que orienta a apuração de danos e de riscos.

A situação do anencéfalo enseja a aplicação efetiva de princípios bioéticos, sobretudo os princípios da beneficência e da não maleficência. O princípio da autonomia

---

[91] PIVA, Jefferson Pedro; CARVALHO, Paulo R. Antonacci. Considerações éticas nos cuidados médicos do paciente terminal. **Bioética**, n. 2, p. 129-138, v. 1, Brasilia, 1993.
[92] GOGLIANO, Daisy. Pacientes terminais – morte encefálica. **Bioética**, n. 2, p. 145-156, v. 1, Brasília, 1993.
[93] MORAITIS, Anastasios. Op. cit., p. 37.
[94] LABOMBARDA, Pablo Martín. Op. cit., p. 62.

da vontade, espelho do consentimento informado do paciente, não é aplicado ao anencéfalo, mas pode ser dedicado à gestante que o carrega em seu ventre.

A ausência de uma atividade encefálica compatível com o nível humano de racionalidade impede que o princípio da autonomia da vontade seja aplicado ao anencéfalo, vez que qualquer autonomia enseja compreensão e decisão, aspectos incompatíveis com a condição apresentada por esta anomalia.

Por outro lado, a aplicação do princípio da beneficência enseja uma postura médica incompatível com a desqualificação do anencéfalo enquanto ser humano vivo, vez que este princípio bioético tem por base evitar outros danos ao sujeito já debilitado pela anomalia, extremar os possíveis benefícios que o recém nascido pode experimentar e diminuir os possíveis riscos da natural evolução desta malformação.

O princípio da não maleficência, por sua vez, implica não inflingir um dano intencional ao paciente, derivando da máxima primum non nocere. Tanto este princípio como o da beneficiência estão presentes no Juramento Hipocrático, no qual o recém-formado médico invoca os seguintes termos: "Usarei meu poder para ajudar os doentes com o melhor de minha habilidade e julgamento; abster-me-ei de causar danos ou de enganar a qualquer homem com ele"[95].

Dessa feita, a despeito de a anencefalia ser uma malformação com intercorrências graves, é imperioso que o profissional da medicina não inflinja um dano intencional ao seu portador, sendo certo que sua natureza já o condenou com danos suficientes para levá-lo a óbito.

Dessa feita, pelos princípios bioéticos, em especial pelo da justiça, a condição dos portadores de anencefalia deve ser tratada com especial cuidado, providenciando-se medidas para o não agravamento de sua condição de saúde, bem como ministrando meios adequados para que sua agonia seja minimizada ao máximo.

A boética impõe, assim, bases sólidas na relação médico-paciente, as quais devem ser aplicadas a qualquer espécie de diagnóstico, sobretudo naqueles em que a vida encontra-se presente por um átimo, atestada a certeza de seu breve fim.

---

[95] BEAUCHAMP TL, Childress JF. **Principles of biomedical ethics**. 4. ed. New York: OUP, 1994. p. 189.

1.2.4 Princípio da proporcionalidade

Primeiramente há que se destacar a discussão existente entre a proporcionalidade e razoabilidade, havendo quem identifique ambos como sinônimos, enquanto outros ressaltam diferenças entre eles.

O princípio da razoabilidade é de origem norte-americana. Ele surge como dever de congruência entre o critério escolhido e a medida a ser adotada.

Já o princípio da proporcionalidade, de origem alemã, seria a adoção de meios necessários, adequados e proporcionais para perseguir a finalidade almejada. Existiria uma relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que o primeiro seja adequado para concretização do segundo. Seria uma adequação dos meios usados aos fins perseguidos.

Contudo, há que se ressaltar que a doutrina majoritária não faz qualquer diferenciação entre tais princípios. Aliás, coloca-se que dentro do princípio da razoabilidade (também denominado de proporcionalidade), estariam englobados os seguintes princípios: i) adequação do meio ao fim; ii) necessidade; iii) proporcionalidade em sentido estrito (vantagens promovidas devem ser superiores às desvantagens advindas).

Partiremos, então, da premissa de que ambos são sinônimos, adotando a doutrina majoritária, acompanhada pelo Supremo Tribunal Federal[96].

O princípio da proporcionalidade, assim, não se encontra positivado de forma expressa em nossa Carta Magna, sendo uma decorrência do devido processo legal.

A resolução de conflitos principiológicos e valorativos tem base na ponderação, ou seja, na relação de preferência, devendo haver sua aplicação na medida do possível. Logo, diante do panorama social, cultural, econômico e político, cabe ao exegeta ponderar a solução mais razoável para o caso concreto, que se descortina aos olhos do jurista. Por óbvio que esta análise não deve afastar as normas jurídicas por completo, mas, na verdade, escolher, dentre as existentes, a que melhor se amolda à situação fática apresentada.

A ponderação feita com fulcro na concretude de uma dada situação permite que os contornos de cada realidade sejam reconhecidos como fundamentais para se chegar a uma solução justa, o que não poderia ser feito com uma interpretação meramente textual dos dispositivos legais.

---

[96] Nos precedentes do RE 192.568-PI, RE 211043-SP e ADIMC-1976/DF o STF utiliza o princípio da razoabilidade como sinônimo do princípio da proporcionalidade.

Segundo o dicionário Houaiss, proporcionalidade deriva de proporção, que é a medida justa, a justa relação entre coisas. Etimologicamente originada no latim (*proportionalitas*), a proporcionalidade tem por intuito impedir que resultados injustos ou desproporcionais se verifiquem. Dessa feita, um determinado valor, mesmo que consagrado constitucionalmente, deve ceder diante de outro direito fundamental mais valorado pelo hermeneuta em face do caso concreto.

Sendo assim, a proporcionalidade vem reforçar a ideia de que não existem direitos absolutos. O conflito entre princípios ou direitos exige uma análise valorativa, que só poderá ser feita tomando por base os contornos e elementos trazidos pelo caso concreto. A escolha entre um ou outro direito ou norma irá se pautar nesta ponderação, a qual traz em si uma forte carga de equidade, o que concretiza o valor máximo da Justiça no meio social.

A situação do anencéfalo é emblemática na aplicação do princípio da proporcionalidade, sendo certo que a ausência de respostas legislativas permite ao exegeta socorrer-se das bases principiológicas do ordenamento, sendo o pilar da proporcionalidade a fundação que sustenta toda discussão sobre os direitos do anencéfalo, sobretudo quando analisados em face dos direitos resguardados à gestante que o carrega no ventre.

Desta forma, a proporcionalidade orienta a discussão acerca da existência de personalidade jurídica nos portadores de anencefalia, ponderando direitos correlatos ou antagônicos, de modo que a valoração subjacente a cada qual determinará qual deverá prevalecer no caso concreto.

2

DIREITOS DA PERSONALIDADE

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A análise da evolução tecnológica e do papel do Direito frente às rápidas mudanças deixa claro que o papel da ciência jurídica não é mais aquele de ciência neutra e cientificista, devendo se comprometer com as demais áreas de conhecimento do ser humano, bem como com os valores éticos da humanidade.

Contudo, para que este desiderato seja possível, nas palavras de Gisele Echterhoff:

> (...) se torna cogente a redimensão de diversos institutos jurídicos (sujeito de direitos, pessoa, personalidade, paternidade, entre tantos outros) com o escopo de possibilitar a análise deste progresso biotecnológico e a necessária tentativa de resposta àquela indagação: como compatibilizar este progresso com os valores ético-jurídicos indispensáveis para a conservação das futuras gerações[97].

Ricardo Luis Lorenzetti pontua este descompasso entre o avanço da sociedade e a regulação de novas situações surgidas neste contexto:

> Durante a vida da pessoa, o Direito Privado ocupou-se tradicionalmente de regular o que ela dá à sociedade, como produtora de bens. Contrariamente, agora preocupa o que ela recebe da sociedade, como receptor de bens e serviços, e protegendo suas decisões pessoais. Quando estas decisões atingem o próprio corpo ou a vida surgem problemas de grande complexidade para definir os limites[98].

Nesse sentido, os direitos relacionados à liberdade, à igualdade, à fraternidade e à dignidade da pessoa humana são os responsáveis pela proteção conferida ao ser humano em todas as suas dimensões. Os primeiros se orientam pela proteção da individualidade do homem, de sua concepção como ser político. Os direitos de igualdade partem da ideia de ser social, protegendo o ser humano como tal. Os direitos de fraternidade, por sua vez, abrigam o homem como ser pertencente à humanidade.

---

[97] ECHTERHOFF, Gisele. O princípio da dignidade da pessoa humana e a biotecnologia. In: MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (coord.). **Biodireito em discussão**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 75.
[98] LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Ed. RT, 1998. p. 468.

A dignidade da pessoa humana, nesse esteio, conforma o elemento basilar de todos os demais direitos, sendo este o motivo das palavras de Charles Malik, relator da comissão de Direitos Humanos da ONU, quando da redação da Declaração de Direitos Humanos:

> A expressão direitos do homem refere-se obviamente ao homem e, como direitos, só se pode designar aquilo que pertence à essência do homem, que não é puramente acidental, que não surge e desaparece com a mudança dos tempos, da moda, do estilo ou do sistema; deve ser algo que pertença ao homem como tal [99].

Ressalte-se que a dignidade da pessoa humana, segundo os dizeres de Alexandre de Moraes:

> (...) concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerentes às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos[100].

Os direitos da personalidade, assim, são a consagração da proteção à pessoa humana como ser dotado de dignidade. É esse o pensamento de Tomás de Aquino, segundo quem: "(a) Pessoa significa o que há de mais perfeito em toda a natureza (...). (o) termo pessoa veio a designar aqueles que estavam constituídos em dignidade"[101].

Adriano de Cupis escreve:

> (...) o direito não pode existir senão a favor de determinado sujeito, mas a este não é vedado fazer cessar a sua existência. (...) Os direitos de personalidade são, assim, direitos que devem necessariamente permanecer na esfera do próprio titular, e o vínculo que a ele os liga atinge a máximo de intensidade. Na sua maior parte, respeitam ao sujeito pelo simples e único facto da sua qualidade de pessoa, adquirida e com o

---

[99] LIMA, Carolina Alves de Souza Lima. **Aborto e anencefalia** – direitos fundamentais em colisão. Curitiba: Juruá, 2008. p. 22.
[100] MORAIS, Alexandre. *Direito* **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 16.
[101] AQUINO, Tomás de. **Summa Theologiae**. Citt. S. Th., I, q. 29, a. 3.

> nascimento, continuando todos a ser-lhe inerentes durante toda a vida, mesmo contra a sua vontade, que não tem eficácia jurídica[102].

O sentido etimológico da palavra "pessoa" está ligado às peças teatrais realizadas pelos romanos, remontando ao termo *personare*, que significa fazer ressoar, ou seja, permitir que a voz seja amplificada pelo uso de máscaras desenvolvidas com este fim (possuíam uma abertura com lâminas que possibilitavam isso). Essa origem da palavra nos remonta também à idea de papéis, de forma que usar uma máscara é assumir um papel diante de um contexto fático produzido pelas circunstâncias que nos circundam.

Impende transcrever as palavras de Erving Goffman:

> Representar a concepção que formamos de nós mesmos – o papel que esforçamo-nos para desempenhar – essa máscara é nosso mais verdadeiro eu, o eu que gostaríamos de ser (...). Viemos ao mundo como indivíduos, alcançamos caráter, e tornamo-nos pessoas[103].

Interessante notar que o Direito Romano, diferente da posição adotada hoje, via a pessoa não em sua individualidade, mas como uma parte do conjunto social. Assim, não se valorizava a individualidade do sujeito, de forma a considerar o indivíduo a partir e em conformidade com seu *status* social. Aliás, era justamente este *status* o elemento usado para se aferir a capacidade do indivíduo.

Pela posição que uma dada pessoa ocupava dentro do seio social seu *status* poderia ser aferido de diversas formas, sendo deste entendimento que deriva o *status libertatis*, *status familiae* e o *status personae*.

A expressão *persona*, então, era usada para se referir ao ser humano livre ou escravo e não para designar o titular de direitos. Elimar Szaniawski explica que diferentemente do que grande parte dos doutrinadores afirma, o escravo não era considerado coisa para os romanos (objeto de direitos), mas sim um ser humano que perdeu sua liberdade[104].

Segue o referido autor fundamentando sua posição em Gaio, 1,9; 1,120 e 4,135; no Digesto, 30,86,2 – Ulpiano; 50,16,215 – Paulo; e 50,17,22 – Ulpiano, colocando que ao lado da palavra *persona*, significando ser humano, empregava-se o termo *caput*, que se

---

[102] DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Trad. Adriano Vera Jardim e Antônio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Morais, 1961. p. 48.
[103] GOFFMAN, Erving. **The presentation of the self in everiday life**. New York: Doubleday, 1959. p. 19-20.
[104] SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos* Direitos da personalidade na Antiga Roma. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, p. 34, v. 3, São Paulo, jan.-fev. 1988.

referia à existência do direito subjetivo, que poderia ser em maior ou menor graduação. *Caput* não significava capacidade, de maneira que sequer havia um termo específico entre os habitantes da região do Lácio para se referir a tal instituto. *Caput* significava, na verdade, mais um ser dentro do contexto social, de modo que a personalidade não decorria da lei nem lhe servia de sustentação, da mesma forma que a lei não era o fundamento de justificação do *caput*[105].

Moreira Alves, por sua vez, acrescenta que a aquisição da personalidade no direito romano exigia duas qualidades: i) a liberdade (*status libertatis*) e ii) o *status* de cidadão romano; enquanto a aquisição da capacidade plena era deferida apenas ao *pater familias*[106].

Dessa forma, para ser considerado pessoa, dentro da sistemática adotada pelo Direito Romano, era necessário possuir alguma função ou algum direito no grupo, independentemente de ser ele um *peregrinus*, *sui iuris*, *alieni iuris*, *líber* ou *servus*.

Apesar de não receber o tratamento que é dispensado nos dias atuais à pessoa humana, a ideia de *persona* do Direito Romano recebia uma certa proteção dentro do sistema jurídico, servindo de exemplo a *actio iniurarium*, que tinha como escopo proteger a vida e a integridade física do sujeito. Mais tarde, esta mesma ação acabou sendo usada para amparar também a honra e a liberdade[107].

Quando analisamos a experiência grega, por sua vez, segundo Capelo de Souza, "o homem passou a ser tido como origem e finalidade da lei e do direito, ganhando, por

---

[105] Idem, p. 34.

[106] ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 1, p. 98.

[107] A este respeito, importante transcrever os editos D.47.10.11.1 ("La acción de injurias es conforme a lo bueno y equitativo, y se extinguirá por la disimulación; porque si alguno hubiere abandonado la injuria, esto es, si inmediatamente que la sufrió no la hubiere gravado en su ánimo, después no podrá en virtud de arrepentimiento volver a hablar de la injuria perdonada. Luego, según esto, la equidad de la acción parece que extingue todo temor a la misma, siempre que alguno va contra lo equitativo. Por consiguiente, no subsistirá la acción de injurias, ya si medió pacto sobre la injuria, ya si se transigió, ya si se hubiere exigido juramento"), D.47.10.15.16 ("Debemos entender por acompañante el que acompaña y sigue, ora sea, como dice Labeon, libre, ó esclavo, ora varón ó hembra. Y así define Labeon al acompañante, el que por causa de acompañar a cualquiera, estando destinado a seguirlo, hubiere sido retirado a la fuerza en público ó en privado; entre los acompañantes estarán ciertamente también los pedagogos."), D.47.1.15.18 ("Pero se considera que lo retiró no solamente el que lo retiró a la fuerza, sino también el que persuadió al acompañante para que abandonase a la persona") e Ulpiano D.47.10.15.19-24 ("Está sujeto a este Edicto no solamente el que retiró al acompañante, sino también el que hubiese cortejado ó seguido a alguno de ellos. Cortejar es atentar con dulces palabras a la honestidad de alguien; porque esto no es hacer ultraje, sino atentar contra las buenas costumbres. El que se sirve de palabras torpes, no atenta al pudor, pero está sujeto a la acción de injurias. Una cosa es cortejar, y otra cosa seguir; porque corteja el que con palabras atenta a la honestidad, y sigue el que tácitamente sigue con frecuencia; porque la asidua frecuencia atribuye una cierta infâmia Mas convendrá tener presente, que no todo el que siguió, ni todo el que cortejó, puede ser demandado por este Edicto; porque si alguno hizo esto por bromear, ó por honesta oficiosidad, no incurre desde luego en el Edicto, sino cuando esto lo hace contra las buenas costumbres. Opino que también el esposo ha de ser admitido a la acción de injurias; porque tiende a contumelia suya cualquier injuria que se le haga a su esposa").

isso, novo sentido os problemas da personalidade e da capacidade jurídica de todo e cada homem e dos seus inerentes direitos da personalidade"[108].

A individualidade do sujeito apenas começou a ser considerada e protegida a partir da Idade Média, passando a se considerar o ser humano como ente dotado de dignidade. Esta preocupação já pode ser vislumbrada na Magna Carta de 1215, a qual assegurava em seu bojo algumas garantias legais contra a violação de certos direitos individuais[109].

Fundamental importância deve ser atribuída ao cristianismo como filosofia, de modo que foi justamente com as ideias pregadas por Cristo que se trouxe a noção de dignidade da pessoa humana, noção esta que evoluiu e continua a evoluir, assim como também evolui o conceito de pessoa ao longo dos tempos.

A fraternidade, solidariedade e igualdade pregadas pelo pensamento cristão influenciaram muito na evolução do conceito de pessoa e na extensão de sua magnitude dentro de uma sociedade.

Para Tomás de Aquino, grande pensador cristão, pessoa seria o ente revestido de dignidade. Aliás, segundo Flademir Jerônimo Belinati Martins, teria sido Tomás de Aquino o primeiro a fazer menção expressa ao termo "dignidade humana"[110].

No entanto, é de ressaltar-se que apenas com advento do liberalismo e de seus ideais a individualidade do ser humano passou do plano religioso para o plano jurídico propriamente dito, recebendo a tutela do Estado. A Inglaterra foi o primeiro Estado a garantir esta proteção, de forma que já no final do século XVIII tal país consagrava em seu ordenamento a tripartição de poderes e a proteção aos direitos fundamentais, por exemplo.

Essa evolução de pensamento somente foi possível com a mudança do foco da religião para a razão humana, obra do pensamento iluminista que marcou a época.

Grande expressão das ideias iluministas é a filosofia de Kant, a qual defende que "um ser humano nunca pode ser tratado apenas a título de meio para fins alheios ou ser colocado entre os objetos de direitos a coisas: sua personalidade inata o protege disso"[111]. Percebe-se que a personalidade seria, para Kant, um escudo, pelo qual o indivíduo estaria

---

[108] SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 47.
[109] AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 3. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 252.
[110] MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2003. p. 23.
[111] KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Bauru: Edipro, 2003. p. 175.

protegido contra qualquer ameaça que ele pudesse vir a sofrer quanto a sua consideração, enquanto ser dotado de direitos e capaz de contrair obrigações.

Assim, nas palavras deste pensador do século XVIII:

> (...) no reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade. Esta apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade.[112]

Atribui-se a Kant, até os dias de hoje, a matriz do fundamento de dignidade da pessoa humana, já que esta deve estar fundamentada na autonomia e no direito de autodeterminação de cada sujeito.

Foi dentro do contexto do pensamento iluminista que eclodiu a Revolução Francesa de 1789, a qual teve por bandeira os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. Esse evento culminou na elaboração de importantes documentos para humanidade, como a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Essa foi a consagração da importância dos direitos humanos, que passaram a ser chamados como direitos fundamentais e receberam amparo em diversas Constituições, resguardando o indivíduo contra os possíveis arbítrios do Estado.

A garantia conferida aos direitos fundamentais, como afirmado, veio de uma revolução eminentemente burguesa. Sua origem estava intrinsecamente ligada à limitação do poder do Estado, mas não limitava o campo de atuação privada.

Salienta-se, contudo, que os direitos da personalidade se diferenciam dos demais direitos fundamentais na medida em que são constitutivos do conhecimento pleno da pessoa humana. Enquanto os demais direitos fundamentais consagram liberdades, direitos coletivos, direitos sociais e impõem limites à atuação estatal, os direitos da personalidade são o próprio fundamento do ser humano enquanto indivíduo participante de uma coletividade. No entanto, cumpre salientar que, a despeito de tal diferenciação, hoje prevalece uma proteção unificada da pessoa humana.

Assim, a autonomia privada reinava com total amplitude, não se admitindo intervenções estatais neste campo. A igualdade entre todos consagrava este princípio da

---

[112] KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 65-66.

autonomia. Sendo todos iguais, estariam em pé de igualdade para compor seus interesses, estabelecendo direitos e obrigações para cada qual.

Dentro deste contexto, a palavra pessoa voltou a ser utilizada em sua expressão primitiva, procurando-se, com dela, indicar o sujeito de direitos que desempenha na seara jurídica o papel reservado ao proprietário, ao cônjuge ou ao contratante. O homem passa a ser visto, novamente, como ator dentro do mundo jurídico, correspondendo ao conceito de máscara suas manifestações na vida social[113].

A concepção tradicional de personalidade jurídica como aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações deriva deste pensamento, colocando a personalidade como qualidade jurídica do sujeito[114]. A pessoa era considerada como sujeito não porque assente sua natureza humana e dignidade, mas pelo fato da lei lhes atribuir direitos e obrigações[115].

Jussara Meirelles, com muita propriedade, faz uma distinção entre o sujeito virtual ou codificado, que seria aquele polo de atribuição de direitos e obrigações, e o sujeito real, que seria o ser humano considerado em sua individualidade, consciência, o qual muitas vezes é marginalizado dos direitos garantidos pela legislação pátria. Esse sujeito real acaba, na prática, encontrando grandes dificuldades em se enquadrar dentro do molde traçado pelo direito para figurar como sujeito codificado[116].

Este panorama, aos poucos, vem sendo modificado, de modo que a Segunda Guerra Mundial e seus horrores foram marcantes nesta mudança de visão e tratamento dado a matéria.

A pessoa humana foi, então, realçada a elemento fundante de todo o ordenamento jurídico, de modo que o indivíduo deixou de ser considerado como elemento da relação jurídica para ter sua dignidade reconhecida e garantida contra arbítrios do Estado ou contra a atuação de outros indivíduos.

A noção de pessoa é anterior ao direito e, como tal, não se deve esquecer que, sem ela, o ordenamento não existiria. O elemento humano é fundamento último de toda a atividade legislativa, a qual deve ser exercida tendo em vista o respeito aos direitos fundamentais do indivíduo.

Eroulths Cortiano Júnior afirma:

---

[113] CHAVES, Antônio. **Pessoa física ou natural**. In: Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1914-1981. v. 58, p. 282.
[114] ECHTERHOFF, Gisele. Op. cit., p. 84-85.
[115] O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 89.
[116] Idem, p. 90.

> Não se pode confundir (sob o prisma metodológico), a ideia de sujeito de direito com a ideia de personalidade, que partem de premissas distintas, e têm funções distintas. Como o ponto de partida do direito é a noção de personalidade, pode-se dizer que todo o direito funciona em razão da pessoa humana. Neste prisma, nada mais correto do que a afirmação de que, na atualidade, mais importa o ser, e menos importa o ter[117].

O germe da proteção à dignidade da pessoa humana no ordenamento pátrio remonta a Constituição de 1937, cujo art. 115 colocava a organização da economia sob o enfoque de possibilitar a todos uma existência digna. Contudo, apenas com a Constituição Federal de 1988 é que tal princípio foi erigido a fundamento da República Federativa do Brasil, estando expresso no art. 1.º, III, desta Carta Magna. Esta consagração teve forte influência de Constituições estrangeiras, como a Constituição alemã, a espanhola e a portuguesa.

No que tange ao termo empregado, alguns doutrinadores distinguem dignidade humana de dignidade da pessoa humana, atribuindo o primeiro a toda a humanidade, enquanto o segundo deveria ser usado para se referir à dignidade de todos, mas numa concepção determinada[118].

Os direitos da personalidade surgem, assim, amalgamados ao reconhecimento da dignidade humana e desempenham papel de fundamental importância no desenvolvimento de potencialidades físicas, morais e psíquicas da pessoa.

Os direitos da personalidade estão contidos, então, nos direitos fundamentais de primeira geração, fundamentados no pensamento individualista burguês de cunho liberal do século XVIII, cujo objetivo último é a proteção do homem em face do Estado[119].

Assim, a escola jusnaturalista coloca tais direitos como inerentes a cada ser humano, sendo anteriores e independentes do direito positivo. O rol destas garantias forma um mínimo existencial, necessário para o desenvolvimento do homem enquanto ser humano, reservando em seu âmbito de proteção normas relativas à integridade física e relacionadas ao aspecto psíquico e moral do sujeito[120].

---

[117] CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **Alguns apontamentos sobre os chamados diretos da personalidade**. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 42.

[118] MIRANDA MIRANDA, Jorge. A Constituição Portuguesa e a dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 45, p. 84, v. 11, São Paulo, out.-dez. 2003.

[119] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 56.

[120] BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 6-8.

Segundo o entendimento esposado por alguns autores, como Charles Taylor[121], três condições essenciais deveriam estar presentes para que exista um direito da personalidade, quais sejam: autonomia da vontade, alteridade e dignidade.

O primeiro deles, ou seja, a autonomia da vontade, configura-se no respeito à autonomia moral. Já a alteridade consiste na consideração do ser humano como entidade única e diferenciada de seus semelhantes, ganhando seus contornos com o reconhecimento da existência dos outros (*alter*). A dignidade, por sua vez, é o reconhecimento da autonomia e alteridade do ser humano, respeitando suas vontades e garantindo sua própria existência[122].

Os direitos da personalidade, assim, garantem a proteção desses três elementos primordiais. Eles consagram, em seu bojo, o respeito à incolumidade física e psíquica, à imagem, à privacidade, à honra, ao nome etc.

Impende destacar que, em relação à autonomia da vontade, existem vozes defendendo a adoção de uma postura de neutralidade liberal pelo Estado. Logo, normas que ditem o bem-estar de uma pessoa, conhecidas ironicamente como *good samaritan laws*, devem ser extirpadas do ordenamento jurídico. Em sentido oposto, surge o *perfeccionismo estatal*, segundo o qual a pessoa deveria aceitar planejamentos e modelos de vida impostos pelo Estado, configurando uma ideia paternalista que se encontra em declínio[123].

No direito português, os direitos da personalidade encontram-se enunciados no artigo 70[124] de seu Código Civil. Também são objetos das normas contidas nos artigos 71 a 81[125], bem como no artigo 484[126] do referido diploma legal.

---

[121] TAYLOR, Charles. **Sources of the self**: the making of the modern identity. Cambridge: Harvard University Press, 1989. p. 12.
[122] Idem, p. 12.
[123] WEINRIB, J. Ernest. **Duty to rescue**. In: DWORKIN, Gerald (ed.). **Morality, harm and the law**. Boulder: Wetsview Press, 1994. p. 134 - 144.
[124] "Secção II – Direitos de personalidade
Artigo 70º (Tutela geral da personalidade)
1. A lei protege os indíviduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.
2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida."
[125] Referidos artigos do Código Civil português cuidam da ofensa às pessoas já falecidas; direito ao nome; legitimidade; pseudônimo; cartas-missivas confidenciais; publicação de cartas confidenciais; memórias familiares e outros escritos confidenciais; cartas-missivas não confidenciais; direito à imagem; direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e direito à reserva sobre a intimidade da vida privada.
[126] "Artigo 484º (Ofensa do crédito ou do bom nome): Quem afirmar ou difundir um facto capaz de prejudicar o crédito ou o bom nome de qualquer pessoa, singular ou colectiva, responde pelos danos causados".

Ao comentar o Código Português, José de Oliveira Ascensão tece duas críticas a esta positivação de um direito geral de personalidade, quais sejam: a extensão ilimitada e o desestímulo a uma tipificação[127]. Contudo, referido autor segue mencionando as vantagens desta mesma positivação, na medida em que se desvia o foco da organização e da estrutura burocrática do Estado Nacional[128].

Ludwig Enneccerus, defendendo a desnecessidade do reconhecimento de um direito geral de personalidade afirma:

> (...) no hay necesidad alguna de reconocer un derecho general de la personalidad, pues los bienes indisolublemente unidos a la persona, como la vida, el cuerpo, la salud y la liberdad corporal tienen una protección absoluta general igual que los derechos subjetivos[129].

Quanto ao ordenamento jurídico pátrio, não se pode deixar de mencionar que Orlando Gomes, na elaboração de seu Projeto de Código Civil, tratou dos direitos da personalidade na Parte Geral.

Aliás, a Comissão de tal projeto, que contou com a participação de Caio Mário e de Orosimbo Nonato (presidente e relator), em seu relatório deixou explicitado:

> Incluí-se a disciplina dos direitos da personalidade (arts. 28 a 36) no pressuposto de que sua proteção constitui indispensável complemento ao sistema de tutela constitucional dos direitos do homem, organizado nos países democráticos. Procura o Projeto dar solução a problemas que se tornam graves em razão do progresso científico e técnico, adotando critério que concilia a liberdade individual com as necessidades sociais, e sem esquecer os perigos e danos que esse progresso pode trazer à pessoa humana.

O Código Civil Brasileiro de 2002 trouxe uma inovação elogiável ao cuidar dos direitos da personalidade em capítulo próprio, inaugural do referido diploma legal. Isso denota a preocupação do legislador pátrio, não apenas com a positivação de tais direitos, mas com a atribuição de sua devida importância no seio do sistema legislativo. Assim, os artigos 11 a 21 do *novel* diploma civilista foram dedicados ao tema.

Verifica-se que os dois primeiros artigos que iniciam este tratamento (arts. 11 e 12) procuraram positivar um direito geral de personalidade, tal qual se verifica no direito

---

[127] ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil.** Teoria Geral**.** Introdução, as pessoas, os bens. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. v. 1. p.79.
[128] Idem, p. 47.
[129] ENNECCERUS, Ludwig. **Tratado de derecho civil**. Barcelona: Bosch, 1947. v. I, p. 307.

lusitano. Em verdade, há que se ressaltar que a origem do direito geral de personalidade remete a Suprema Corte Alemã, já no início do século XX[130].

No entanto, diferentemente do Código Civil português, o ordenamento pátrio enuncia a irrenunciabilidade dos direitos da personalidade logo no primeiro artigo do capítulo.

Cumpre salientar, neste ponto, que Adriano De Cupis é categórico ao afirmar a irrenunciabilidade dos direitos da personalidade nos seguintes termos:

> (...) nem o ordenamento jurídico pode consentir que o indivíduo se despoje daqueles direitos que, por corresponderem aos bens mais elevados, tem caráter de essencialidade. Os direitos da personalidade estão subtraídos à disposição individual tanto como a própria personalidade[131].

Algumas críticas são feitas pela doutrina no que tange a este aspecto. Como já se afirmou anteriormente, a autonomia da vontade é uma das vigas mestras dos direitos da personalidade, conferindo sustentáculo às suas normas. Sendo assim, a irrenunciabilidade deveria ser ponderada caso a caso, e não positivada como regra geral.

A liberdade, inclusive de decidir sobre o exercício ou não de um dos direitos da personalidade, parece ser a própria tônica de tais direitos. A proteção à autonomia da vontade, mesmo que para a negação de uma garantia jurisdicional dos direitos consagrados à pessoa humana, é, então, pilar estruturante de sua dignidade.

Nesse sentido, o autor português José de Oliveira Ascensão afirma categoricamente que o titular de um direito da personalidade poderia renunciar ao seu exercício. A renúncia apenas não deve ser permitida no que tange ao próprio direito, mas seu exercício é uma faculdade da pessoa[132].

Aliás, o artigo 81 do Código Civil português é claro ao enunciar a possibilidade de limitação dos direitos da personalidade como fruto da autonomia negocial:

> Artigo 81º (Limitação voluntária dos direitos de personalidade)
> 1. Toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios da ordem pública.
> 2. A limitação voluntária, quando legal, é sempre revogável, ainda que com obrigação de indemnizar os prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte.

---

[130] WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter Besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung. Trad. A. M. Botelho Espanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 606.
[131] DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**... cit., p. 48.
[132] ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., p. 83-84.

Como bem se observa, a limitação a estes direitos é um respeito à autonomia da vontade e ao direito de liberdade. Contudo, não implica renúncia a tais direitos, já que a limitação voluntária pode ser revogada a qualquer tempo (o que não exclui o dever de indenizar). Demais disso, o próprio ordenamento português coloca a baliza dos princípios de ordem pública como limitadores deste exercício da autonomia da vontade, o que indica uma margem de discricionariedade sem excluir por completo o poder de decisão do seu titular.

Dessa feita, apesar do enunciado claro do Código Civil brasileiro pela irrenunciabilidade dos direitos da personalidade, não há como negar que o seu exercício pode deixar de ser efetivado, em alguns casos, por obra da vontade de seu titular. Exemplo disso são os direitos autorais ou aqueles ligados à imagem, cujo exercício pode ser cedido ou sofrer limitações em decorrência de relações negociais.

Nesse sentido é o entendimento de Eduardo Vera-Cruz Pinto:

> Enunciam-se dois critérios que o julgador não pode deixar de considerar quando se trata de, ao abrigo do disposto no art. 81 do Código Civil, apreciar uma limitação voluntária do exercício dos direitos da personalidade: qualquer limitação voluntária pretendida pelo titular do direito de personalidade que ofenda valores jurídicos fundamentais é nula; se houver limitação legal e lícita de um direito de personalidade resultante de contrato válido, a pessoa titular do direito pode sempre, de forma voluntária, unilateral e a todo o tempo, revogar a limitação que aceitou fazer.
>
> No primeiro caso, é sempre possível recorrer aos conceitos de ordem pública e aos bons costumes para defender – no âmbito da tutela da privacidade de cada pessoa que implica só ela poder determinar aquilo que lhe respeite e de que quer abdicar – um núcleo essencial da sua pessoa concreta que a integra na pessoa humana, que não está na sua faculdade dispor, limitar, renunciar ou derrogar.
>
> No último caso, pode-se discutir o pagamento de uma indenização por responsabilidade gerada pelo fato de, com o seu comportamento, ter gorado expectativas, mas fica completamente afastado o dever de prestar[133].

Por derradeiro, cumpre mencionar que o rol apresentado pelo novo diploma civilista é meramente exemplificativo, não excluindo outros direitos da personalidade porventura não relacionados em seu capítulo. Seria ilógico imaginar que o legislador

---

[133] PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **Considerações genéricas sobre os direitos da personalidade**. II JORNADA DE DIREITO CIVIL, Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, 17 a 25 nov. 2003, TRF-5.ª Reg., STJ e TRF-4.ª Reg. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/revista/numero25/artigo09.pdf. Acesso em: 02 out. 2009.

poderia, dentro de suas limitações humanas, prever e discorrer sobre todas as possibilidades de direitos da personalidade existentes. A complexidade do ser humano e suas diversas necessidades para viver uma vida digna são entraves para que um rol de direitos desta monta possa ser declarado taxativo.

Neste sentido, expressiva é a frase de Pontes de Miranda: "com a teoria dos direitos de personalidade, começou, para o mundo, nova manhã do direito. Alcança-se um dos cimos da dimensão jurídica"[134].

Diante de todo o exposto, resta claro que as teorias negativistas dos direitos da personalidade hoje não mais recebem guarida de nosso ordenamento jurídico. Estas teorias tinham por pressuposto o fato de ser a personalidade jurídica algo muito abstrato, defendendo a tese de que não seria possível que, em dada relação jurídica, a personalidade atuasse tanto no que tange ao sujeito da relação como no que pertine ao objeto da mesma.

Atualmente, a personalidade jurídica é fato incontroverso e sua proteção conta com uma ampla gama de normas e instrumentos jurídicos que imantam o sujeito da interferência estatal.

2.2 CONCEITO

O acórdão de número 6/84 do Tribunal Constitucional de Portugal, datado de 18 de janeiro de 1984, expôs, em sua fundamentação, a relação existente entre personalidade e dignidade humana, conceituando aquela como consequência desta. Entendeu-se, nesta decisão, que sempre que existir um direito geral de personalidade, mesmo como desdobramento de algum aspecto, deverá haver uma proteção jurídica, já que ele configura um direito fundamental[135].

Koppernock, por sua vez, ao tratar da temática dos direitos da personalidade, distingue o que seria o direito geral de personalidade do direito geral de liberdade. Este último seria decorrência do direito ao desenvolvimento da personalidade[136], enquanto o primeiro seria o resultado da conexão entre os princípios da dignidade da pessoa humana e do direito ao desenvolvimento da personalidade[137]. O direito geral de liberdade ampara toda e qualquer forma de manifestação, diferentemente do direito geral de personalidade

---

[134] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. t. VII.
[135] *Boletim do Ministério da Justiça,* n. 340, pp. 177-181, nov. 1984, p. 179.
[136] Art. 2º, nº 1, da Lei Fundamental da Alemanha.
[137] Art. 1º, nº 1 cumulado com o art. 2º, nº 1, da Lei Fundamental da Alemanha.

que se preocupa apenas e tão somente com aquelas manifestações mais importantes para a realização pessoal do indivíduo[138].

Diante disso, o direito de se autodeterminar consiste na liberdade de se conduzir em consonância com as convicções que constituem a individualidade de cada ser, incluindo-se entre tais decisões ético-existenciais a escolha pela vida ou pela morte. Esse direito de autodeterminação existencial também é chamado de *direito de autodeterminação bioética*, concentrando-se nele as questões atinentes ao aborto, eutanásia e doação de órgãos[139].

É justamente neste sentido que se encontram as ponderações de Habermas, autor que faz uma diferenciação entre dois tipos de razões éticas: as que decorrem de uma visão ético-existencial e as decorrentes do aspecto ético-político. Na primeira, o indivíduo assume a responsabilidade por sua própria existência, enquanto na segunda ele assume a responsabilidade pela vida coletiva, pelo espaço de convivência social no qual se vive[140].

O conceito de direitos da personalidade está intrinsecamente relacionado com elementos extrapatrimoniais, é dizer, não existe uma valoração a ser feita de plano pelo sujeito.

Nas preclaras e valiosas palavras de Teresa Ancona Lopez:

> (...) os direitos da personalidade são as prerrogativas do sujeito em relação às diversas dimensões de sua própria pessoa. Assim, na sua dimensão física exerce o homem os direitos sobre sua vida, seu próprio corpo vivo ou morto ou sobre suas partes separadamente. Isto é o que chamaríamos de direitos sobre a integridade física. Como é óbvio, fazem parte dessa integridade a saúde física e a aparência estética; por isso afirmamos ser o dano estético, como dano moral, uma ofensa a um direito da personalidade. Outra dimensão do homem é a intelectual. Como decorrência disso, toda pessoa tem direito às suas próprias criações artísticas, literárias e científicas, assim como tem o direito de manifestar suas opiniões como lhe convier[141].

A personalidade, segundo entendimento esposado por Silvio de Salvo Venosa, é "o conjunto de poderes conferidos ao homem para figurar nas relações jurídicas"[142].

---

[138] KOPPERNOCK, Martin. **Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung.** Zur Rekonstruktion des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Baden-Baden: Nomos Verlag, 1997.
[139] Idem, p. 212. Tradução livre por Sandra Regina Fenerick.
[140] HABERMAS, Jürgen. **Fatti e norme** – contributi a teoria discorsiva del diritto e della democrazia. Milano: Edizioni Guerini, 1996. p. 131 e ss.
[141] LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético** – Responsabilidade civil. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 55-56.
[142] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil** – Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 148.

Neste mesmo sentido, Francisco Amaral discorre acerca do atributo da personalidade nos seguintes termos:

> (...) é a possibilidade de alguém ser titular de relações jurídicas. Deve ser considerada como um princípio, um bem, um valor em que se inspira o sistema jurídico, superando-se a concepção tradicional, própria do individualismo do séc. XIX, que exaltava a pessoa apenas do ponto de vista técnico-jurídico[143].

O indivíduo tem seu âmbito particular, ligado à esfera íntima de seu ser, amparado pelos direitos da personalidade. Existe, assim, uma série de bens e valores que conformam os direitos da personalidade, dando corpo aos elementos que lhe conferem individualidade no seio social, como sua imagem e honra. Essa qualidade dos direitos da personalidade é responsável por atribuir ao homem a condição de ser humano, distinguindo-o dos objetos e das coisas.

Adriano de Cupis, como já citado anteriormente, resume esta ideia de forma clara:

> Por outras palavras, existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados "direitos essenciais", com os quais se identificam precisamente os direitos de personalidade. Que a denominação de direitos da personalidade seja reservada aos direito essenciais justifica-se plenamente pela razão de que eles constituem a medula da personalidade[144].

Maria Helena Diniz cita Goffredo Telles Jr.[145] no que tange à definição dos direitos da personalidade:

> A personalidade consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apoia os direitos e deveres que dela irradiam, é o objeto de direito, é o primeiro

---

[143] AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 220.

[144] DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Campinas... cit., p.24. Na versão em italiano: "Vi sono, vale a dire, certi diritti, senza dei quali la personalità rimarrebbe un'attitudine completamente insoddisfatta, priva di ogni concreto valore; diritti, scompagnati dai quali tutti gli altri diritti soggettivi perderebbero ogni interesse rispetto all'individuo: tanto da arrivarsi a dire che, se essi non esistessero, la persona non sarebbe più tale. Sono essi i c.d. 'diritti essenziali', con cui si identificano precisamente i diritti della personalità. Che la denominazione di diritti della personalità sia riservata ai diritti essenziali, ben si giustifica colla considerazione che i medesimi costituiscono della personalità il nocciolo più profondo" (DE CUPIS, Adriano. **I diritti della personalità.** Milano: Giuffrè, 1982. p. 13).

[145] TELLES JR., Goffredo. **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 28, p. 315 e 316.

> bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens.
>
> O direito objetivo autoriza a pessoa a defender sua personalidade, de forma que, para Goffredo Telles Jr., os direitos da personalidade são os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a identidade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação, a honra, a autoria etc. Por outras palavras, os direitos da personalidade são os direitos comuns da existência, porque são simples permissões dadas pela norma jurídica, a cada pessoa, de defender um bem que a natureza lhe deu, de maneira primordial e direta[146].

Essa relação feita por Goffredo Telles Jr. em considerar o direito objetivo como garantia destes valores inatos à pessoa humana é complementada pela visão de Elimar Szaniawski, segundo o qual "nossos juristas, possuem uma unidade de pensamento no sentido de considerar os direitos da personalidade pertencentes à categoria dos direitos subjetivos"[147].

Heinrich Hubmann traça três elementos definidores da personalidade, de modo que a ausência deles indica de forma inexorável que personalidade não há. Neste sentido, Elimar Szaniawski disserta:

> Segundo Hubmann, a personalidade humana é composta por três elementos fundamentais: a dignidade, a individualidade e a pessoalidade, que constituem o indivíduo, portador de caráter próprio. (...) A dignidade humana consiste no elemento indicador da localização do ser humano no universo. (...) A individualidade na unidade indivisível do ser humano, consigo mesmo identificado, que possui um caráter próprio, que todo indivíduo traz consigo ao nascer. Este caráter próprio evolui e é complementado através da educação, do progresso moral e espiritual que cada indivíduo desenvolve no curso de sua vida.(...) A pessoalidade é o terceiro elemento, que se traduz pela relação do indivíduo com o mundo exterior, com outras pessoas, com toda a sociedade e com os seus valores éticos, onde o indivíduo se afirma como ser, defendendo sua individualidade[148].

Caio Mário da Silva Pereira, ao discorrer sobre o assunto, traz uma distinção importante entre personalidade e direitos da personalidade. A primeira não seria um direito

---

[146] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 18. ed. atual.São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1, p. 119.
[147] SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Ed. RT, 1993. p. 71.
[148] HUBMANN, Heinrich apud SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela.** 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 114-115.

em si, mas uma fonte, da qual nascem os direitos da personalidade, bem como constitui pilar fundamental de direitos e obrigações[149].

Jean Dabin também realiza uma diferenciação, mas no que concerne aos direitos da pessoa e direitos da personalidade. Ele explica que os direitos da pessoa são compostos pelo conjunto de direitos subjetivos, titularizados por pessoas físicas ou jurídicas. Os direitos da personalidade, por sua vez, possuem conteúdo ou objeto especial, uma vez que fazem referência aos elementos estruturantes da personalidade do indivíduo, o qual deve ser considerado em suas múltiplas facetas[150].

Rubens Limongi França também traça um conceito de direitos da personalidade, explanando que eles consistiriam em "faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior" [151].

Segundo Adriano De Cupis, os direitos da personalidade são direitos subjetivos "cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o minimum necessário e imprescindível ao seu conteúdo"[152].

Nas preclaras lições de Carlos Alberto Bittar,

> (...) os direitos da personalidade constituem direitos inatos – como a maioria dos escritores ora atesta –, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro plano do direito positivo – em nível constitucional ou em nível de legislação ordinária – , e dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se volte, a saber: contra o arbítrio do poder público ou as incursões de particulares[153].

José Castán Tobeñas entende os direitos da personalidade como aqueles que, diferenciando-se dos direitos patrimoniais, garantem ao sujeito a propriedade de uma parte essencial da própria personalidade[154].

Pontes de Miranda, por sua vez, conceitua os direitos da personalidade como os necessários à realização da personalidade e à sua inclusão na órbita das relações jurídicas. Dessa feita, o primeiro de tais direitos seria o da personalidade considerada em si própria, o que não se confunde com direito sobre a pessoa. Para referido autor:

---

[149] PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 19. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1, p. 154.
[150] DABIN, Jean. *Le Droit Subjetif.* Paris, 1952, p. 169.
[151] FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 1025.
[152] DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**... cit., p. 17.
[153] BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 07.
[154] TOBEÑAS, Castán José. **Los derechos de la personalidad**, RGLJ, t. VII-VIII, 1952. p. 8.

> (...) [o] direito de personalidade como tal não é direito sobre a própria pessoa: é o direito que se irradia do fato jurídico da personalidade (= entrada, no mundo jurídico, do fato do nascimento do ser humano com vida). Há direitos da personalidade que recaem *in corpus suum*; não está entre eles, o direito de personalidade como tal[155].

Walter Moraes explana que, para uma pessoa existir como sujeito de direito e desenvolver relações jurídicas, é imperioso que detenha alguns bens. Dessa feita, os bens da personalidade são imprescindíveis na exata medida em que, sem eles, a própria personalidade jurídica deixa de existir ou, mesmo presente, estará impedida de desempenhar todo seu potencial. Dentre tais bens, destacam-se a vida, a psique, o físico, o nome e a figura individual[156].

Dessa forma, referido autor conclui que a personalidade pode ser concebida como um conjunto de elementos que lhe conferem estrutura. Afirma, então, que "sem ditos bens, não se integra uma pessoa; e logo, privadas as pessoas deles, não há falar em comunidade de homens na ordem jurídica e, por conseguinte, não há falar em ordem jurídica nem em verdadeira sociedade"[157].

O entendimento do colombiano Simón Carrejo acerca dos direitos da personalidade também convém ser transcrito:

> (...) la expresión 'derechos de la personalidad' tiene significado particular, referido a algunos derechos cuya función se relaciona de modo más directo con la persona humana, pues se dirigen a la preservación de sus más íntimos e imprescindibles intereses. En efecto, esos derechos constituyen un mínimo para asegurar los valores fundamentales del sujeto de derecho: sin ellos, la personalidad quedaría incompleta e inperfecta, y el indivíduo, sometido a la incertidumbre en cuanto a sus bienes jurídicos fundamentales[158].

Zulmar Antonio Fachin, ao tratar do assunto em tela, declara que autores como Rubens Limongi França e Orlando Gomes ressaltam o caráter privado dos direitos da personalidade, chegando a denominar os mesmos de "direitos privados da personalidade". Já Miguel Maria de Serpa Lopes acrescenta o termo substancial, referindo-se a eles como "substanciais direitos privados da personalidade", ressaltando, no entanto, que conceitos delineados por outros doutrinadores revelam uma dimensão pública dos referidos direitos.

---

[155] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. p. 39.
[156] MORAES, Walter. Direitos da personalidade, estado da matéria no Brasil. CHAVES, Antonio (coord.). **Estudos de direito civil.** São Paulo: Ed. RT, 1979. p. 125 e 126.
[157] Idem, p. 125 e 126.
[158] CARREJO, Simón. **Derecho civil**. Bogotá: Themis, 1972. p. 299.

Assim, esses direitos devem ser protegidos não apenas contra os arbítrios perpetrados pelo Estado, mas também contra atitudes de outros sujeitos[159].

Raymond Lindon, estudando a legislação francesa, coloca que o direito ao respeito à vida privada é tutelado pela lei com o uso de duas expressões: *droit au respect de vie privée* e *droit de l'intimité de la vie privée*. A despeito do uso de ambas as expressões no que tange ao mesmo assunto, referido autor as diferencia, explicitando que o homem público deve tolerar restrições à proteção de sua vida privada em razão do direito público à informação. Dessa feita, a distinção feita entre direito à vida privada e direito à intimidade visa tutelar um campo restrito da vida dos sujeitos públicos, amparando uma esfera mínima de privacidade, a qual deve ser garantida como meio ao desenvolvimento de seus direitos da personalidade[160].

Em suma, verifica-se a existência de duas correntes doutrinárias no que tange à origem de tais direitos. Uma primeira sustenta que os direitos da personalidade seriam inatos ao ser humano, constatando-se a existência de um direito anterior ao direito positivado. Essa corrente é chamada de jusnaturalista e é adotada por doutrinadores como Maria Helena Diniz, Silvio Rodrigues e Carlos Alberto Bittar. Pode-se afirmar que esta é a corrente que tem prevalecido no ordenamento jurídico pátrio.

Outra posição, dita neopositivista, sustenta que os direitos da personalidade seriam inatos, mas não independentes ou anteriores ao direito posto. Na verdade, segundo esta doutrina, eles seriam decorrência do ordenamento jurídico, resultado de um processo de evolução cultural. Para sustentar esta posição, hoje minoritária, seus seguidores trazem à baila o art. 52 do Código Civil de 2002, que dispõe sobre a existência de direitos da personalidade para a pessoa jurídica, bem como a previsão de direitos autorais como direitos da personalidade. Essa segunda corrente é seguida por Pontes de Miranda, Cristiano Chaves e Gustavo Tepedino.

Diante de todos os conceitos esboçados, verificamos a existência de doutrinadores que se inclinam para o jusnaturalismo, enquanto outros são adeptos do positivismo. Dessa forma, enquanto alguns doutrinadores, como Carlos Alberto Bittar e Limongi França são naturalistas, entendendo os direitos da personalidade como inatos à condição de ser humano, outros, como Adriano De Cupis e Castán Tobeñas, adotam uma

---

[159] FACHIN, Zulmar Fachin. **A proteção jurídica da imagem.** São Paulo: Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p. 28.
[160] LINDON, Raymond. **Les droits de Ia personnalité**. In: Dictionnaire juridique. Dalloz, 1983. p. 296 e ss.

posição positivista, considerando como direitos da personalidade aqueles reconhecidos e positivados pelo Estado como tal.

A posição da presente tese sobre o tema é jusnaturalista. Os direitos da personalidade são anteriores a qualquer positivação de normas por parte do Estado, sendo o fundamento último de validade de qualquer ordenamento jurídico. Não há como ter um sistema político, social ou normativo sem que os direitos da personalidade sejam garantidos e resguardados. Não existe Estado sem pessoas, sem o elemento povo e, para garantia deste elemento, é fundamental que se assegurem direitos inerentes a própria condição humana.

Aliás, os direitos da personalidade estão intrinsecamente relacionados à dignidade da pessoa humana, fundamento de um Estado Democrático de Direito. Este fundamento, a despeito de positivado como tal no art. 1.º, III, da Constituição Federal brasileira, é anterior a esta positivação, constituindo a essência da existência de uma sociedade que se organiza e se rege por normas jurídicas posteriores a sua organização.

Neste sentido, transcrevem-se as palavras de Eroulths Cortiano Junior:

> A proteção à pessoa humana através do reconhecimento de uma gama de direitos chamados direitos da personalidade é recente e toma grande impulso após as grandes guerras dês século. O ponto mais importante do enfrentamento desta questão não vincula-se apenas à "redescoberta" da pessoa do direito, mas principalmente à ligação da proteção da pessoa humana aos valores que lhe são inerentes como garantia e fundamento do seu devir.
>
> A pessoa humana não é, como dito antes, apenas um ente ontológico, mas traz encerrada em si uma série de valores que lhe são imanentes. A dignidade da pessoa humana é o centro da personalidade, e, portanto merece a maior proteção possível. Aliás a conjugação personalidade-dignidade é tão forte que boa parte dos autores que tratam do tema referem-se diretamente à proteção da dignidade do homem. Essa ligação é, assim, indissolúvel"[161].

2.3 CLASSIFICAÇÕES

O tratamento conferido a um instituto, seja ele jurídico ou não, geralmente passa por uma classificação ou uma subdivisão.

Classificar significa agrupar direitos que são semelhantes em um mesmo grupo ou categoria, separando os que lhe são diferentes em outros grupos formados por direitos

[161] CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **Alguns apontamentos**... cit., p. 42.

que apresentem características assemelhadas. No entanto, nem sempre a doutrina é uniforme quanto aos critérios de classificação ou quanto às espécies que podem ser listadas dentro de uma dada categoria.

Não seria diferente com os direitos da personalidade.

Dessa forma, a despeito de existirem as mais variadas classificações, iremos listar apenas as mais importantes e relevantes para o estudo que se pretende realizar. Demais disso, convém ressaltar que eventuais diferenças classificatórias não redundam em grandes discrepâncias, na medida em que os doutrinadores acabam chegando a conclusões semelhantes.

Nesse sentido, Castán Tobeñas apresenta sua classificação de direitos da personalidade, indicando a subdivisão dos mesmos em: i) direitos relativos à existência física, como o direito à integridade física, à vida e ao corpo morto e; ii) direitos de tipo moral, como seria o caso do direito autoral, à liberdade pessoal e à honra[162].

Rubens Limongi França, por sua vez, classifica os direitos da personalidade em três categorias, quais sejam: i) direito à integridade física, no qual se inclui o direito à vida, ao corpo (vivo ou morto) e à alimentação; ii) direito à integridade intelectual, englobando o direito autoral científico e artístico, a liberdade de pensamento e a autoria inventiva e; iii) direito à integridade moral, dentro do qual temos o direito à honra, ao sigilo (pessoal, doméstico e profissional), à imagem e à identidade (pessoal, familiar e social)[163].

Expressando algumas ressalvas no que tange à classificação dos direitos da personalidade, sobretudo pela constante inserção de novos direitos em seu rol, Carlos Alberto Bittar traz também uma subdivisão de tais direitos nos seguintes termos:

> (...) podemos distribuir os direitos da personalidade em: a) direitos físicos; b) direitos psíquicos; c) direitos morais; os primeiros referentes a componentes materiais da estrutura humana (a integridade corporal, compreendendo: o corpo, como um todo; os órgãos; os membros; a imagem, ou efígie); os segundos relativos a elementos intrínsecos a personalidade (integridade psíquica, compreendendo: a liberdade; a intimidade; o sigilo) e os últimos, respeitantes a tributos valorativos (ou virtudes) da pessoa na sociedade (o patrimônio moral, compreendendo: a identidade; a honra; as manifestações do intelecto).
>
> Como se observa, esses direitos referem-se, de um lado, à pessoa em si (como ente individual, com seu patrimônio físico e intelectual) e, de outro, à sua posição frente a outros seres na sociedade (patrimônio

[162] TOBEÑAS, Castán José. **Los derechos de la personalidad**... cit., p. 5.
[163] FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de direito civil**. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1975. p. 411.

> moral), representando, respectivamente, o modo de ser da pessoa e suas projeções na coletividade (como ente social)[164].

Vislumbra-se, de imediato, uma diferença no que tange à classificação de Carlos Alberto Bittar quando comparada com a grande maioria dos doutrinadores, qual seja, incluir o direito à imagem dentre os direitos físicos.

Ousa-se discordar de renomado doutrinador na medida em que o direito à imagem, quando violado, não traz consequências naturalísticas à integridade física do sujeito. A violação ao direito de imagem não deixa marcas aparentes em seu organismo, mas apenas em sua alma, motivo pelo qual adotamos o entendimento de que ele deve ser incluído dentre os direitos à integridade moral.

Orlando Gomes também formula uma classificação quanto aos direitos da personalidade, segmentando os mesmos em direitos à integridade física (como o direito a vida e ao corpo, vivo ou morto) e direitos à integridade moral (incluindo o direito à honra, liberdade, imagem, recato, de autor e ao nome)[165].

Outra posição que merece ser destacada é a de Diogo Leite de Campos, o qual distribui os direitos da personalidade em direito à pessoa física (como o direito à vida, à morte, à integridade física, à integridade psíquica, ao nome e à imagem) e direito de projeção da pessoa física (direito à privacidade, ao trabalho, à família, à igualdade, à reputação, ao nome e à propriedade)[166].

Adriano De Cupis também delineou uma classificação aos direitos da personalidade, dividindo os mesmo em: i) direito à vida e à integridade física, que englobam também as partes separadas do corpo; ii) direito à liberdade; iii) direito à honra e ao resguardo pessoal, que inclui o direito ao sigilo e a intimidade; iv) direitos à identidade pessoal, abrangendo o direito ao nome e aos títulos e; v) direito moral do inventor e do autor[167].

Referido autor explicita o que deve ser entendido por direito à honra, equiparando o mesmo ao valor moral interior do ser humano, como se verifica na estima que se tenha dos outros, a boa fama, o nome, a consideração e prestígio social. Seria, então, o sentimento ou o entendimento da própria dignidade. Acrescenta, ainda, que a opinião pública é um campo fértil à recepção de insinuações e ataques contra a honra pessoal, o

---

[164] BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. cit., p. 17.
[165] GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 153-154.
[166] CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direitos da personalidade**... cit., p. 43.
[167] DE CUPIS, Adriano. **I diritti della personalità**... cit., p. 101.

que imprime uma diminuição da própria dignidade da pessoa que tem este seu sentimento ferido pelos ataques em questão[168].

Raymond Lindon, a despeito de não delinear uma classificação, traz algumas espécies de direitos da personalidade, a saber: respeito à imagem e à vida privada; aos modos de identificação da pessoa, sobretudo o nome, lembranças de família, cartas, sepultura, direito moral do autor e defesa de consideração[169].

Antônio Chaves, da mesma forma que Mazeaud, separa os direitos da personalidade dos direitos da pessoa natural. Ele os identifica como o direito à vida, à integridade física, à liberdade, às partes do próprio corpo e o direito de ação. Já nos direitos da personalidade estariam incluídos os direitos à honra, à própria imagem, ao nome, à liberdade de religião, à liberdade de consciência, à livre manifestação do pensamento, à própria intimidade, ao sigilo e o direito moral de autor[170].

Outro doutrinador a traçar uma classificação dos direitos da personalidade foi Anacleto de Oliveira Faria, o qual subdivide os mesmos em: i) direito à integridade física, incluindo o direito à vida, ao corpo vivo, à disposição do corpo morto, às partes separadas do corpo, a tratamento médico ou sua recusa e à submissão à perícia médica ou sua recusa e; ii) direito à integridade moral, que engloba o direito à honra, à liberdade, à imagem, ao recato, ao sigilo e à identidade (nome e pseudônimo)[171].

Francisco Amaral, ao cuidar do direito ao corpo, esclarece que este configura "um bem jurídico, uma realidade biológica que o direito reconhece e protege em si mesma, seja o corpo humano nascido, seja o apenas concebido"[172].

As classificações acima delineiam a extensão dos direitos da personalidade, permitindo a inserção de novos direitos em tais categorias, o que facilita a atividade do exegeta quando da aplicação da analogia e da equidade.

Sendo assim, uma vez reconhecida a personalidade jurídica, é atribuída ao sujeito toda gama de direitos e garantias que resguardam sua condição de ser humano no seio social. As categorias acima descritas servem apenas e tão somente para o estudo acadêmico do direito, de modo que a imputação de personalidade jurídica a uma pessoa faz com que ela passe a gozar de todos os direitos da personalidade, não havendo qualquer distinção ou limitação por categorias.

---

[168] DE CUPIS, Adriano. **Riservatezza e segretto (Diritto a)**. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (a cura di). **Novissimo digesto italiano**. Torino: UTET, 1969. p. 111-112.
[169] LINDON, Raymond. Apud BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. cit., p. 16.
[170] CHAVES, Antônio. Apud BITTAR, Carlos Alberto. Idem, p. 16.
[171] FARIA, Anacleto de Oliveira. Apud BITTAR, Carlos Alberto. Idem, p. 16.
[172] AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 5. ed. cit., p.263.

2.4 NATUREZA JURÍDICA

No limiar do estudo dos direitos da personalidade, muitos doutrinadores negaram sua natureza de direito subjetivo. Esta constatação encontra-se estampada nos trabalhos de Jellinek, Thon, Crome, Unger, Ravà, Von Thur, Simoncelli, Oertman, Ennecerus, Cabral de Moncada e Orgaz[173].

O pensamento de referidos doutrinadores calcava-se no fato de que afirmar a existência de um direito sobre a própria pessoa seria justificar a prática do suicídio. Aliás, a despeito de toda construção doutrinária e legislativa acerca de referida matéria, ainda hoje se encontram posições no sentido da negativa de existência dos direitos da personalidade com fulcro em descobertas científicas e tecnológicas[174].

Vicente Rao, citando Vanni, coloca que "direito subjetivo é a faculdade concedida aos indivíduos de agir de conformidade com a norma garantidora de seus fins e interesses, bem como de exigir de outrem, aquilo que, por força da mesma norma, lhes for devido"[175].

Ressalta-se que, no entanto, prevalece o entendimento que contempla a existência de referidos direitos, como bem se pode observar nos conceitos traçados por doutrinadores como Pontes de Miranda, Adriano De Cupis, Raymond Lindon, Limongi França, Orlando Gomes, Maria Helena Diniz, entre outros.

Assim, a existência de direitos inerentes à personalidade traça a pergunta: qual seria a natureza jurídica de tais? A resposta a esta indagação ainda é controvertida, havendo posição em mais de um sentido.

A corrente majoritária entende os direitos da personalidade como poderes que o sujeito exerce sobre sua própria pessoa, ou seja, o homem seria o próprio objeto de tais direitos. Esse é o entendimento de Ruiz Tomás, Puchta, Chironi, Fadda e Bensa, Ravà, Campogrande, Windsheid etc[176]. Gustavo Tepedino também sustenta esta posição em sua obra[177].

---

[173] BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. cit., p. 04.
[174] Idem, p. 04.
[175] RAO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 191.
[176] BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. cit., p. 04.
[177] RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 35.

Por outro lado, existem aqueles que definem os direitos da personalidade como direitos sem sujeito. Assim, eles não deveriam ser analisados do ponto de vista do próprio sujeito, mas sim sob o prisma dos demais indivíduos, os quais devem respeito a estes direitos. Ferrara e Vanni se posicionam neste sentido, de modo que o último destaca, ainda, a inviolabilidade da pessoa como fundamento[178].

Conforme se extrai das lições de Caio Mário da Silva Pereira, o ordenamento jurídico pátrio indubitavelmente reconhece a existência de poderes, os quais são dedicados ao homem em sua condição de indivíduo e pessoa. Dessa feita, os direitos da personalidade poderiam ser subdivididos em duas categorias, quais sejam a de direitos adquiridos e a de direitos inatos. Os primeiros estariam limitados ao disposto na descrição legislativa, enquanto os segundos independem de prévia previsão legal para existir[179].

Mesmo enquadrados pela maior parte da doutrina atual como direitos subjetivos, recebem eles um tratamento diferenciado em relação aos demais, na medida em que se reconhece a importância do objeto jurídico tutelado. Logo, como tais direitos buscam proteger valores e bens intrínsecos à natureza humana, o ordenamento jurídico traça normas a seu respeito em dois níveis, quais sejam: constitucional e legislação ordinária. Encontram-se, então, várias esferas do direito positivado nesta tutela[180].

Nas palavras de Carlos Alberto Bittar, "ocupam esses direitos posição autônoma e distinta na relação dos direitos privados, e ora, com linhas divisórias mais nítidas, ante o intenso labor doutrinário e jurisprudencial, vêm ganhando espaço nas codificações de nosso século"[181].

Conclui-se, então, que os direitos da personalidade, por serem extrapatrimoniais, ocupam lugar de destaque no ordenamento jurídico, vez que ao contrário das coisas que possuem um preço, a base dos direitos inerentes ao ser humano é a sua própria dignidade.

A subjetividade de sua conformação legislativa garante ao sujeito titular a invocação do amparo conferido pelas normas que vertem em direito positivo a essência do ser humano. Assim, o criador das leis, despindo-se de sua condição de pessoa, adota vestes superiores a uma condição individual, traçando as bases que garantirão o respeito e o funcionamento de um ordenamento que se intitule de direito.

---

[178] BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. cit., p. 04-05.
[179] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. 1, p. 153-155.
[180] AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 257.
[181] BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. cit., p. 05.

2.5 DIREITOS DA PERSONALIDADE DA MÃE E DO NASCITURO

Os direitos garantidos à gestante, em um primeiro momento, harmonizam-se com os direitos garantidos ao nascituro.

Contudo, quando o assunto é aborto, mesmo que de um feto anencéfalo, temos um conflito de direitos que podem ser encarados sob dois polos distintos: i) o da mãe face ao nascituro, e ii) a tensão que existe entre a gestante e a instituição médica ou hospitalar que a atende[182].

Neste aspecto, cabe mencionar que existem aqueles que consideram alguns direitos como tidos por absolutos ou, ainda que considerados relativos, elevam o direito à vida sobre todos os demais. Assim, segundo este entendimento, não haveria qualquer conflito de normas ou princípios jurídicos, uma vez que o direito à vida do nascituro deve ser preservado a qualquer custo, sendo dever da gestante levar a gravidez até seu termo final.

É frequente a consideração da vida como direito absoluto, especialmente nas classes mais carentes, de modo que muitos acreditam na proteção a este direito desde a concepção, mesmo que isso implique um direito de nascer morto. Esse posicionamento encontra respaldo no argumento religioso, o qual identifica o homem como marionete nas mãos do invisível, cabendo às forças superiores a determinação do instante em que se inicia a vida e em que se determina a morte.

Contudo, crenças religiosas devem ser desconsideradas quando da argumentação jurídica, uma vez que a própria Constituição traça algumas possibilidades que contrariam o direito à vida, explicitando sua relatividade.

Conclui-se, por conseguinte, que não existe direito absoluto, podendo qualquer direito vir a ser relativizado frente às peculiaridades da situação concreta.

A inexistência de direitos absolutos, no entanto, faz emergir um conflito entre diferentes valores presentes no caso do aborto, vez que temos o direito à saúde e ao próprio corpo da mãe em face do direito à vida do feto. Aliás, este não é o único conflito que se configura em tal caso, configurando-se, ainda, o embate entre o direito à saúde da mãe e a possibilidade de negativa da instituição médica[183].

É inegável que o médico se coloca diante de dois valores a serem considerados no caso concreto, mas como já ficou dito anteriormente, existem casos em que o princípio

[182] BAVIO, Paula Severino. Op. cit., p. 123.
[183] Idem, p. 124.

da beneficência deve se sobrepor ao da não maleficência, enquanto, em outros casos, o segundo deverá preponderar sobre o primeiro.

Não será diferente a situação do feto anencéfalo e de sua mãe, na medida em que parece ser mais adequado aplicar o princípio da beneficência a esta e o da não maleficência àquele. Deste modo, teríamos como considerar mais adequado, no caso concreto, o direito a uma morte digna do feto, o direito da genitora de não ser forçada a passar pelo sofrimento e perigos que uma gestação nestas condições pode representar, o direito à saúde do anencéfalo nascido, entre outros.

2.5.1 Direitos da personalidade da gestante

Quando o assunto em pauta é a gestação, é corrente a alegação de que a mãe teria direito à saúde e à liberdade de decidir o destino de seu próprio corpo. A autonomia reprodutiva é outro direito salientado e tratado dentro da ideia de liberdade.

Diversas são as discussões acerca da descriminalização do aborto e de suas consequências, mas convém ressaltar, desde logo, que o debate travado na tese em questão não terá os olhos voltados ao aborto de forma genérica, mas sim àquele cujo objeto da concepção for um feto portador de anencefalia.

O direito à saúde é um direito social fundamental, consagrado no *caput* do art. 6.º da Constituição da República Federativa do Brasil. A despeito da distinção feita por muitos doutrinadores de que direitos fundamentais nem sempre coincidem com direitos da personalidade, iremos mencionar o direito à saúde da mãe como espécie de direito da personalidade, dada sua relevância para o estudo do tema[184].

Impende destacar que o conceito de saúde gera alguma polêmica na seara médica, incluindo-se, hoje, uma dimensão psíquica, que até então não existia. Aliás, segundo a Constituição da Organização Mundial de Saúde, saúde seria o "estado de completo bem-estar físico, mental e social e não consistindo somente da ausência de uma doença ou enfermidade"[185].

---

[184] Rabindranath V. A. Capelo De Sousa, em seus estudos, afirma que os direitos positivados no Código Civil português como direitos da personalidade possuiriam o mesmo conteúdo dos direitos fundamentais tratados pela Constituição de Portugal, tratando-se ambos de maneira idêntica (Op. cit., p. 619-621).

[185] Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde:

The States Parties to this Constitution declare, in conformity with the Charter of the United Nations, that the following principles are basic to the happiness, harmonious relations and security of all peoples:

Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity.

Frente a isso, existem diversas posições sobre a possibilidade de outorgar autorização ao aborto do anencéfalo frente ao estado de saúde da mãe. Uma primeira posição nega qualquer possibilidade de se aceitar tal fato. Uma segunda aceita que existiria um dano psíquico que afetaria o estado geral de saúde da gestante, mas que não pode ser sobreposto ao direito conferido ao anencéfalo de cumprir seu tempo de gestação. Por fim, existe uma terceira posição considerando que, pelo bem do estado geral de saúde da mãe, deve-se reconhecer autonomia e validade a sua vontade em interromper a gravidez diante do diagnóstico de anencefalia da criança que ela carrega em seu ventre[186].

Hoje em dia é comum que alguns autores aleguem um direito à integridade psicofísica. Etimologicamente, o termo integridade provém do latim *integritas*, que significa intocado, intacto. Dessa forma, por integridade da pessoa humana se entende a correta ordenação das partes que compõem seu todo, consistindo no equilíbrio e harmonia entre as várias dimensões da pessoa humana, necessárias para o bom funcionamento de seu organismo[187].

Deve-se ressaltar que não basta uma discussão que considere apenas e tão somente o direito à vida e à saúde, se esta não for compreendida como abrangendo também o bem-estar psicossocial da pessoa. É justamente neste sentido que transcrevemos o posicionamento de Eva Giberti acerca da questão psicológica que envolve a gestante colocada sob o dilema de carregar um feto anencefálico:

The enjoyment of the highest attainable standard of health is one of the fundamental rights of every human being without distinction of race, religion, political belief, economic or social condition.
The health of all peoples is fundamental to the attainment of peace and security and is dependent upon the fullest co-operation of individuals and States.
The achievement of any State in the promotion and protection of health is of value to all.
Unequal development in different countries in the promotion of health and control of disease, especially communicable disease, is a common danger.
Healthy development of the child is of basic importance; the ability to live harmoniously in a changing total environment is essential to such development.
The extension to all peoples of the benefits of medical, psychological and related knowledge is essential to the fullest attainment of health.
Informed opinion and active co-operation on the part of the public are of the utmost importance in the improvement of the health of the people.
Governments have a responsibility for the health of their peoples, which can be fulfilled only by the provision of adequate health and social measures.
Accepting these principles, and for the purpose of co-operation among themselves and with others to promote and protect the health of all peoples, the Contracting Parties agree to the present Constitution and hereby establish the World Health Organization as a specialized agency within the terms of Article 57 of the Charter of the United Nations. Disponível em: http://www.searo.who.int/LinkFiles/About_SEARO_const.pdf. Acesso em 14 set. 2009.

[186] BAVIO, Paula Severino. Op. cit., p. 124.

[187] GARAY, Oscar E. **Derechos fundamentales de los pacientes**. Buenos Aires: Ad-Hoc Villela Editor, 2003. p. 142-143.

Este es el punto de inflexion que queda opacado al no evaluarse la dimensión psiquica de su trauma ya que cuando elige prescindir de lo que previamente engendró como hijo, solicitando un parto prematuro, esa mujer además, debe renegar de su capacidad maternante, desestimandola. Renegación y desestimación constituyen mecanismos de defensa psicopatológicos con diversos niveles de gravedad, asociados con el registro, por parte de la mujer, que ese ser solo mantiene con ella una relación fisiológico-sensorial, que la convierte en el soporte ortopédico de un ser vivo que no eligió engendrar. Los contenidos de su psiquismo, sus composiciones imaginarias y simbólicas quedan enlazadas con los movimientos fetales del ser anencefálico, incorporándose en el proceso de subjetivación maternante. Esta mujer-madre ingresa en el trance de inscribir a ese ser en los registros del horror que constituye la antitesis del vinculo madre-hijo.

Además de la complejidad del cuadro y del sufriento de la familia, la mujer se encuentran con la ingerencia de un discurso jurídico persecutorio y con el encogimiento de médicos que temen ser adjetivados como destructores de una vida humana. En aquellos historiales protagonizados por mujeres que deciden continuar con el embarazo encontramos argumentos autoconsoladores que son descriptos por Singer(1997), autor cuyas conclusiones suelen ser cuestionables. No obstante en este aporte abre unespecio reflexivo importante.

(…) La decision que impide autorizar la interrupcion del embarazo desconoce y rechaza los diagnósticos psicológicos que operan a partir de supuestos fundados por todas las teorías del trauma psiquico. Por lo tanto se interviene judicialmente a partir de un deficit informativo doblemente grave ya que los aportes de los psicólogos se incluyen en cada historia llevada ante el tribunal interviniente.Se decide no autorizar la interrupcion del embarazo cuando en dicha decisión existe un faltante que es el reconocimiento de una argumentación psicológica destinada a evaluar el estado del psiquismo materno, las características de la situacion y del entorno que incluye a los miembros de la familia(padre y otros hijos) La argumentacion fundamentada que impida generalizar de manera abusiva, asociando esta interrupcion de embarazo con aborto o con "riesgo de lesion para un feto que carece de posibilidades de defensa". Es decir, estamos ante un obstaculo epistemológico en la fundamentación que se utiliza para la aplicación de la justicia al incorporar un discurso juridico sostenido por extensiones ilícitas, desde una categoria ontológica (la Biología) hacia otra categoria ontológica(la Axiologia) O sea, desde la categoria constituida por la Biologia teniendo en cuenta el estatuto biologico del feto,mas alla de su consideracion como un ser engendrado por dos seres humanos hacia otra categoria , la Axiología, desde la cual fundamentan el derecho de su permanencia in utero hasta la parición y el nacimiento. O sea, se trata de ideologías- en el sentido crítico de las mismas-y no de fundamentación bioéticamente avalada.(Giberti E. 1982)

Se trata de un deslizamiento ideológico grave ya que por una parte, la simbiosis placentaria con la mujer que lo engendró y por otra parte la relacion entre su deseo de hijo y la que se instituye como muerte de la filiación , no generan una unidad, sino que parten de la diferencia entre dos seres vivos. (Para que haya simbiosis se comienza por distinguir una diferencia entre ambos). Entonces, al impedir el nacimiento prematuro del ser anencefalico, argumentando su derecho humano a la vida, se

> unifica al ser anencefalico con la mujer que lo engendró como si constituyeran una unidad, extendiendo ilícitamente los derechos de la persona- madre al feto anecefalico. Como si la simbiosis biofisiológica y la simbiosis formada por el deseo de hijo y la presencia del ser anencefalico autorizara , por transposición y extensión de la madre , incorporar a un ser anencefalico en la orbita de los derechos humanos antagonicamente a los derechos de la madre. Lo que constituye una extensión ilícita"[188].

O direito à saúde da gestante é tão importante que o Código Penal brasileiro consagrou em seu bojo uma causa especial de excludente de ilicitude ao crime de aborto quando este for realizado em vistas do risco de vida que corre a gestante. Essa espécie de aborto é conhecida na doutrina como aborto necessário.

Neste aspecto, é de fundamental importância considerar que a gravidez de um feto anencefálico resulta em graves riscos à gestante. Verifica-se a possibilidade de polihidrâmnios em 30 a 50% dos casos, o que pode causar dificuldade respiratória, ruptura uterina, embolia de líquido amniótico, hipotensão de decúbito dorsal etc[189]. Essas dificuldades respiratórias, ruptura uterina, além de lesões provocadas no canal de parto em decorrência do tamanho do feto anencéfalo, que normalmente é maior que o tamanho padrão de recém-nascidos, são suficientes para determinar uma gestação de risco[190].

O direito à saúde da gestante engloba não apenas a sua condição física, mas também a psicológica, de modo que qualquer abalo sofrido resulta em um profundo desrespeito a essa garantia.

Como já mencionado anteriormente, o sofrimento psicológico pelo qual passa uma gestante de anencéfalo é patente, vez que esta mãe vivencia o momento do nascimento de seu rebento para, logo em seguida, preparar seu funeral. O berço cede espaço para a urna fúnebre, não sendo possível à mãe experimentar os preparativos habituais que uma gravidez traz consigo.

Segundo Paula Severino Bonavides, ao decidir pela possibilidade do aborto do ser anencéfalo não se está solucionando o conflito que permeia os direitos da mãe face aos direitos do feto, já que é inegável que este sofrerá um dano. O que se pondera, então, é a peculiaridade desta patologia fetal que faz com que o dano da gestante seja algo certo, bem

---

[188] GIBERTI, Eva. **Anencefalia y daño psíquico en la madre**. Disponível em: http://www.aabioetica.org/anac.HTM. Acesso em: 03 abr. 2009.

[189] **Consideraciones éticas y médicas acerca de un embarazo anencefálico**. Comité de Ética del Hospital Privado de la Comunidad de Mar del Plata, 30 set. 1997. Disponível em: www.bioetica.org/dictamen7htm. Acesso em: 03 abr. 2009.

[190] LABOMBARDA, Pablo Martín. Op. cit., p. 24.

como este prejuízo pode também ser verificado dentro das relações familiares, que inevitavelmente sofrem um abalo com esta situação. Logo, a opção é por uma conduta médica beneficente, que respeite a autonomia da paciente que optou por esta solução[191].

Este estado ou defeito de ordem biológica não implica uma desvalorização de sua qualidade de ser humano, sendo digno de proteção jurídica. Contudo, seus direitos acabam por colidir com aqueles detidos por sua mãe e, quando colocados em uma balança de ponderação, devem os direitos desta prevalecer sobre os do feto. Dessa feita, a mãe pode optar entre interromper sua gravidez ou permitir que ela prossiga até o final. Essa opção, todavia, jamais poderá ser feita pelo feto, não porque ele ainda não tem voz ou capacidade de se expressar em um ou outro sentido, mas porque ele jamais vai adquirir esta capacidade[192].

Interessante destacar que, caso a genitora decida levar a cabo uma gestação de anencéfalo, é direito de sua personalidade garantir uma sepultura ao filho que vier a falecer, resguardando seu jazigo como elo que une dois seres de almas próximas. Neste sentido, o Tribunal da Relação de Coimbra destacou no julgamento da Apelação 377/10.0TBGRD.C1, rel. António Beça Pereira, Tribunal Guarda 2º J, datado de 17 de maio de 2011:

> 1. Constitui um direito de personalidade o direito a manter uma relação espiritual com os familiares já mortos.
> 2. Encontra-se a exercer esse direito quem junto à campa, em recolhimento, rezando ou não rezando, está com o falecido e coloca um ramo de flores no seu túmulo.
> 3. A circunstância de haver uma concessão da sepultura a favor de outra pessoa não é impeditiva deste direito de personalidade ser exercido do modo atrás referido.
> 4. Estando os cemitérios integrados no domínio público, quem tem a seu favor a concessão da uma sepultura não pode impedir que outros, nomeadamente os filhos da pessoa aí sepultada, se aproximem dessa campa.

Outro direito relacionado com sua personalidade é a autonomia reprodutiva da genitora, o qual constitui princípio ético que possibilita à gestante optar por situações que digam respeito a seu corpo e à formação de sua prole.

Este poder de decisão sobre os destinos reprodutivos que marcarão seu futuro destaca-se quando a discussão envolve a gestação de um feto anencéfalo. O direito em

---

[191] BAVIO, Paula Severino. Op. cit., p. 133, nota 87.
[192] Idem, p. 134.

questão é levantado como bandeira por aqueles que defendem o direito da mulher à prática do aborto, justificando-se com maior razão quando o feto gerado é portador de anencefalia.

O único respaldo que a legislação pátria confere a este direito se encontra na hipótese de gravidez decorrente de estupro, situação que permite à gestante a opção entre interromper a gravidez ou levá-la a cabo. A opção pelo aborto, nestes casos, constitui causa excludente da ilicitude[193].

A autonomia reprodutiva encontra-se amparada pelo texto de tratados e convenções internacionais, muitos dos quais o Brasil é signatário. Este fato reforça e evidencia o reconhecimento e o respeito aos direitos sexuais das mulheres pelo Direito Internacional[194].

Esta mesma consideração, contudo, não se verifica na órbita do direito interno, de modo que uma gestante de anencéfalo tem que percorrer uma verdadeira *via crucis* para ter reconhecido seu direito à interrupção desta gestação. A autonomia reprodutiva da mulher, então, passa pelo crivo judicial, pois apenas uma autorização exarada por um magistrado tem o condão de interromper toda a angústia experimentada por esta gestante.

Rebecca Cook escreve:

> A defesa e a articulação dos direitos que têm as mulheres a um tratamento de qualidade, à escolha pessoal e, desde logo, à liberdade nas decisões relativas ao seu corpo e às suas opções reprodutivas são aspectos importantes daquilo que se revela como um movimento definidor e protetor dos direitos reprodutivos das mulheres. Cresce o reconhecimento da importância da autodeterminação das mulheres relativamente à sua saúde e bem-estar[195].

Desta forma, o direito à autonomia reprodutiva passa pelo direito ao próprio corpo. Qualquer prática abortiva enseja um procedimento invasivo no corpo da mulher, do mesmo modo que uma gestação também implica mudanças físicas e hormonais que serão sentidas por este mesmo corpo.

---

[193] Art. 128, II do Código Penal: "**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". Este é o chamado aborto sentimental.

[194] O princípio 4 do Plano de Ação da Conferência Mundial sobre População e Desenvolvimento do Cairo (1994) dispõe: "O progresso na igualdade e equidade dos sexos, a emancipação da mulher, a eliminação de toda espécie de violência contra ela e a garantia de poder ela própria controlar sua fecundidade são pedras fundamentais de programas relacionados com população e desenvolvimento. Os direitos humanos da mulher e da menina são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais. A plena e igual participação da mulher na vida civil, cultural, econômica, política e social, nos âmbitos nacional, regional e internacional, e a erradicação de todas as formas de discriminação com base no sexo são objetivos prioritários da comunidade internacional".

[195] COOK, Rebecca J. Estimulando a efetivação dos direitos reprodutivos. In: COOK, Rebecca J. et al (org). **Reprodução e sexualidade**: uma questão de justiça**.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 24.

O direito ao próprio corpo, como expressão da personalidade da gestante, desponta como pilar na discussão sobre a interrupção da gestação, erigindo a vontade da genitora como base para o destino que deverá ser dado a esta gravidez.

Este direito ao próprio corpo resvala no direito à integridade física, ressaltando que a mulher deve ter resguardada sua integridade corporal em qualquer situação. A falta de autorização legislativa, aliás, é um desrespeito tanto à autonomia reprodutiva, quanto ao direito ao próprio corpo, vez que esta lacuna impele gestantes a procurarem métodos abortivos sem prescrição ou acompanhamento médico.

Situações como esta tornam a temática do aborto uma discussão de saúde pública, vertendo debates e pesquisas acerca dos meandros que envolvem práticas abortivas sem o respaldo médico-hospitalar.

Outro direito ameaçado na gestação anencefálica é o direito à integridade moral da gestante. A ausência de tratamentos psicológicos e psiquiátricos concomitantes à gestação em tal condição constitui violação à integridade moral daquela que carrega em seu ventre um descendente sentenciado pela vida à pena de morte.

Ofensa semelhante a este direito é verificada todas as vezes que uma mãe é submetida a um processo judicial para ter reconhecido seu direito a interromper a gestação de um feto anencéfalo. O constrangimento de judicializar uma demanda deste cunho é inegável, vez que a mãe acaba sendo, literalmente, julgada quanto ao destino que pretende encetar sobre sua gestação.

Por derradeiro, a Suprema Corte Americana destacou o direito à privacidade da gestante no caso *Roe versus Wade* (410 U.S. 113), julgado em 1973. Segundo o Tribunal:

> State criminal abortion laws, like those involved here, that except from criminality only a life-saving procedure on the mother's behalf without regard to the stage of her pregnancy and other interests involved violate the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment, which protects against state action the right to privacy, including a woman's qualified right to terminate her pregnancy. Though the State cannot override that right, it has legitimate interests in protecting both the pregnant woman's health and the potentiality of human life, each of which interests grows and reaches a "compelling" point at various stages of the woman's approach to term[196].

O direito à privacidade, conforme restou patente no julgamento de referido caso, deita suas bases sobre o conceito de liberdade pessoal, assentado na 14.ª Emenda da

[196] Disponível em: http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=410&invol=113. Acesso em: 23 ago. 2011.

Constituição Norte-Americana, incluindo em seu bojo o direito à reprodução sexual e à decisão da mulher em interromper ou não uma gravidez. Não compete ao Estado negar à gestante este direito que é essencialmente seu.

Ronald Dworkin, mencionando Catharine A. Mackinnon, destaca:

> Existem dois sentidos, sugere MacKinnon, nos quais é perigoso apelar a um direito à privacidade. Em primeiro lugar, insistir em que o sexo é uma questão privada implica que o governo não tem nenhuma preocupação legítima com o que acontece com as mulheres por trás da porta do quarto, onde podem ser estupradas ou espancadas. Em segundo lugar, a afirmação de que o aborto é uma questão privada parece implicar que o governo não tem nenhuma responsabilidade de ajudar a financiar o parto[197].

Dessa feita, resta inegável que os direitos de personalidade da gestante garantem ao debate do aborto de anencéfalos argumentos suficientes a fundamentar sua legalização, impondo uma reforma legislativa robusta no sentido de assentar a opção da mãe quanto ao destino da gravidez de que é titular.

A situação jurídica que envolve esta discussão, contudo, não anula ou desconsidera por completo o portador da anencefalia, ponderando, no caso concreto, valores contrapostos, que indicam a solução mais equânime a ser adotada nestas situações.

Importante destacar, assim, que os direitos reconhecidos à gestante e exaltados quando se defende seu direito ao aborto em tais condições resultam de um juízo de proporcionalidade que não invalida ou anula os direitos do nascituro, mas apenas valoram os interesses envolvidos, pautando uma decisão fática e jurídica que determina o desfecho de uma agonizante gestação.

A interrupção da gestação anencefálica pode, então, ser fundamentada em outros argumentos que não a inexistência de vida do feto ou o não reconhecimento de sua personalidade, sendo certo que esta é uma gestação de risco, motivo suficiente a permitir o aborto com base no risco de vida da gestante.

2.5.2 Direitos da personalidade do nascituro

Em que pese a difusão do termo conceitual "nascituro" e a ausência de discussão sobre seus termos, encontram-se julgados que utilizam a palavra "nascituro" em

---

[197] DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 71-76.

referência ao recém-nascido e não ao ser concebido mas ainda não nascido. O próprio dicionário Houaiss define nascituro como *o que está para nascer*[198], mas parece ser o termo, por vezes, empregado por nossos Tribunais em sentido diverso da precisão linguística.

Isso fica mais bem demonstrado no julgamento pelo STJ do AgRg no Ag 1092134/SC, 3.ª T., j. 17.02.2009, rel. Min. Sidnei Beneti:

> Civil e processual civil – Agravo regimental no agravo de instrumento – Responsabilidade civil – Ação indenizatória – Erro médico – Oxigenoterapia – Fibroplasia retrolenticular – Retinopatia do nascituro – Criança com perda de 90% (noventa por cento) da visão – Responsabilidade comprovada pelo tribunal *a quo* – Súmula 7/STJ – Danos materiais, morais e estéticos – Razoabilidade do *quantum* indenizatório – Extensão do julgamento do Recurso Especial 1.086.451/SC, quanto a juros, ao agravante.
>
> I – A responsabilidade civil da Agravante, na espécie, decorreu da comprovada falha na prestação dos serviços hospitalares de acompanhamento do recém-nascido, que deu causa inequívoca à doença da fibroplasia retrolenticular – retinopatia do nascituro –, que comprometeu mais de 90% (noventa por cento) da visão da criança. Essa conclusão não pode ser afastada nesta Corte, por depender do reexame do quadro fático-probatório.
>
> II - Não há como afastar a condenação solidária do médico e do Hospital em que internado o nascituro, na hipótese, pois o corpo clínico, embora possuísse autonomia funcional, subordinava-se administrativamente aos regulamentos da entidade hospital [*sic*], relação que caracteriza, em sentido amplo, o vínculo da preposição, ademais do fato de que Hospital recebia recursos da Seguridade Social. Precedentes.
>
> III – Considerando os danos permanentes à saúde do nascituro e a evidente responsabilização, não há razão para a alteração do *quantum* indenizatório em face da razoabilidade do patamar em que fixado, sendo R$ 76.000,00 (setenta e seis mil) pelos danos morais e R$ 30.400,00 (trinta mil e quatrocentos reais) pelos danos estéticos.
>
> IV - Quanto aos juros moratórios, estende-se ao Agravante os efeitos do acolhimento parcial do Recurso Especial interposto pelo médico, Dr. Rogério Antônio Gaio (REsp 1.086.451/SC), estabelecendo-se que, também relativamente à ASSEC, os juros moratórios correm a partir da data da citação e não da data do evento danoso.
>
> Agravo regimental improvido.

[198] HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Mindicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004. p. 515.

Esta confusão terminológica não é obra apenas de um julgado, de modo que em outra Turma do STJ o mesmo equívoco terminológico ficou registrado de forma ainda mais evidente:

> Processo civil – Ação civil pública – Legitimidade ativa do Ministério Público – Art. 129, III, da Constituição Federal – Lei 7.347/1985 – Lei 8.625/1993 – Defesa – Interesses individuais homogêneos – Usuários – Serviço público de saúde – Mortes de neonatos por septicemia.
>
> 1. É cediço na Corte que o Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, desde que esteja configurado interesse social relevante (Precedentes).
>
> 2. *In casu*, o Ministério Público do Estado de Roraima propôs ação civil pública contra o Estado de Roraima para condená-lo a indenizar os usuários do serviço público de saúde prestado pelo Hospital-Materno Infantil Nossa Senhora de Nazaré desde o ano de 1994, pelos prejuízos de cunho material, consistentes nos danos emergentes e lucros cessantes, e pelos danos morais, na conformidade daquilo que cada um deles, individual e posteriormente, vier a demonstrar em decorrência de que muitos usuários, dentre eles vários nascituros, faleceram por deficiência de assepsia material e/ou humana no referido hospital.
>
> 3. Isto por que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, *a fortiori*, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.
>
> 4. O novel art. 129, III, da Constituição Federal habilitou o Ministério Público à promoção de qualquer espécie de ação na defesa de direitos difusos e coletivos não se limitando à ação de reparação de danos.
>
> 5. Hodiernamente, após a constatação da importância e dos inconvenientes da legitimação isolada do cidadão, não há mais lugar para o veto da *legitimatio ad causam* do MP para a Ação Popular, a Ação Civil Pública ou o Mandado de Segurança coletivo.
>
> 6. Em conseqüência, legitima-se o *Parquet* a toda e qualquer demanda que vise à defesa dos interesses difusos e coletivos, sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade).
>
> 7. Deveras, o Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.
> 8. Precedentes do STJ: AARESP 229226 / RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 07/06/2004; REsp 183569/AL, deste relator, Primeira Turma, DJ de 22/09/2003; REsp 404239 / PR; Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ de 19/12/2002; ERESP 141491 / SC; Rel Min. Waldemar Zveiter, Corte Especial, DJ de 01/08/2000.
>
> 9. Nas ações que versam interesses individuais homogêneos, esses participam da ideologia das ações difusas, como sói ser a ação civil pública. A despersonalização desses interesses está na medida em que o

> Ministério Público não veicula pretensão pertencente a quem quer que seja individualmente, mas pretensão de natureza genérica, que, por via de prejudicialidade, resta por influir nas esferas individuais.
>
> 10. A assertiva decorre do fato de que a ação não se dirige a interesses individuais, mas a coisa julgada *in utilibus* poder ser aproveitada pelo titular do direito individual homogêneo se não tiver promovido ação própria.
>
> 11. A ação civil pública, na sua essência, versa interesses individuais homogêneos e não pode ser caracterizada como uma ação gravitante em torno de direitos disponíveis. O simples fato de o interesse ser supraindividual, por si só já o torna indisponível, o que basta para legitimar o Ministério Público para a propositura dessas ações.
>
> 12. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido." (REsp 637332/RR, 1.ª T., j. 24.11.2004, rel. Min. Luiz Fux, grifo nosso)

Orlando de Carvalho relembra o brocardo segundo o qual *nasciturus pro jam nato habetur quotiens de commodis ejus agitur*, cuja tradução para o vernáculo significa "tenha-se o nascituro por nascido, na medida em que sejam tratados seus interesses". Assim, não deveríamos compreender a personalidade do nascituro como uma personalidade parcial no que favoreça aos seus interesses, mas sim como resultado da personalidade jurídica que irá surgir com seu nascimento, como medida da própria personalidade humana[199].

A integridade de uma pessoa se expressa em uma relação equilibrada entre os elementos de ordem corporal, psicossocial e intelectual de sua vida, ocupando todos igual valor no conjunto. Porém, quando a situação exigir, pode um deles prevalecer sobre os demais na relação[200].

É de se ressaltar que o tema dos direitos do nascituro sempre foi conturbado, sobretudo quando portador de anencefalia, vez que a existência de vida convive com a ideia de ausência de autonomia e dependência biológica para ser viável. O tema fica ainda mais conturbado quando religião e moral entram no campo de discussão, tornando o enfoque turvo.

A discussão que encerra a questão da anencefalia também é, devido à ausência de bases jurídicas que sustentem decisões equânimes e justas, paradoxal. Aliás, sempre que um determinado assunto adentra searas tão distintas, como a religião, ciência, filosofia,

---

[199] CARVALHO, Orlando de. **Teoria geral da relação jurídica** – bibliografia e sumário desenvolvido. Coimbra: Policop, 1970. p. 28.
[200] GARAY, Oscar E. Op. cit., p. 143.

sociologia, entre outras, as respostas encontradas não serão as mesmas, ainda que em casos idênticos.

Assim, Jorge Luis Manzini atesta que existe

> una paradoja inadmisible; que el Estado por un lado niegue el derecho a la indución del parto y, por otro afirmen los médicos que cuando se dan nacimientos de este tipo, no reaniman a los bebés para no utilizar recursos que a sabiendas y de antemano no darán ningún resultado[201].

O tema, longe de possuir uma solução correta ou pacífica, já foi tratado por diversos autores da seara jurídica, o que mostra sua relevância não apenas no campo teórico, mas, sobretudo, a inquietude que ele traz ao caos dos acontecimentos concretos.

A conclusão pela personalidade do nascituro ou pela sua ausência enseja diversas consequências, jurídicas e sociais. Contudo, a despeito de toda a discussão existente acerca da atribuição ou não de personalidade jurídica ao nascituro, é indiscutível que alguns direitos da personalidade lhe são dedicados.

Doutrinadores civilistas colocam a existência do direito do nascituro a alimentos, à vida, à integridade física, à imagem, ao nome, enfim, pronunciam a tutela a direitos fundamentais para a estruturação de uma nova vida com toda a dignidade que ela merece e o ordenamento prestigia.

O arcabouço jurisprudencial que cerca a temática dos direitos atribuídos ao nascituro ainda é escasso, mas é firme e contundente na defesa da existência destes direitos. Alguns deles são pacificamente reconhecidos e tutelados pelos Tribunais Superiores de nosso país, como é o caso do direito à vida e à saúde.

Neste sentido:

> Processual civil – Gestante – Estado crítico de saúde – Ação civil pública – Legitimidade do Ministério Público – Direito indisponível.
>
> 1. A demanda envolve interesse individual indisponível na medida em que diz respeito à internação hospitalar de gestante hipossuficiente, o que, sem sombra de dúvidas, repercute nos direitos à vida e à saúde do nascituro e autoriza a propositura da ação pelo Ministério Público.
>
> 2. Tem natureza de interesse indisponível a tutela jurisdicional do direito à vida e à saúde de que tratam os arts. 5.º, *caput*, e 196 da Constituição, em favor de gestante hipossuficiente que necessite de internação hospitalar quando seu estado de saúde é crítico. A legitimidade ativa, portanto, se afirma, não por se tratar de tutela de direitos individuais

[201] MANZINI, Jorge Luis. **Aportes para una discusión bioética acerca de la interrupción de embarazo anencefálico**. Disponível em: www.aabioetica.org/m2.htm. Acesso em: 13 abr. 2011.

> homogêneos, mas sim por se tratar de interesses individuais indisponíveis (REsp 933.974/RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJU* 19.12.2007).
>
> 3. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no REsp 1045750/RS, 2.ª T., j. 23.06.2009, rel. Min. Castro Meira)

O acórdão acima transcrito evidencia, ainda, que é reconhecida a legitimidade do Ministério Público na tutela dos interesses do nascituro, sendo importante defensor de tais direitos.

Dessa feita, no que tange à afirmação de que o nascituro teria meras expectativas de direitos, isso parece não mais corresponder com a realidade, vez que alguns direitos, ainda que poucos e restritos, lhe são garantidos independentemente de seu nascimento com vida.

Dessa feita, o nascituro teria uma personalidade jurídica formal, sendo esta a denominação adotada por alguns doutrinadores, como é o caso de Maria Helena Diniz[202]. Cumpre mencionar que tal denominação, no entanto, é discrepante na doutrina, de modo que Walter Moraes[203], por exemplo, enxerga a personalidade formal como aquela que não é reconhecida pelo Código Civil, contrapondo-se à personalidade material, que seria aquela reconhecida pelo diploma legislativo em questão.

Neste sentido, no que tange aos direitos de índole patrimonial, parece restar configurada uma expectativa de direito, o que é denominado por alguns autores de personalidade jurídica material.

Interessante observar que, em julgado de 1983, o STF deixou clara uma distinção entre nascituro e nascido, colocando cada qual em patamares distintos:

> Civil – Nascituro – Proteção de seu direito, na verdade proteção de expectativa, que se tornara direito, se ele nascer vivo – Venda feita pelos pais a irmã do nascituro – As hipóteses previstas no Código Civil, relativas a direitos do nascituro, são exaustivas, não os equiparando em tudo ao ja nascido (STF, RE 99038/MG, 2.ª T., j. 18.10.1983, rel. Min. Francisco Rezek,)
>
> Pontes de Miranda já traçava as bases deste entendimento, asseverando que:

---

[202] Segundo referida doutrinadora "tem o nascituro personalidade jurídica formal, no que se refere aos direitos personalíssimos, passando a ter personalidade jurídica material, adquirindo os direitos patrimoniais, somente, quando do nascimento com vida. Portanto, se nascer com vida, adquire personalidade jurídica material, mas, se tal não ocorrer, nenhum direito patrimonial terá" (DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 205).

[203] MORAES, Walter. O problema da autorização judicial para o aborto. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, ano 20, p. 24-25, v. 99, mar.-abr. 1986.

> No suporte fático da regra jurídica *Nasciturus pro iam nato habetur*, não há inversão de elementos; a eficácia é que se antecipa: antes do suporte fático da pessoa se completar, atribuem-se efeitos ao que é o suporte fático de agora, portanto incompleto para a eficácia da personalização. Seria desacertado só se reconhecerem todos os efeitos após o nascimento, como desacertado seria admiti-los todos desde já. Procurou-se a melhor solução: "resguardarem-se" os interesses desde já. O suporte fático das regras jurídicas concernentes a pessoas futuras (ainda não nascidas, nem concebidas) é diferente; e o direito iria contra os fatos da vida e sua própria concepção da personalidade se recorresse à mesma regra *pro iam nato habetur*, em se tratando de *nondum concepti*. O já concebido é suporte fático de "pessoa", que pode não vir a nascer vivo; portanto, se não nasce vivo, é como se não tivesse sido concebido. Em relação a seus interesses, tinha de ser atendido, enquanto isso não se dá. O problema de técnica legislativa é duplo: consiste em se saber quando e até que ponto pode ou deve ser protegido o interesse da pessoa que ainda não nasceu, a) concebido já o ente humano ou b) ainda não concebido. A solução bifurca-se, porque não há paridade entre o *iam conceptus* e o *nondum conceptus*.
>
> Se, quanto ao *infans conceptus*, se lhe atribuísse, desde já, personalidade, o nascimento sem vida teria de atuar como elemento de suporte fático novo, que entrasse no direito e cancelasse, *ex tunc*, a eficácia da personificação prematura. A vida, em si mesma, independente do nascimento, seria determinadora da personalidade: *Homo est qui futurus est*. Identificar-se-ia *homo* e *persona*, o que ainda vai entrar na vida social e o que nela já entrou. Tal identificação foge à verdadeira natureza do direito: protege-se o feto, como ser vivo, como se protege o ser humano já nascido, contra atos ilícitos absolutos e resguardam-se os seus interesses, para o caso de nascer com vida; biologicamente, o *conceptus sed non natus* já é homem; juridicamente, esse ser humano ainda não entrou na vida social, que é onde se enlaçam as relações jurídicas. Não foi a personificação do nascituro a solução que deram conhecedores profundos da vida social, como foram os legisladores e juristas gregos e romanos. Tinham eles consciência de que antecipavam efeitos, quo*tiens de com modis etus agitur*. (Quando Polidectes morreu, pensou-se que Licurgo era o rei, e reinou ele; mas, sabendo-se que a rainha estava grávida, declarou que, se lhe nascesse filho, seria esse o rei, não cabendo a ele mais que a tutoria.).[204]

Ao nascituro, segundo Enunciado 1 da I Jornada de Direito Civil, realizada em setembro de 2002, são reconhecidos alguns direitos da personalidade, dispondo: "A proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura". Sendo assim, pode se extrair do texto que o Código Civil, ainda que implicitamente, reconhece direitos da personalidade ao nascituro.

---

[204] **Tratado de direito privado**. t. I. Disponível em: http://200.255.167.162/pesquisa/pdf_livros/pontes_de_miranda_tratado_de_direito_privado/tratado_de_direito_privado_tomo1.pdf. Acesso em: 10 ago. 2011.

É de se ressaltar, ainda, que o STJ, em recentes julgados, tem reconhecido até mesmo a configuração de dano moral contra o nascituro, o que comprova o posicionamento das Cortes Judiciárias do país em aceitar a existência de direitos da personalidade do nascituro, garantindo sua proteção por meio de decisões judiciais, com a formação de uma jurisprudência neste sentido.

Alguns julgados que comprovam esta orientação merecem ser transcritos:

> Civil e processual civil – Agravo regimental no agravo de instrumento – Responsabilidade civil – Ação indenizatória – Erro médico – Oxigenoterapia – Fibroplasia retrolenticular – Retinopatia do nascituro – Criança com perda de 90% (noventa por cento) da visão – Responsabilidade comprovada pelo tribunal *a quo* – Súmula 7/STJ – **Danos materiais, morais e estéticos** – Razoabilidade do *quantum* indenizatório – Extensão do julgamento do Recurso Especial 1.086.451/SC, quanto a juros, ao agravante.
> I – A responsabilidade civil da Agravante, na espécie, decorreu da comprovada falha na prestação dos serviços hospitalares de acompanhamento do recém-nascido, que deu causa inequívoca à doença da fibroplasia retrolenticular – retinopatia do nascituro –, que comprometeu mais de 90% (noventa por cento) da visão da criança. Essa conclusão não pode ser afastada nesta Corte, por depender do reexame do quadro fático-probatório.
> II – Não há como afastar a condenação solidária do médico e do Hospital em que internado o nascituro**,** na hipótese, pois o corpo clínico, embora possuísse autonomia funcional, subordinava-se administrativamente aos regulamentos da entidade hospital, relação que caracteriza, em sentido amplo, o vínculo da preposição, ademais do fato de que Hospital recebia recursos da Seguridade Social. Precedentes.
> III – Considerando os **danos permanentes à saúde do** nascituro e a evidente responsabilização, não há razão para a alteração do *quantum* indenizatório em face da razoabilidade do patamar em que fixado, sendo **R$ 76.000,00 (setenta e seis mil) pelos** danos morais e R$ 30.400,00 (trinta mil e quatrocentos reais) pelos danos estéticos.
> IV – Quanto aos juros moratórios, estende-se ao Agravante os efeitos do acolhimento parcial do Recurso Especial interposto pelo médico, Dr. Rogério Antônio Gaio (REsp 1.086.451/SC), estabelecendo-se que, também relativamente à ASSEC, os juros moratórios correm a partir da data da citação e não da data do evento danoso. Agravo regimental improvido". (STJ, AgRg no Ag 1092134/SC, 3.ª T., j. 17.02.2009, rel. Min. Sidnei Beneti, grifos nossos).

> "Responsabilidade civil – Acidente do trabalho – Morte – Indenização por dano moral – Filho nascituro – Fixação do *quantum* indenizatório – *Dies a quo* – Correção monetária – Data da fixação pelo juiz – Juros de mora – Data do evento danoso – Processo civil – Juntada de documento na fase recursal – Possibilidade, desde que não configurada a má-fé da parte e oportunizado o contraditório – Anulação do processo – Inexistência de dano – Desnecessidade.
> – **Impossível admitir-se a redução do valor fixado a título de compensação por danos morais em relação ao nascituro,** Em comparação com outros filhos do *de cujus*, já nascidos na ocasião do

> evento morte, porquanto o fundamento da compensação é a existência de um sofrimento impossível de ser quantificado com precisão. (...)" (STJ, REsp 931556/RS, 3.ª T., j. 17.06.2008, rel. Min. Nancy Andrighi, grifos nossos).
>
> Direito civil – Danos morais – Morte – Atropelamento – Composição férrea – Ação ajuizada 23 anos após o evento – Prescrição inexistente. Influência na quantificação do *quantum* – Precedentes da turma – Nascituro – Direito aos danos morais – Doutrina – Atenuação – Fixação nesta instância – Possibilidade – Recurso parcialmente provido.
> I – Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do quantum.
> II – **O nascituro também tem direito aos danos morais** pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do *quantum*.
> III – Recomenda-se que o valor do dano moral seja fixado desde logo, inclusive nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento da solução jurisdicional." (STJ, REsp 399028/SP, 4.ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 26.02.2002, grifos nossos).

Como exemplo desta postura adotada, a Comissão Estadual de ex-Presos Políticos de São Paulo reconheceu um nascituro como ex-preso político, declarando que ele teria sido vítima de tortura no regime imposto pela ditadura militar. Esta resposta conduziu à condenação do Estado por danos morais sofridos por este ser humano.

A decisão em questão entendeu:

> Trata-se de João Carlos Grabois, filho da ex-guerrilheira Criméia Grabois. Em dezembro de 1972, depois de voltar da região do Araguaia, grávida de sete meses, Criméia foi presa e levada para o DOI-Codi, em São Paulo. Segundo relatos de testemunhas e dela própria, foi torturada. Em janeiro, foi transferida para Brasília. [...] Entendo que o fruto do concepto de sete meses de gestação deve ser reconhecido como preso político da ditadura militar e pelas torturas sofridas no período de sua vida intra-útero que lhe resultaram transtornos psicológicos (grifo nosso)", diz trecho do parecer de 2004, de autoria de Henrique Carlos Gonçalves, representante do Conselho Regional de Medicina de São Paulo na comissão estadual[205].

O julgado em comento assentou a violação de direitos da personalidade de um ser que, pela legislação brasileira, não seria, ainda, pessoa. Dessa feita, inegável o resguardo de um ser humano que se forma no ventre materno, garantindo a ele um

[205] Comissão de SP reconhece feto como preso político. **Instituto brasileiro de Direito de Família.** Divulgado em 08 fev. 2007. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/?noticias&noticia=1290. Acesso em: 25 nov. 2008.

desenvolvimento isento de abalos ou sofrimentos, sendo certo que o período gestacional é fundamental para a configuração psíquica e física do ser humano.

A Corte Constitucional da Itália, em sua sentença de n. 27, do ano de 1975, assentou, segundo resumo de Labombarda, o que segue:

> a) Tiene fundamento constitucional La tutela del concebido, cuya situación jurídica se coloca, ya sea con las particulares características proprias, entre los derechos inviolables del hombre reconocidos y garantizados por la Constitución, b) Igualmente tiene fundamento constitucional la protección de la maternidad, c) Son derechos fundamentales también aquellos relativos a la vida y la salud de la mujer gestante, d) Cuando ambos estén expuestos a peligro, cabe amparar la vida y la salud de la madre, debiéndose igualmente proceder de manera tal que se salve, em caso que sea posible, la vida del feto [206].

Aliás, foi justamente com base nesse entendimento que se negou a derrogação parcial da lei italiana de n. 194, continuando vigente a legalidade da interrupção da gestação durante os primeiros 90 dias diante da constatação de uma irregularidade orgânica do nascituro[207].

Resta evidente que, mesmo existindo divergência a respeito de ser o nascituro detentor de personalidade jurídica, direitos que derivam desta personalidade lhe são reconhecidos, como também existe tal reconhecimento em relação às pessoas que já faleceram.

Aliás, este é um paralelo interessante de ser feito, uma vez que o *de cujus*, cuja personalidade é pacificamente inexistente, recebe a proteção dos direitos da personalidade mesmo no *post mortem*, quando sua personalidade deixou de existir.

Sem entrar na discussão a respeito de se a tutela conferida pelo Código Civil aos direitos da personalidade de pessoa falecida dizem respeito a esta própria pessoa ou se o objetivo fora tutelar a honra e imagem familiar, foi consagrada expressamente uma proteção aos direitos de personalidade de uma pessoa que não detém personalidade jurídica.

Dessa feita, diante do fato de o diploma civilista tutelar de forma clara os direitos da personalidade de quem nem mais existe no mundo fático, seria um contrassenso não tutelar os direitos de quem existe no mundo fático, ainda que de forma embrionária. Seria injusto e irrazoável trazer ao abrigo das normas jurídicas direitos de uma pessoa que nunca mais poderá ser ofendida ou experimentar qualquer sofrimento e desabrigar por

[206] LABOMBARDA, Pablo Martín. Op. cit., pp. 105-106.
[207] Idem, p. 106.

completo os direitos de um ser que terá toda uma vida pela frente, passando pelas agruras e pelos sofrimentos que uma ofensa a sua futura personalidade pode lhe causar.

Sendo assim, o reconhecimento de direitos da personalidade ao nascituro independe de qualquer discussão acerca da existência ou não de personalidade jurídica em sua forma fetal e embrionária.

Parece possível, então, concluir que os direitos da personalidade, a despeito de estarem umbilicalmente relacionados com a existência da personalidade em si, independem desta constatação fática para surtirem efeitos na esfera de proteção jurídica. O ordenamento brasileiro quis tutelar os direitos da personalidade como garantia de uma futura personalidade jurídica que se haveria de adquirir ou como reflexo de uma personalidade que já existiu, surtindo efeitos no *post mortem*.

Julgado interessante do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul impediu que uma gestante fosse presa em decorrência do não pagamento de pensão alimentícia em razão dos direitos do nascituro que carregava:

> Agravo de instrumento – Execução de alimentos – Devedora grávida – Suspensão do decreto prisional – Proteção ao nascituro – Ausência de conotação meramente punitiva na prisão civil.
>
> Mesmo inexistindo previsão legal impedindo a decretação da prisão civil de devedora grávida, por tal estado, o decreto prisional não deve persistir em tal período, face a possibilidade de prejuízos à gestação, assim como a proteção ao nascituro e, ainda, as notórias dificuldades da mulher grávida em obter emprego. Prisão civil não pode se conotar meramente punitiva, mormente se destinando, em regime aberto, a possibilitar o trabalho pelo devedor com vista ao cumprimento da obrigação. Rara possibilidade da mulher grávida adquirir trabalho, durante o estado gravídico, não justificando também assim a prisão. Durante o período da gestação, impõe-se a suspensão da ordem de prisão, ainda que persista a obrigação alimentar.
>
> Agravo de instrumento desprovido.
>
> Não há impedimento legal de se decretar a prisão, mormente a civil, contra mulher grávida.
>
> No entanto, não há como desconsiderar que a prisão, nesse estado, pode ocasionar prejuízos ou danos ao nascituro, haja vista a inegável sensação de desconforto ou sequelas psicológicas na mulher, que certamente influiriam na formação do feto. Mas, além das condições 'subjetivas', haveria o risco de danos físicos ao nascituro, face o ambiente prisional que a grávida haveria de conviver em tal período.
>
> Há de se considerar, ainda, que a prisão civil se executa em regime aberto, justamente para possibilitar que o devedor(a) busque trabalho para poder honrar sua obrigação. Em se tratando de mulher, e grávida,

> certamente suas possibilidades de trabalho aumentar-se-iam ao extremo, modo a ensejar que a prisão, nesse caso, tivesse apenas conotação punitiva, o que, no caso, não se justifica, mormente se tratando, como dito, de pessoa grávida. (TJRS, AI 70028613933, 7.ª Câm. Civ., j. 15.04.2009, rel. Des. André Luiz Planella Villarinho).

Diante do quanto exposto acima, resta evidente que nos dias atuais a tendência é aceitar e cada vez mais proteger os direitos do nascituro, independentemente de considerá-lo como sujeito de direitos dotado de personalidade ou não.

Parece que este é um caminho que tende a um reconhecimento cada vez maior dos direitos inerentes à condição de ser humano, o que deriva, até mesmo, do princípio da proibição do retrocesso, também chamado de efeito *cliquet*. Segundo tal princípio, alcançado um patamar de proteção aos direitos humanos não é mais possível retroceder, retirando-se garantias ou direitos que eram conferidos anteriormente.

Dessa feita, uma vez regulamentado um direito fundamental, não haveria mais como retroceder a proteção conferida à matéria, seja revogando a norma que o protegia, seja implementando medidas que o tornem ineficaz.

Algumas ações permitiram que o STF discutisse este princípio em seu plenário, como foram os casos das ADIn 3.105-8-DF e 3.128-7-DF e do MS 24.875-1-DF. Isso nos mostra a importância da garantia dos direitos humanos e sociais, sendo os direitos da personalidade uma importante parcela dentro deste âmbito de proteção.

Não há como desconsiderar que somos seres humanos, base e fundamento da existência da sociedade, de modo que a ausência de proteção aos valores e direitos inerentes à condição que ostentamos torna frágil a espinha dorsal que sustenta a estrutura social e comunitária.

O direito regula, por excelência, a vida em comunidade, solucionando o embate diário que envolve as relações humanas. Assim, a existência do elemento humano e a sua preservação são o terreno no qual se desenvolve todo o restante, não havendo que se falar em sociedade nem em direito caso a fertilidade deste solo não seja garantida.

Assim, antes do nascimento o sistema jurídico concede uma tutela efetiva ao nascituro, resguardando certos direitos que estão intrinsecamente ligados à dignidade do ser humano (mesmo que não seja um ser vivo).

Uma interessante notícia divulgada pelo site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ilustra bem a afirmação anteriormente feita:

Concedida indenização do seguro DPVAT por morte de feto

Por 4 votos a 3, o 3.º Grupo Cível do TJRS concedeu o pagamento do seguro DPVAT por morte de feto em decorrência de acidente de trânsito. No entendimento dos desembargadores que votaram pela concessão do benefício, a pessoa existe desde a concepção, sendo, portanto, detentora de direitos mesmo antes de nascer.

A ação de cobrança foi ajuizada na Comarca de Novo Hamburgo, postulando o pagamento do seguro obrigatório. Foi movida por pai de feto natimorto em decorrência de acidente de trânsito, contra Confiança Companhia de Seguros S/A e Fenaseg – Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e Capitalização.

A ação tinha sido analisada anteriormente pela 5.ª Câmara Cível que, por 2 votos a 1, não concedeu o pagamento do seguro, revertendo sentença de 1.º Grau da magistrada Nara Rejane Klain Ribeiro. O pai da criança interpôs Embargos Infringentes a Grupo, uma vez que a decisão foi por maioria.

Voto vencedor

O Desembargador Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, relator, destacou que a **legislação garante direitos ao nascituro – como o direito à vida e à integridade física – que não dependem do nascimento com vida**. Concluiu que, **se aquele que ainda não nasceu já é uma pessoa, tem direito ao seguro DPVAT**.

A Desembargadora Liége Puricelli Pires votou no mesmo sentido, ressaltando que apesar do Código Civil entender que a personalidade jurídica da pessoa começa no nascimento com vida, há uma tendência de migração para seu início a partir da concepção. Apontou como exemplo a Lei de alimentos gravídicos que reconheceu e regulou o direito do nascituro à pensão alimentícia. Para o Desembargador Luís Augusto Coelho Braga, diante da evolução da Medicina é correto presumir que o feto nascerá, cabendo, por isso, que a ele sejam conferidos direitos. Também acompanhou o voto do relator o Desembargador Artur Arnildo Ludwig.

Votos divergentes

O Desembargador Jorge Luiz Lopes do Canto votou no sentido de que o nascituro não tem personalidade jurídica, embora tenha assegurado determinados direitos. Enfatizou que o Código Civil afirma que a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida, cabendo àquele que ainda não nasceu mera expectativa de direitos. Citou que esse é também o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que autorizou o uso de células-tronco.

Também foram voto vencido os Desembargadores Leo Lima e Romeu Marques Ribeiro Filho. (Proc. 70026431445)[208]

[208] Texto extraído de http://www.tjrs.jus.br/. Acesso em 24 out. 2008.

Sendo assim, é inegável que certos direitos personalíssimos são reconhecidos ao nascituro, como a vida, a proteção pré-natal, o direito a alimentos (como prevê a lei que dispõe sobre os alimentos gravídicos), entre outros.

Dessa feita, o nascituro é titular de direitos da personalidade, fato este que apimenta a discussão a respeito da possibilidade de aborto em casos de anencefalia. Esta constatação independe do deferimento de personalidade jurídica ao ser concebido e ainda não nascido, vez que a tutela dos direitos que protegem e garantem a personalidade de um indivíduo é anterior a este reconhecimento pelo ordenamento.

A anencefalia, como anomalia genética, não retira a proteção consagrada aos nascituros em geral. A peculiar condição destes seres humanos é fator que deveria garantir com maior rigor a existência e a proteção destes direitos. A diferença na formação física e mental destes embriões é elemento de desigualdade capaz de exigir uma tutela diferenciada destes indivíduos em formação, sendo tal fato pilar do princípio da igualdade.

Logo, os mesmos direitos garantidos aos nascituros em geral devem ser, com maior razão, tutelados em face do anencéfalo, primando, desse modo, pela garantia de sua dignidade e de sua condição de igualdade perante os demais e perante o ordenamento jurídico.

2.5.2.1 Evolução legislativa

A evolução legislativa acompanha, na maior parte das vezes, o desenvolvimento que se verifica em outros campos do conhecimento humano, como a ciência, a biologia, a física etc. Existe também um desenvolvimento jurídico que toma corpo a partir de uma mudança social, cultural e política, o que não deve ser desconsiderado.

No que diz respeito aos direitos do nascituro isso não foi diferente, na medida em que os braços do ordenamento pátrio vêm, paulatinamente, envolvendo a questão do nascituro, abrigando em seu seio cada vez mais direitos e instrumentos capazes de tutelá-lo.

Um exemplo bastante atual é a Lei dos Alimentos Gravídicos, que veio possibilitar ao nascituro a formulação do pedido de alimentos perante o Poder Judiciário. Interessante notar que referida lei permite ao próprio nascituro ir a juízo, representado por

sua mãe ou outra pessoa que lhe seja nomeada curadora, pedindo em nome próprio os alimentos de que necessita para se desenvolver no útero materno.

O nascituro, assim, possui direito próprio aos alimentos. Não se trata de direito da sua mãe, mas sim de algo que a lei conferiu a sua própria pessoa.

As discussões envolvendo os direitos do nascituro são antigas e infindáveis. Fato é que sua proteção sempre foi alvo de debates e de incontáveis polêmicas.

O nascituro, inclusive, foi objeto de leis antiescravagistas, como foi o caso da Lei do Ventre Livre, promulgada pelo Gabinete de Visconde do Rio Branco em 28 de setembro de 1871. Segundo esta lei, todos os nascituros de então e as crianças que viessem a nascer dali para frente teriam o *status* de homens e mulheres livres.

Referida lei, ao tutelar direitos e interesses dos nascituros concebidos de mulher escrava, teve, na verdade, um efeito colateral pernicioso. Com a promulgação da norma em questão, passou-se a verificar o descaso generalizado com a gestação dos escravos, bem como uma falta de cuidados e de atenção em relação aos recém-nascidos, o que aumentou muito os índices de mortalidade infantil na época.

A despeito da efetividade da lei e de seus aspectos positivos e negativos, interessante é destacar que a campanha abolicionista no Brasil teve sua primeira lei justamente com o objetivo de tutelar os nascituros de mulheres escravas, o que demonstra a importância e a preocupação que já se tinha na época com os já concebidos e ainda não nascidos. Isso demonstra que eles não estavam completamente à margem da legislação.

Impossível seria falar em uma evolução legislativa sem mencionar o direito português, o qual, em suas Ordenações Filipinas, já tratava da situação jurídica do nascituro. Neste sentido, temos a posse em nome do ventre, segundo a disposição do Livro 3º, Título XVIII, § 7.º da Ordenações: "E poderá ouvir e julgar sobre a demanda, que faça parte alguma mulher, que ficasse prenhe, pedindo que a mettam em posse de alguns bens, que lhe pertençam por razão da criança, que tem no ventre"[209].

As Ordenações também continham previsão de invalidade do testamento quando, após a morte do testador, viesse a ser descoberto algum filho ilegítimo do qual ele não tinha conhecimento:

> Outrosi, se o pai, ou mãi ao tempo do testamento não tinha filho legítimo, e depois lhe sobreveio, ou o tinha, e não era sabedor, e é vivo ao tempo

[209] ALMEIDA, Silmara J. A. Chinellato e. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 178.

> da morte do pai, ou mãi, assi o testamento, como os legados nelle conteúdos são nenhuns e de nenhum vigor[210].

Dessa feita, verifica-se que o nascituro desde há muito estava ao abrigo do ordenamento jurídico, o que foi apenas sendo solidificado com o tempo para conferir melhor contorno às disposições normativas no campo do direito obrigacional.

Na seara do direito civil temos a primeira tentativa de uma codificação com o trabalho de Augusto Teixeira de Freitas, o qual teve o início de seus trabalhos em 1865, com o abandono dos mesmos em 1868. A então promissora Consolidação das Leis Civis era uma previsão da Constituição de 1824, a qual previra também a elaboração de um Código Criminal.

Atendendo ao programa traçado na Carta Constitucional, Teixeira de Freitas foi chamado em janeiro de 1859 para a árdua tarefa de dotar nosso Estado independente de um Diploma legal de cunho civilista. Seu projeto de Código, ou melhor, seu Esboço, foi extremamente avançado para a época. Contando com 4.608 artigos, ele previa até mesmo a unificação do direito privado[211], o que somente veio a se concretizar com a promulgação do Código Civil de 2002.

O artigo inaugural de seu Esboço tratou justamente dos direitos do nascituro, estabelecendo que "as pessoas considerão-se como nascidas, apenas formadas no ventre materno; a Lei lhes conserva seus direitos de successão para o tempo do nascimento". Impende destacar, a respeito deste artigo, que Teixeira de Freitas, vislumbrando uma indesejada limitação dos direitos do nascituro apenas quanto à sucessão, dispôs em nota de rodapé que referida restrição não deveria ser levada a efeito. Assim, ele afirmava que a palavra sucessão deveria ser eliminada, tendo-se em vista que além deste, outros direitos lhe seriam assegurados por lei[212].

Interessante notar que o Esboço de Teixeira de Freitas vem justamente no sentido de reconhecer o nascituro como pessoa, condicionando ao seu nascimento apenas e tão somente os direitos obrigacionais e sucessórios.

Sua visão é tão evidente que pode ser vislumbrada no Código Civil argentino, elaborado com fundamental inspiração no trabalho de Teixeira de Freitas. Os arts. 70 e 54 da legislação citada não deixam margem a quaisquer dúvidas acerca da personalidade jurídica do nascituro, elegendo o mesmo como absolutamente incapaz:

---

[210] Idem, p. 178.
[211] FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito civil**: teoria geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
[212] FREITAS, Teixeira Augusto de. **Consolidação das leis civis**. 3. ed. Rio de Janeiro: H Garnier, 1896. p. 1-2.

> Art.70. Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre."[213]
>
> Art.54. Tienen incapacidad absoluta:
> 1ro. Las personas por nacer;[214]

Aliás, é de se ressaltar que Código Civil argentino possui uma disposição que muito interessa para a presente obra, deixando claro que não importa a ausência de capacidade de manutenção da vida extrauterina ou eventuais deficiências apresentadas pelo recém-nascido para que lhe sejam conferidos os direitos que do nascimento dependiam:

> Art.72. Tampoco importará que los nacidos con vida tengan imposibilidad de prolongarla, o que mueran después de nacer, por un vicio orgánico interno, o por nacer antes de tiempo.
>
> Art.73. Repútase como cierto el nacimiento con vida, cuando las personas que asistieren al parto hubieren oído la respiración o la voz de los nacidos, o hubiesen observado otros signos de vida.[215]

Mencionado artigo 70 do Código Civil Argentino é cópia do art. 221[216] do Esboço de Teixeira de Freitas, o qual, em diversos artigos, mencionou e cuidou de agasalhar direitos do nascituro.

A despeito desta elucidação, os direitos patrimoniais resguardados pela condição de nascituro somente seriam adquiridos de forma irrevogável diante do nascimento com vida.

Dispunha-se no artigo 227 do Esboço em questão que "esses direitos, que não chegarem a ser irrevogavelmente adquiridos reverterão ou passarão a quem de direito for, segundo as disposições deste Código".

Essas disposições deixam claro o grau de proteção que se conferia ao nascituro, o que era ainda mais reforçado por certos decretos que então vigiam. Esse era o caso do Dec. 3.598, de 27 de maio de 1866 e do Regulamento 3.650, de 18 de maio do mesmo ano e Regulamento 5.604, de 25 de abril de 1874.

---

[213] Texto disponível em: http://www.redetel.gov.ar/Normativa/Archivos%20de%20Normas/CodigoCivil.htm. Acesso em: 11 fev. 2010.
[214] Idem, ibidem.
[215] Idem, ibidem.
[216] Art. 221 da Consolidação das Leis Civis: "Desde a concepção no ventre materno começa a existência visível das pessoas, e antes de seu nascimento elas podem adquirir direitos, como se já estivessem nascidas".

Sendo assim, a visão avançada para a época fez com que severas críticas fossem dirigidas ao seu trabalho. Apesar de o ilustre jurista autor do projeto ter rebatido todas as críticas e indagações, preferiu não prosseguir no intento de elaborar um Código Civil brasileiro. Sua genialidade, porém, não foi de todo desperdiçada, vez que seu projeto de Código Civil serviu de inspiração em 1871 para Dalmancio Vélez Sarsfield, quando da elaboração do Código Civil argentino, sendo certo que sua influência pode ser sentida também no BGB alemão[217].

Diante dos acontecimentos de então, o projeto de Código Civil foi remetido a José Thomaz Nabuco de Araújo, vindo, por ocasião do falecimento deste, a ser confiado nas mãos de Joaquim Felício dos Santos, que findou o árduo trabalho no ano de 1881, quando o texto elaborado tratava a figura do nascituro como pessoa incapaz (o que já se verificou ser hoje o tratamento conferido pela Argentina).

Ainda descontente com o resultado até aquele momento alcançado, o governo brasileiro contratou, em 1890, Coelho Rodrigues para formular um novo Projeto de Código Civil. Realizado o trabalho em questão, foi o mesmo rejeitado por sua vagueza, o que promovia o retorno a *estaca-zero*.

Neste contexto, Clóvis Beviláqua foi convidado em 1899 pelo Ministro da Justiça, Epitácio Pessoa, futuro Presidente da República, a elaborar um projeto de Código Civil. Aceitando o convite, Beviláqua redigiu, de próprio punho, o projeto em questão, tendo demorado ao todo apenas 6 meses para terminá-lo.

Sua rapidez na elaboração, no entanto, não foi acompanhada pelo Congresso Nacional, o qual acabou delongando 15 anos na apreciação e formulação de emendas ao projeto apresentado.

O Código Civil de Clóvis Beviláqua foi promulgado apenas no ano de 1916, passando a vigorar no ano de 1917 (em razão de sua *vacatio legis*), momento em que seu autor ocupava o cargo de consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores.

O projeto que foi inicialmente apresentado ao Congresso Nacional, no que tange ao tratamento conferido ao nascituro, não se diferenciava muito do esboço de Teixeira de Freitas, sendo corajoso para a época. Assim, os arts. 3.º e 4.º dispunham:

> Art. 3.º a personalidade civil do ser humano começa com a concepção, sob a condição de nascer com vida.

[217] FARIAS, Cristiano Chaves de. Op. cit., p.16.

> Art. 4.º São absolutamente incapazes de exercer por si os actos da vida civil:
> 1.º os nascituros;
> 2.º os menores de quatorze annos de ambos os sexos;
> 3.º os alienados de qualquer espécie;
> 4.º os surdos-mudos, não tendo recebido educação que os habilite a fazer conhecida sua vontade;
> 5.º os ausentes declarados taes em juízo.[218]

Resta evidente que, tanto Clóvis Beviláqua quanto Teixeira de Freitas comungavam do mesmo pensamento e sentimento em relação ao tratamento que deveria ser conferido ao nascituro. Ademais, parece que ambos eram adeptos da teoria concepcionista, aproximando ao máximo possível a condição do nascituro àquela das pessoas nascidas, com apenas algumas limitações que lhe são inerentes.

O Código Civil de 1916, então, passou a prever em seu art. 4.º que "a personalidade civil do homem começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro".

A existência extrauterina, caracterizada pela entrada de ar nos pulmões da criança, garante o reconhecimento da personalidade pelo ordenamento jurídico brasileiro. Diferentemente do direito romano, no qual a viabilidade da vida era uma condição para o reconhecimento da personalidade jurídica de um ser, no direito brasileiro tal viabilidade não impede ou influencia na atribuição de personalidade jurídica ao novo indivíduo.

Importa destacar que, como restará explicitado mais adiante, a situação do anencéfalo é peculiar neste cenário. Isso porque seria simplista demais concluir que, pelo fato de o ordenamento jurídico não exigir a viabilidade da vida humana como condição para atribuição da personalidade, estaria toda a problemática resolvida.

A polêmica reside na existência de norma jurídica a determinar, de forma clara, que o fim da existência humana, com o consequente encerramento da personalidade jurídica, se dá com a morte encefálica, ou seja, com a cessação da atividade cerebral.

Dessa feita, como o anencéfalo já se projeta ao mundo com a inexistência desta atividade encefálica, seria um ser vivo que já nasce morto para o ordenamento, gerando todo o embate e polêmica que a presente tese busca compreender e apontar uma possível solução.

Retornando à evolução legislativa, a comprovação da existência de vida é feita por um exame chamado docimasia hidrostática da Galeno. O pulmão da criança é mergulhado em uma bacia com água, de modo que caso ele venha a boiar, restará

[218] ALMEIDA, Silmara J. A. Chinellato e. **Tutela civil do nascituro** cit.. p. 188.

comprovado que o ar adentrou os alvéolos pulmonares, concluindo pela existência de vida após o nascimento.

Dessa feita, trata-se de um teste baseado na densidade pulmonar em comparação com a água, de forma que no pulmão em que ocorreu uma atividade respiratória teremos uma densidade menor do que a da água, permitindo que o mesmo venha a boiar.

A principiologia da existência ou não de vida extrauterina se apoa, então, na máxima introduzida por Galeno há aproximadamente 2.000 anos: "Substantia pulmonalis per respirationem ex rubra gravi densa in albam levem ac raram transfertur".

Impende destacar que, apesar de ser este exame clínico o mais famoso e comum, além do mais ressaltado nos livros jurídicos, existe a possibilidade de realização de docimasia respiratória indireta, a qual utiliza outros órgãos, que não os pulmões, para averiguar se a atividade respiratória ocorreu ou não.

Existem, então, as seguintes espécies de exames:

> **1. Docimásia gastro-intestinal de Breslau**, se baseia na existência de ar no tubo digestivo, ingressado por deglutição toda vez que o feto tenha respirado. Após forte ligadura acima do cárdia e na ampola íleo-cecal, secciona-se o tubo digestivo que é, então, retirado e colocado em um recipiente com água. Se houver flutuação é porque o feto respirou; se afundarem é porque não houve vida extrauterina. Nos casos em que durante as manobras de ressuscitação houve insuflação de ar no estômago do feto, apenas este órgão flutuará, enquanto que o resto do tubo digestivo afundará na água.
>
> **2. Docimásia auricular de Wreden-Wendt-Gelé**, baseia-se na ocorrência de ar na cavidade do ouvido médio que lá ingressara através da tuba timpânica (trompa de Eustáquio) desde que o recém-nascido tenha respirado. Consiste na punção da membrana timpânica, com a cabeça do feto mergulhada na água, caso o mesmo tivesse respirado, surgirá uma bolha de ar que sobre até a superfície do recipiente"[219].

Em que pese toda gama de novos estudos e aparatos técnico científicos, fato é que a legislação pouco mudou em relação a todo avanço genético e humano. O Código Civil de 2002, promulgado quase um século após o seu antecessor, trouxe redação muito similar a do revogado art. 4.º do diploma civilista de 1916.

Nesse sentido é a redação do atual art. 2.º do Código Civil em vigor: "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro."

---

[219] Texto extraído de http://www.pericias-forenses.com.br/cronota.htm. Acesso em: 18 fev. 2010.

A constatação em questão não impede de ressaltar que o legislador infraconstitucional vem tentando driblar o descompasso entre legislação e ciência por meio de leis recentes que tutelam direitos conferidos ao nascituro a despeito desta redação de cunho natalista.

Nesse sentido, temos a recente lei que cuida dos alimentos gravídicos (Lei 11.804/2008) que andou bem ao prever o direito aos alimentos por parte do nascituro, os quais serão percebidos pela gestante durante todo o período de gravidez. Densificadora do corolário da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana, parece não restar dúvidas de que a nova lei está ao encalço das mudanças sociais e biomédicas que se verificaram nos últimos tempos.

Ao contrário dos entraves impostos pela Lei 5.478/1968, que cuida dos alimentos, a nova lei não exige a comprovação do vínculo de parentesco para que seja deferida a tutela ao nascituro. Tal exigência apenas engendrava um obstáculo quase intransponível pela gestante na comprovação dos direitos dedicados àquele que foi gerado e é transportado em seu ventre[220].

A própria jurisprudência já enunciava casos paradigmáticos em que os alimentos eram concedidos ao nascituro, preenchendo um vácuo legislativo e moral que ficava à míngua da sensibilidade e do sentimento de justiça que permeava as mentes e decisões de nossos julgadores. A nova lei veio, então, conferir efetividade ao tutelar de forma adequada os direitos encabeçados pelo ser em formação embrionária.

Dessa feita, evidencia-se que o nascituro não ficou ao desamparo da legislação, passando por uma gradual evolução de valorização da vida humana e de suas manifestações, o que exalta a vida em suas diversas formas e etapas de evolução.

Nas palavras de Luiz Edson Fachin, "o direito é um fenômeno profundamente social, o que revela a impossibilidade de se estudar o Direito Civil sem que se conheça a sociedade na qual ele se integra, bem como a imbricação entre suas categorias e essa sociedade"[221]. Logo, não é possível pensar o direito fora do contexto social no qual ele vigora, sem analisar as nuanças que permeiam a comunidade no qual ele surge e para a qual ele existe.

---

[220] A exigência da demonstração de vínculo é mais bem ilustrada com a ementa do julgamento: "Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Ação cautelar de alimentos provisionais para nascituro.
1. *Entendeu o Tribunal que sem a demonstração do vínculo de paternidade não poderia ser deferido o pedido contido da ação cautelar. Este fundamento restou inatacado, no especial, restando deficiente a peça recursal.*
2. Agravo regimental improvido." (AgRg no Ag 256812/RJ, 3.ª T., j. 09.12.1999, rel. Min. Carlos Alberto Menzes Direito, grifos nossos).

[221] FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 79.

3

INÍCIO DA VIDA

Interessante e ao mesmo tempo assombrosa é a discussão acerca do início da vida humana. Algo tão instintivo e ao mesmo tempo tão complexo decorre do significado da vida, o qual passa, necessariamente, por uma série de questionamentos, não apenas científicos, mas também religiosos, morais, políticos, sociais, econômicos e até mesmo pessoais.

A gestação é composta por fases que se sucedem para a formação de um novo ser humano. Contudo, o momento inicial de cada fase, mais especificamente o momento em que o fruto que se desenvolve no ventre materno pode ser considerado como ser vivo é que gera inúmeras discussões.

Em um primeiro momento, parece um enigma dos mais intrincados, mas quando se analisa com olhar leigo, toda discussão parece ser inútil e sem fundamento já que a vida, em princípio, não é para ser entendida, mas sim para ser vivida. Seu dilema atormentou e ainda atormenta pensadores, filósofos e cientistas, de modo que esta é uma discussão que parece não ter fim.

Fato é que o direito, muitas vezes, estabelece *topoi*, ou seja, lugares-comuns, premissas que não devem ser contestadas, a partir das quais temos toda construção teórica e legal, sem que as bases de seu fundamento sejam objetadas.

Assim, inicia-se a discussão a respeito do início da vida retomando a prevalência ou não deste direito em relação aos demais.

Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira:

> A personalidade como atributo da pessoa humana, está a ela indissoluvelmente ligada. Sua duração é a da vida. Desde que vive e enquanto vive, o homem é dotado de personalidade. O problema de seu início fala de perto a indagação de quando tem começo a existência do ser humano, confundindo-se numa só a resposta a ambas as perguntas[222].

Segundo Jochen Taupitz, no direito alemão o direito à vida do nascituro não goza de absoluta prioridade em relação a outros interesses, da mesma maneira que outros interesses também recebem uma preferência em relação à vida humana (em relação a

[222] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições* **Instituições de direito civil**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1, p.144.

pessoas já nascidas) em certas circunstâncias[223]. Essa mesma constatação pode ser feita frente a análise do ordenamento jurídico brasileiro, aplicando-se tal afirmação ao nosso país.

Prossegue referido autor afirmando que o direito à vida do nascituro muitas vezes conflita com direitos detidos por sua mãe, por seus pais ou por outras pessoas, conflito este que não é solucionado pela Constituição Federal alemã. A proteção a este direito à vida do feto é encontrada apenas em normas infraconstitucionais, sendo a mais importante o Código Penal, que tipifica e sanciona o crime de aborto levado a efeito após a ocorrência da nidação[224].

A proteção que deve ser dedicada ao embrião está centrada em dois pilares constitucionais: garantia da vida e da dignidade humana. Isso não significa dizer que qualquer violação do direito à vida constitua uma ofensa direta à dignidade humana, sendo perfeitamente possível que normas infraconstitucionais restrinjam este direito[225].

Existem, ainda, posições no sentido de que o *status* de titular de direitos fundamentais do nascituro apenas se iniciaria com seu nascimento, ou, ainda, quando o feto se tornasse viável fora do útero materno, ou quando o feto passasse a apresentar movimentos, ou quando o embrião adquirisse aparência humana ou, por fim, quando uma atividade cerebral se iniciasse[226].

Segundo Jochen Taupitz, conforme a posição majoritária, o *status* de titular de direitos fundamentais se inicia com a fusão do núcleo celular (*karyogamy*). Esta sustentação decorre do fato de que, em biologia, a vida tem início a partir desta fusão[227].

Interessante colocar quais foram os argumentos que se cristalizaram no curso do debate filosófico e ético acerca do *status* moral do embrião, os quais ficaram conhecidos na Alemanha como SKIP (*Species*, *Kontinuität* – palavra alemã para *continuity* – , Identity, Potentiality):

i) Argumento com base na espécie: o embrião pertence à espécie humana;

ii) Argumento com base na continuidade: o desenvolvimento do nascituro continua até o seu nascimento;

iii) Argumento com base na identidade: a criança nascida é biologicamente idêntica ao embrião que lhe deu origem;

---

[223] TAUPITZ, Jochen. Op. cit., p. 5.
[224] Idem, p. 5.
[225] Idem, p. 8-9.
[226] Idem, p. 11.
[227] Idem, p. 10.

iv) Argumento com base na potencialidade: um embrião possui o potencial de se desenvolver em ser humano nascido desde o princípio[228].

Dessa feita, de fundamental importância trazer à baila as preclaras lições de Antônio Chaves ao debruçar sobre o árduo tema acerca da vida humana:

> Quem poderá definir essa pulsação misteriosa, própria dos organismos animais e vegetais, que sopita inadvertida nas **sementes** de trigo encontradas nos sarcófagos de faraós egípcios e que germina milagrosamente depois de dois milênios de escuridão, que se oculta na gema de uma roseira que mãos habilidosas transplantam de uma para outro caule, que lateja, irrompe e transborda na inflorescência de milhões de espermatozóides que iniciam sua corrida frenética à procura de um único óvulo, a cada encontro amoroso?[229]

Após enunciar a vida de forma tão poética, Antônio Chaves explicita que o conceito de vida, cujos contornos são devidos à ciência da Psicologia, pulsa, ora de uma forma mais interiorizada, ora de forma exteriorizada, vibrando entre a *alma* e o *corpo*.

Para referido autor é a fecundação o momento que marca o início da vida, ainda que esta ocorra fora do corpo feminino. Dessa feita, a união de gametas impulsiona a formação de um novo ser vivo, marcado por uma genética única, de modo que qualquer método que imponha uma destruição deste embrião implicaria o fim da vida deste novo ser já formado[230].

Capelo de Souza, ao tentar definir o que seria a vida, por sua vez, afirma que ela deveria ser compreendida na totalidade de sua fenomenologia biológica, ou seja, no transcorrer do processo de mutação, desde seu princípio individualizado com a concepção, até o momento último da morte[231]. Transparece, então, seu entendimento no sentido de ser a concepção o instante inaugural da vida humana.

Verifica-se, ademais, que este tema não foge da apreciação dos tribunais, o que pode ser ilustrado no trecho do voto vencido de A. Santos Bernardino, do Supremo Tribunal de Justiça Português, no processo 07B4692, n. convencional JSTJ000, rel. Bettencourt De Faria, n. do documento SJ200810090046922, julgado em 10.09.2008:

> Quer-se com isto dizer que, se biologicamente o nascituro é um ser humano, uma criança em formação, sociologicamente parece ainda não o ser em medida igual à de um ente já formado, a uma criança já em vida

---

[228] Idem, p. 10.
[229] CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo*... cit., p. 16.
[230] Idem, p. 13.
[231] SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. Op. cit., p. 204.

> de relação, o que justificará uma diferente valoração do direito à vida de um e de outro ser.

Interessante destacar que o assunto em questão fascinou por anos a fio grandes pensadores como Platão, Leonardo Da Vinci e Hipócrates, os quais se dedicaram ao estudo do momento inaugural da vida humana. É certo, contudo, que seus dilemas iam um pouco mais além, questionando a partir de quando seria certo considerar que a um determinado ser foi conferido alma.

Diante de todo este debate e a divergência que o embasa, surgiram algumas teorias que se propuseram a identificar o marco inaugural da vida humana, dentre as quais se destacam: a) Teoria Nidista (da nidação); b) Teoria Concepcionista; c) Teoria Cognotivista e d) Teoria Natalista.

Cumpre destacar, apenas, que todas estas subdivisões partem de outra teoria maior, cujo debate objetiva estabelecer a origem da vida humana no Planeta. A despeito de todo debate que já foi travado acerca disso, levantando-se teorias como a criacionista (todos viemos do sopro divino), a teoria panspermista (a vida terrestre deriva de vidas de outros planetas) e a teoria da abiogênese (a vida terrestre é fruto de geração espontânea, surgindo de matéria inanimada), a teoria que mais nos importa no presente estudo é a auto-organizacionista (a vida é decorrência da auto-organização de compostos orgânicos mais simples em macromoléculas, as quais formam protocélulas primordiais)[232].

Parece que todas as teorias a seguir estudadas são decorrência da crença maior de que a origem da vida humana tem sentido na reorganização de células e moléculas, sendo este o vetor da evolução das espécies segundo a teoria evolucionista de Charles Darwin.

Aliás, nas palavras de Peter de Cruz:

> (…) at what point does the human life come into existence? There are various points during the development of the fetus that are considered to be significant – the moment of fertilization, viability, quickening, development of primitive streak, implantation. Legally, birth has been regarded as being significant. But, the arguments runs that, from the moment of fertilization, the fetus is arguably a unique genetic entity[233].

Cumpre observar que a discussão sobre o momento em que a vida se inicia não se confunde com aquela que procura elucidar o momento inaugural da personalidade

---

[232] REGIS, A. H. de P. Início da vida humana e da personalidade jurídica: questões à luz da bioética. **Jus Navigandi**. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6462. Acesso em: 22 mar. 2008.
[233] CRUZ, Peter De. **Comparative healthcare law.** London: Routledge-Cavendish Publisher, 2001. p. 109.

humana. Ainda que existam doutrinadores que misturem estes dois momentos como um único marco, é fato que a discussão sobre o início da personalidade possui um enfoque eminentemente jurídico, enquanto o início da vida humana traz à baila um substrato biológico, que independe de qualquer legislação sobre o tema.

Olsen A. Ghirardi é um destes doutrinadores que confunde os marcos iniciais da vida e da personalidade jurídica do ser humano, afirmando que no exato momento em que temos o início de uma vida humana verifica-se a existência virtual da pessoa, uma vez que a pessoa estaria em função da vida. Neste enfoque, a vida do nascituro deve ser preservada de forma absoluta e não relativa, com exceção feita apenas e tão somente a casos de extrema gravidade e frente a um conflito de direitos que envolve outra pessoa. Havendo dúvida, deve ser aguardado tempo suficiente para que o próprio ser humano possa emitir sua opinião ou, não havendo tempo hábil, apenas o juiz pode decidir no caso concreto qual a correta solução[234].

As XIX Jornadas Nacionais de Direito Civil da Argentina, realizadas na cidade de Rosário em 2003, em um dos despachos da Comissão 1, a qual não obteve maioria, calcou a distinção que há de ser feita entre começo da vida humana e reconhecimento da qualidade de pessoa. Assim, segundo esta comissão o início da vida humana não coincide com o começo da pessoa, sendo importante que se confira proteção à vida humana antes de ser reconhecida a personalidade jurídica daquele indivíduo[235].

Sendo assim, tratar-se-á, por ora, das diferentes teses que debatem o momento inicial da vida humana, a partir do qual se constata a existência de um ser vivo, cuidando-se da situação peculiar do anencéfalo em momento próprio, vez que esta constatação é o pilar do presente trabalho.

3.1 TEORIA CONCEPCIONISTA

A teoria concepcionista ou concepcionalista é uma das mais antigas que se tem notícia quando o assunto é início da vida humana, partindo, até mesmo, de uma crença religiosa.

---

[234] GHIRARDI, Olsen A. La persona humana antes del nacimiento. **Anais da Academia Nacional de Direito e Ciências Sociais de Córdoba**, t. XXX, v. I, Córdoba, 1991. p. 98-100.
[235] **Congressos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil**. Buenos Aires: La Ley, 2005. p. 219-221.

A concepção remete ao momento em que um ser é concebido, gerado. A própria etimologia da palavra já traduz esta ideia. Derivada do latim *conceptionis*, traduz o ato ou efeito de conceber[236].

A concepção, então, estabelece a fecundação como o marco inaugural da vida humana, a partir do qual podemos afirmar a existência de um novo ser, diferente daqueles que o criaram.

Assim, é no encontro de duas células monozigóticas que se abrem as portas de uma existência, de modo que a partir deste instante todos os elementos genéticos individualizadores do ser humano já estariam presentes, ainda que de forma simplificada. Hipócrates, considerado por muitos como o pai da medicina, vislumbrava na fecundação o momento em que a vida se inicia.

Dessa forma, na visão hipocrática, a vida humana tem seu início com a fecundação, vez que neste momento o material genético que conforma o ser humano encontra-se completo em todos os seus elementos. O encontro das duas células monozigóticas determina o conteúdo genético do novo ser, inciando-se a vida neste exato instante. Seu posicionamento resta expresso no juramento hipocrático, no qual os jovens médicos juram não ministrar "a nenhuma mulher uma substância abortiva"[237].

Jean-Marc Varaut, por sua vez, entende que o zigoto é capaz de se distinguir de todos os demais seres, sendo diferenciado em relação aos seus genitores. Haveria, assim, um projeto de humanidade inscrito nas marcas de seu genoma, de modo que aquele óvulo fertilizado, como a junção de dois seres humanos, forma um novo ser, uma nova vida humana, distinta daquelas que lhe deram origem[238].

A religião judaica, anterior ao catolicismo, também sustenta a crença de que a vida tem seu início no momento da fecundação. A despeito disso, segundo alguns textos talmúdicos, o feto somente receberia sua alma após 40 dias de gestação[239]. Aliás, parece ser este o fundamento que justifica o fato de o judaísmo permitir o aborto até o quadragésimo dia de gestação.

---

[236] CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário etimológico da língua portuguesa.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lexikon Editora Digital, 2007. p. 202-203.
[237] Disponível em: http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Historia&esc=3. Acesso em: 29 ago. 2011.
[238] VARAUT, Jean-Marc. **Lo possible y lo proibido.** Trad. Rosa S. Corgatelli. Buenos Aires: Atlántida, 1991. p. 62.
[239] GURGEL, Ângela M Rodrigues O P. **Aborto** – Agressão a vida ou liberdade de escolha? Série: Artigos sobre os temas CF 1988, escritos para o Caderno Expressão da Gazeta do Oeste. Disponível em: http://www.recantodasletras.com.br/ensaios/1081520. Acesso em 06 abr. 2010.

O islamismo prega a existência da alma somente a partir de 120 dias de gestação, momento no qual Alá daria o sopro da vida ao feto em formação. Contudo, o islã se opõe ao aborto, diferentemente do judaísmo.

A Igreja Católica também defende ser a fecundação o momento no qual se forma a vida humana, de modo que seu desenvolvimento é algo inexorável, fluindo automaticamente e irrefreadamente a partir da concepção. Aliás, convém ressaltar que nem sempre foi assim o pensamento católico, de modo que até Sisto V[240] admitia-se o aborto.

Sendo assim, a partir do papado de Sisto V, com a edição de uma bula em 1588, o aborto passou a ser punido com a excomunhão. A norma imposta não previa exceções, motivo que gerou sua revisão pelo papa Gregório XIV. A reforma da bula em questão afirmou que o embrião em formação não seria ainda um ser humano, diferenciando o aborto do homicídio, visão esta que perdurou até 1869.

No ano de 1869, com o Papa Pio IX, passou-se a afirmar que, como a alma surgiria a partir da fecundação, o aborto deveria ser proibido, passando sua prática a ser condenada pela Igreja Católica. Cumpre ressaltar que o hinduísmo compartilha deste mesmo entendimento da doutrina católica.

O protestantismo apregoa o mesmo, acreditando que a vida se origina com a fecundação, sendo tal religião, no geral, opositora ao aborto. Contudo, convém mencionar que alguns protestantes acabam aceitando a possibilidade de realização do aborto em casos específicos.

Na religião budista, por sua vez, não encontramos consenso sobre o aborto, mas afirma-se que a vida configura um processo contínuo e sem interrupções.

Dalton Luiz de Paula Ramos, livre-docente, professor de Bioética da Faculdade de Odontologia da Universidade de São Paulo, membro do Núcleo Fé e Cultura da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, membro da equipe de assessores da CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil) e membro da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa do Ministério da Saúde, em entrevista concedida no dia 22 de abril de 2007, afirmou sua posição no seguinte sentido:

> Particularmente defendi em minha colocação frente ao Supremo que a vida começa no exato momento da fecundação e que uma decisão em contrário contraria o dado biológico, que caracteriza o "humano" por seus atributos genéticos e por sua expressão orgânica e ainda traz o perigo do casuísmo e da própria negação da vida como direito universal.

[240] Seu papado durou de 24 de abril de 1585 até 27 de agosto de 1590.

> Esse tema – de quando se dá início de uma nova vida humana - é de bastante relevância, e estratégico até, porque a partir do momento em que consolidamos o conceito (que nos parece fazer um uso adequado da razão) de que a vida humana começa no exato instante da fecundação, todos os atos que seguem a esse momento, e que possam interromper o processo dessa nova vida humana, é a destruição de um ser humano, portanto um assassinato.[241]

Aliás, essa também é a posição sustentada pelo ex-Procurador-Geral da República Cláudio Lemos Fonteles, na ADIn 3.510, por ele ajuizada[242]:

> a) a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação, desenvolvendo-se continuamente;
> b) o zigoto, constituído por uma única célula, é um ser humano embrionário;
> c) é no momento da fecundação que a mulher engravida, acolhendo o zigoto e lhe propiciando um ambiente próprio para o seu desenvolvimento;
> d) a pesquisa com células-tronco adultas é, objetiva e certamente, mais promissora do que a pesquisa com células-tronco embrionárias.[243]

Interessante destacar que a discussão travada no STF acerca do início da vida humana, com o intuito de julgamento dessa ADIn, trouxe à tona interessantes percepções do mundo acadêmico, de diversas áreas do conhecimento, a respeito da temática em questão.

O debate, cujo objetivo último era concluir pela inconstitucionalidade ou não do art. 5.º da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), ocorreu em uma consulta pública que reuniu 22 especialistas no tema no dia 20 de abril de 2007.

O Ministro Carlos Ayres Britto, a respeito deste debate afirmou a importância de referida consulta na coleta de dados suficientes para designar de forma clara o que seja vida, uma vez que, do ponto de vista técnico, nossa Constituição Federal não cuidou de delinear qual seria o exato momento em que esta se inicia[244].

Com o devido respeito ao comentário exposto pelo Excelentíssimo Ministro Carlos Ayres Britto, ressalta-se que não parece ser seara de competência da Constituição Federal fixar critérios próprios das áreas médicas e biológicas a respeito do início da vida.

---

[241] RAMOS, Dalton Luiz de Paula. **A vida humana começa na fecundação**. Disponível em: http://blog.cancaonova.com/felipeaquino/2007/04/24/%C2%ABa-vida-humana-comeca-na-fecundacao%C2%BB/. Acesso em: 06 abr. 2010.

[242] Referida ação questionou a constitucionalidade do art. 5.º da Lei de Biossegurança.

[243] Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf. Acesso em: 06 abr. 2010.

[244] **Notícias do STF**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69682&caixaBusca=N. Acesso em: 13 abr. 2010.

Parece que tal debate não é, nem mesmo dentro das ciências biológicas, algo cartesiano, havendo inúmeras discussões a respeito dos limites que extremam o início e o fim da vida humana.

Parece que o papel do direito é fixar, nestes temas, balizas a serem preenchidas com conhecimentos de outras áreas que não a jurídica. É evidente que o pulsar da vida humana é algo sentido de forma clara e inequívoca, mas os mistérios que engendram seu momento inicial e o desfecho de uma existência parecem fugir a qualquer planificação matemática que corroborasse uma positivação hermética, enrijecida pelo tônus da lei.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça da Província de Entre Ríos, no expediente *D. de G., S.C. c/ Hospital Felipe Heras*, entendeu por maioria que o conflito acerca do aborto de anencéfalos havia sido trasladado de forma errônea a um debate jurídico, de modo que não deveria ser competência dos juízes dizer a um médico por que, quando ou como realizar determinada intervenção cirúrgica, não havendo sentido a obrigatoriedade de uma autorização judicial para levá-la a cabo[245].

Esta também é a posição do Observatório Argentino de Bioética, segundo o qual condicionar a realização do aborto de um anencéfalo a uma autorização judicial vulnera o direito à autodeterminação e aumenta o risco para a saúde das mulheres, além do que a demora na realização do procedimento ocasiona um dano à paciente, podendo o médico ser responsabilizado pelos danos causados[246].

Enfim, na consulta pública realizada pelo STF foram expostos inúmeros pontos de vistas, fundamentados na mais larga doutrina, o que apenas evidenciou o quanto discutível pode ser o estabelecimento do momento em que a vida se inicia. No debate em questão, alguns foram os posicionamentos no sentido de que a vida se inauguraria com a fecundação.

Como já ressaltado, este foi o posicionamento adotado por Dalton Luiz de Paula Ramos, segundo quem é fato que a vida se inicia com a fecundação, já que é neste momento que se cria um patrimônio genético próprio, diferenciado de seus genitores. Segundo o entendimento por ele esposado, o desenvolvimento cerebral seria apenas uma consequência deste momento inicial, já que a partir da fecundação o desenvolvimento fetal segue seu curso biológico de forma contínua, sem interferências da mãe.

---

[245] LABOMBARDA, Pablo Martín. Op. cit., p. 100.

[246] Observatorio Argentino de Bioética. **Salud Pública y Anencefalia**. Buenos Aires: FLACSO Argentina y CEDES, 2004. Disponível em: http://www.flacso.org.ar/uploaded_files/Publicaciones/dt1_Salud.Publica.y.Anencefalia.pdf. Acesso em: 05 ago. 2010.

Acrescenta referido acadêmico:

> (...) o embrião humano não é um simples aglomerado de células porque o comportamento é completamente diferente das de outras células, ou seja, se for oferecido ao embrião condições de proteção, acolhida e alimentação, ele vai se desenvolver de acordo com um processo, fazendo surgir a vida humana como processo contínuo (com um ponto de inicio e um ponto de fim), coordenado (autossuficiente, possuidor de instruções para que a vida prossiga) e progressivo (em condições ideais, sempre passará para um estágio seguinte, sem regressos)[247].

Outro argumento a favor da fecundação como marco inaugural da vida humana foi trazido por Elisabeth Kipman Cerqueira, médica especialista em ginecologia e obstetrícia. Segundo ela, o começo de uma nova vida é marcado pelo momento no qual o espermatozoide atravessa o óvulo. Contudo, deixa claro que o ser vivo é um processo, composto de várias etapas, havendo uma unidade interior denominada vida, destacando que "a percepção da individualidade do embrião não pode ser calcada na aparência dele". Ressalta, ainda, que o embrião cresce por si só, sem qualquer necessidade de intervenção humana para tanto, o que se respalda no fato de até o quinto dia o embrião possuir desenvolvimento autônomo, quando, então, deverá ser transferido para o útero materno para seguir com vida[248].

Outro não é o pensamento esposado por Lenize Aparecida Martins Garcia, professora-adjunta do Departamento de Biologia Celular da Universidade de Brasília (UnB). Ela destacou a autonomia do embrião humano e ressaltou que o início da vida coincide com o momento da fecundação. Fazendo uma analogia com a lagarta e a borboleta, ela afirma que o embrião e o feto configuram um mesmo ser em fases diferentes de um mesmo ciclo vital[249].

Compartilhando do mesmo entendimento, Cláudia Maria de Castro Batista, professora-adjunta da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), aponta que a vida humana corresponde a um processo contínuo, progressivo e coordenado, o qual se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide. Assim, a mudança experimentada por cada qual seria apenas funcional e não genética.

MONTENEGRO, Karla Bernardo. **Início da Vida no STF**. Disponível em: http://www.ghente.org/entrevistas/inicio_da_vida.htm. Acesso em: 13 abr. 2010.

[248] Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69693&caixaBusca=N. Acesso em: 13 abr. 2010.

[249] Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69689&caixaBusca=N. Acesso em 13 abr. 2010.

Referida estudiosa citou como argumento de autoridade, em seu discurso, Robert Spalmann professor emérito de filosofia da Universidade de Maunchen, segundo quem a primeira célula resultante da fecundação já pode ser considerada como manifestação de vida, já que, a partir da fecundação, o desenvolvimento do indivíduo é iniciado. Para ela, o ser humano deve ser respeitado a partir da fecundação[250].

Outra especialista a se filiar à corrente concepcionista é Lílian Piñero Eça, pesquisadora em biologia molecular da Universidade de Bauru e presidente do Instituto de Pesquisa com células-tronco (IPCTRON). Sustenta referida pesquisadora que, após duas ou três horas da fecundação, o feto já se comunica com sua genitora por meio de suas células. A comunicação travada entre ambos tem origem no uso de pelo menos 100 neurotransmissores que são emitidos pelo embrião para os 75 trilhões de células existentes no corpo da mãe, a qual, desde então, passa a sofrer alterações hormonais[251].

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o médico e cirurgião plástico Marcelo Vacari Mazzenoti salientou que há muito tempo se afirma que o início da vida ocorre no momento da fecundação, defendendo este como momento primeiro da vida humana[252].

Outro argumento a favor de ser concedida à fecundação o mérito do momento inicial da vida humana foi levantado por Rogério Pazetti, graduado em Biologia pela Universidade Mackenzie e doutorado em Ciências pela Faculdade de Medicina da USP. Segundo ele, o embrião formado não pode ser considerado como um aglomerado de células, uma vez que, mesmo no seu estágio inicial, ele é composto de células unidas entre si com informações precisas e específicas desde a sua primeira divisão[253].

Posição semelhante é adotada por Jérôme Lejeune, famoso pesquisador francês e professor de Genética Fundamental da Universidade René Descartes em Paris, para quem o início da vida humana é um momento único, que coincide com a concepção. O surgimento da primeira célula fecundada já carrega consigo os elementos que a distingue das demais, possuindo todos os caracteres necessários para o desenvolvimento de um ser humano[254].

Sérgio Ferraz, neste mesmo sentido, afirma:

---

[250] MONTENEGRO, Karla Bernardo. Op. cit.
[251] Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69687&caixaBusca=N. Acesso em: 13 abr. 2010.
[252] Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69672&caixaBusca=N. Acesso em: 13 abr. 2010.
[253] MONTENEGRO, Karla Bernardo. Op. cit.
[254] LEJEUNE, Jérôme apud MESTIERI, João. Embriões. **Consulex**, n. 32, v. 1, p. 43, Brasília, ago. 1999.

> Uma coisa é indiscutível: desde o zigoto, o que se tem é vida, diferente do espermatozoide e do óvulo; vida diferente do pai e da mãe, mas vida humana, se pai e mãe são humanos. Pré-embrionária no início, embrionária, após, mas vida humana. Em suma, desde a concepção há vida humana nascente, a ser tutelada[255].

No que pertine ao posicionamento jurisprudencial, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com julgados inovadores e de vanguarda, adota a tese concepcionista de forma clara e evidente, como resta comprovado no julgado abaixo colacionado:

> DPVAT – Nascituro – Morte – Proteção aos direitos desde a concepção – Teoria concepcionalista – Julgamento de acordo com materia sumulada – Súmula 14 – DPVAT (revisada em 19.12.2008) – Sentença mantida por seus fundamentos – Artigo 46 da Lei 9.099/95 – Recurso não provido.
>
> (...) Aduzo apenas que o cerne da questão no presente caso se encontra nos direitos do nascituro, vítima de acidente de trânsito, que faleceu antes mesmo de nascer.
>
> O art. 2º do Código Civil Brasileiro prevê:
>
> 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.
>
> A doutrina apresenta três teorias para dirimir o conflito: a Natalista, a da Personalidade Condicional e a Concepcionalista. Esta última é a adotada pela teoria civilista brasileira atual e tem como adeptos Pontes de Miranda, Rubens Limongi França e Maria Helena Diniz em que também me filio, uma vez que esta teoria considera o nascituro pessoa humana desde sua concepção, com direitos resguardados pela lei, tais como direito à vida, a alimentos, ao nome, entre outros. (TJRS, Recurso Inominado 71002309383, 2.ª Turma Recursal Cível, j. 16.12.2009, rel. Des. Leila Vani Pandolfo Machado).

Dentro das ciências jurídicas, percebe-se que existem grandes nomes a defender esta teoria, como é o caso de Nélson Hungria[256], penalista que entende a fecundação como o momento inicial da vida humana. Outros estudiosos do direito penal que adotam esta mesma posição são Cezar Roberto Bitencourt[257] e Damásio Evangelista de Jesus[258].

---

[255] FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais**: uma introdução. Fabris: Porto Alegre, 1991. p. 47.
[256] HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. V., p. 290.
[257] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 2, p. 158.
[258] JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 2, p. 118.

Por sua vez, dentre os doutrinadores civilistas, pode ser citado o nome de Arnaldo Rizzardo, para quem a fecundação gera o início da vida[259]. Entende ele que na fecundação já se organizam todos os elementos fundamentais para caracterizar um novo ser humano, o qual irá se desenvolver se provido o ambiente adequado para tanto[260].

A posição de Heloísa Helena Barboza também é neste sentido, explicitando que a despeito da maior parte das escolas modernas, tanto na área médica quanto na área jurídica, adotarem a nidação como início do ser humano, a atividade energética que se encontra na célula ovo evidencia de forma clara que a vida está presente desde a fecundação, justificando-se uma proteção jurídica desde então[261].

Caio Mário da Silva Pereira trilha o mesmo caminho, entendendo que a lei civilista estipulou o momento da concepção como sendo o marco a partir do qual existe vida. Segundo sua análise, ao estipular que "a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro", a norma jurídica estaria a dizer que a partir da concepção já existe vida, ou seja, já se identifica um ser humano[262].

O autor Ernst-Wolfgang Böckenförde, em sua obra referente à dignidade humana e bioética, coloca de forma clara seu posicionamento pela fecundação como momento no qual a vida tem seu início:

> Quando infatti si cerca di escludere una fase determinata del processo biologico dal riconoscimento e dal rispetto, che all'uomo è dovuto in ragione della sua dignità, o di differenziare in senso processuale questo rispetto, perché ad esempio sia apparsa o non lo sia una 8ª o 16ª cellula o non si sia ancora giunti all'impianto, si viene a produrre un vuoto nello sviluppo del singolo individuo. Se il rispetto della propria dignità deve valere per ogni uomo in quanto tale, esso deve allora essergli attribuito fin dal principio, dal primo inizio della sua vita, e di qui deve essere esteso non solo dopo un lasso di tempo, a cui egli – non protetto contro strumentalizzazioni e trattamento ad libitum – sia forse fortunosamente sopravvissuto. Su questo piano diventano allora rilevanti le conoscenze e i dati della scienza naturale, vale a dire non come causa e fondamento, ma

[259] Sérgio Ferraz também se filia a esta corrente, entendendo a fecundação como origem do ser humano (Op. cit., p. 47).
[260] RIZZARDO, Arnaldo. **Parte geral do Código Civil**: Lei 10.406, de 10.01.2002. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 158. Outra autora a ser considerada é Luiza Thereza Baptista de Mattos para quem a vida tem seu início a partir da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, com a formação do zigoto. No entanto, deixa registrado que a fixação de um momento no qual a vida passa ser visualizada é tarefa conferida aos biólogos, cabendo ao jurista apenas o enquadramento legal da conduta (MATTOS, Luiza Thereza Baptista de. A proteção ao nascituro. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, 14(52): 30-7, São Paulo, abr.-jun. 1990.).
[261] BARBOZA, Heloísa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização *in vitro***. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 77.
[262] PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Direito civil**: alguns aspectos da sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 17.

> come sostrato per l'uso di una argomentazione e valutazione giuridicamente normativa.
>
> Ora, *questo primo inizio di una vita propria dell'uomo in sé formato e sviluppato però si trova allora nella fecondazione, non più tardi*. Con essa si forma una coppia (gegenüber) di uno spermatozoo e un ovulo, che sono anch'essi forme di vita umana, di un essere vivente umano nuovo e a sé stante. Esso è contrassegnato in modo inconfondibile e individuale attraverso la combinazione di gruppi di cromosomi stabiliti così e non diversamente. È questo, dal punto di vista indiscusso delle scienze naturali, il fondamento biologico dell'uomo singolo.
>
> (...) È un dato di fatto, che però non neutralizza il suo inizio con la fecondazione, che la natura possa influire ancora ulteriormente sul processo biologico nel suo svolgimento – per esempio tramite l'impianto (Nidation) – e dargli termine improvvisamente. Questo è pienamente evidente. Non di rado i genitori sanno anzi precisamente da quale loro amplesso la loro figlia o figlio siano originati. Da questo istante – cioè dalla fecondazione, non per esempio dall'impianto posteriore o dalla formazione della corteccia cerebrale – si data per loro l'inizio biologico del loro figlio. *L'inizio della vita umana con la fecondazione così non è assolutamente contro-intuitivo* [263]. (grifos nossos).

A corroborar esta linha de pensamento, é de fundamental importância trazer à baila a redação do Pacto de São José da Costa Rica, referendado pelo Congresso Nacional pelo Dec. 678, de 06 de novembro de 1992. Em seu art. 4.º, I, resta expresso:

> Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

Franklin D. Rumjanek, professor titular e diretor do Instituto de Bioquímica, criticando a visão dos adeptos da teoria concepcionista, assenta que, para os biólogos, a vida é encontrada nas células, de forma que mesmo antes da fecundação haveria vida nos gametas feminino e masculino.

Referido estudioso ainda salienta que a blástula, etapa inicial do desenvolvimento embrionário na qual já se encontram as células-tronco embrionárias, nada mais é do que um conjunto de células no qual não se verifica a organização encontrada no indivíduo formado. Logo, diante da inexistência de um sistema nervoso formado, tais

---

[263] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Dignità umana e bioética**. A cura di Sara Bignotti**.**, Brescia: Morcelliana, 2010 (Collana “Il pellicano rosso”, n. 104, p. 96).

células não possuem qualquer forma de consciência, não sendo capazes de sentir dor ou de se interar com o ambiente que as circundam[264].

A teoria concepcionista, então, encontra na fecundação a origem da vida, considerando despicienda a análise acerca da existência de uma atividade encefálica ou da forma humana do feto. O embrião, agrupamento de células com conteúdo genético, para esta teoria já é dotado de vida, de modo que com muito mais razão considera-se existente a atividade vital em fetos anencefálicos.

Dessa feita, a teoria em questão é favorável à existência de vida em fetos portadores de anencefalia, vez que desconsidera outros fatos e momentos que não a concepção para atribuição de vida ao embrião formado.

Frente a todo o exposto, parece inegável a força da corrente que tem na fecundação o momento do descortinar da vida humana, contando com doutrinadores de peso nas mais diversas áreas do conhecimento humano. Esta teoria é muito sedutora, na medida em que desde nossos primeiros anos escolares temos em mente que o bebê se forma a partir da união entre óvulo e espermatozoide, momento conhecido como fecundação.

Se é certo que desta união indissociável se forma um agrupamento genético, ordenado e singularizado, também é verdade que não existe autonomia em sua formação, de modo que retirado do ventre que lhe alimenta, não há como considerar o embrião um ser vivo.

Sendo assim e diante da divergência que existe nas ciências médicas, biológicas, antropológicas, filosóficas, enfim, nas ciências humanas e biológicas, outras correntes merecem destaque, de modo que as mesmas serão tratadas a seguir.

3.2 TEORIA NIDISTA (NIDAÇÃO)

Existe uma posição que vem ganhando cada vez mais adeptos na Alemanha, a qual entende ser a nidação, momento em que quase simultaneamente temos a individualização do embrião, o marco inicial da atribuição de direitos fundamentais ao embrião ou, pelo menos, ponto a partir do qual se verifica um maior nível de proteção a ele. Antes desta etapa na evolução fetal, o embrião não possui qualquer capacidade

[264] RUMJANEK, Franklin D. **Origem da vida, por** YI, Wang Pei. Disponível em: http://www.olharvital.ufrj.br/ant/2005_12_01/materia_faceseinterfaces.htm. Acesso em: 14 abr. 2010.

intrínseca de se transformar em um ser humano nascido[265]. Aliás, este posicionamento encontra amparo no entendimento da Sociedade Alemã de Ginecologia, segundo a qual a gravidez só pode ser identificada com a nidação[266].

Aliás, o espiritismo, diferente das demais religiões, aceita o momento inicial da vida como aquele em que ocorre a nidação. Assim, é com a fixação do óvulo no útero materno que se pode verificar a presença de vida. O aborto é admitido apenas por algumas correntes do espiritismo, não sendo uma posição da religião como um todo.

A nidação, na verdade, é o momento no qual se verifica a implantação definitiva do embrião no útero materno, ou seja, é o exato instante no qual o embrião se prende à parede do útero para ali se fixar e desenvolver. Logo, estando na fase chamada de blástula, o embrião se prende ao endométrio, quando ocorre a nidação.

Apenas a partir deste momento é que as estruturas embrionárias começarão a se desenvolver, como a placenta, saco amniótico, cordão umbilical etc.

A despeito de ser uma posição ainda debatida por alguns doutrinadores, é certo que existem alguns métodos contraceptivos que têm na nidação seu fundamento de legalidade em países como o Brasil. Este é o caso da "pílula do dia seguinte" e do DIU (dispositivo intrauterino), métodos que não inibem a fecundação em si, mas impedem a fixação do embrião no útero materno.

Interessante destacar que muita polêmica se levantou acerca da "pílula do dia seguinte" ou "contracepção de emergência", quando, na verdade, há muito tempo já se permitia o uso do DIU como método contraceptivo. O DIU, além de afetar a mobilidade dos espermatozoides e a mobilidade tubária do óvulo, impede que ocorra a nidação, ou seja, havendo fecundação, tal dispositivo irá evitar que o embrião se fixe no endométrio.

Como argumento que reforça a autoridade desta corrente, deve-se ressaltar que muitos são os estudos a comprovar que antes da nidação existe um elevado índice de abortos espontâneos, de modo que a gestante sequer acaba tendo ciência de que havia ocorrido uma fecundação em seu ventre.

A nidação, como fenômeno embrionário, ocorre entre o quinto e o décimo quinto dia seguintes a fecundação. Cumpre observar que este período, para alguns médicos, acabam sendo contados com alguns dias a mais ou a menos. Interessante observar que certos posicionamentos colocam a nidação como fenômeno que ocorre por volta do

[265] TAUPITZ, Jochen. Op. cit., p. 11.
[266] MATTOS, Luiza Thereza Baptista de. Op. cit., p. 34.

40.º dia[267], o que já nos mostra a discussão quanto ao marco temporal exato em que se verifica tal processo.

Para os que entendem que a nidação ocorre apenas por volta do 40.º dia de gestação, tem-se um marco temporal interessante de ser analisado frente à posição de São Tomás de Aquino, segundo quem a vida humana masculina teria início a partir do 40.º dia de gestação, momento no qual teríamos seu primeiro movimento no útero materno[268].

Assim, analisando a posição dos teólogos e filósofos da Antiguidade, verificamos pensamentos divergentes, alguns até discriminatórios no que tange ao sexo do nascituro. Neste sentido, Aristóteles acreditava que o momento inicial da vida humana decorria do primeiro movimento fetal sentido pela mãe em seu útero, distinguindo em termos de tempo quando se tratasse de mulher ou de homem. Entendia referido filósofo que o feto masculino se movimentaria no 40.º dia e o feto feminino no 90.º dia[269].

São Tomás de Aquino, Santo Agostinho e o Papa Gregório XIV seguiram na mesma linha de Aristóteles, sendo adeptos do mesmo pensamento. Convém ressaltar que, ao distinguir o momento em que se defere a vida para o feto feminino e masculino, referida tese fundamentava a crença de que as mulheres eram intelectualmente e fisicamente inferiores aos homens[270].

Dessa feita, a despeito de não podermos afirmar que São Tomás de Aquino seria adepto da teoria da nidação acerca do início da vida, parece que sua posição em muito se assemelhava com o quanto defendido pelos adeptos de referida corrente.

Segundo Silmara Juny. A. Chinelatto Almeida[271], a nidação ocorreria no sexto dia de gestação. Referida autora atesta que seria esta a data em que o blastócito liga-se ao endométrio, quando, a partir de então, as alterações hormonais passam a ser sentidas no corpo da mulher, determinando-se o estado gravídico desde então.

Para o especialista em obstetrícia e ginecologia Monti Massimiliano, da Itália, o processo de nidação é composto de 3 fases, processo este que termina em 7 dias:

> L'impianto consta di tre fasi (che durano complessivamente circa 7 giorni): nella prima fase (**apposizione**) l'embrione deve appoggiarsi all'endometrio, nella seconda (**adesione**) deve contrarre legami

[267] SZKLARZ, Eduardo. Quando começa a vida? **Revista Super Interessante**, jun. 2007. Disponível em: http://super.abril.com.br/revista/240a/materia_especial_261570.shtml?pagina=1. Acesso em: 29 abr. 2010.
[268] MUTO, Eliza; NARLOCH, Leandro**.** Quando a vida começa? Se começa na fecundação, várias pesquisas com células-tronco têm de ser proibidas já. Se começa com a atividade cerebral, 60% dos abortos devem ser legalizados. **Revista Super Interessante**. Ed. 219, nov. 2005. p. 58-59.
[269] Idem, ibidem.
[270] Idem, ibidem.
[271] ALMEIDA, Silmara J.A. Chinelato. **Tutela civil do nascituro** cit., p. 111.

> importanti con l'endometrio (si deve "agganciare"), nell'ultima fase (**invasione**) deve penetrare all'interno dell'endometrio stesso per esservi completamente accolto. L'impianto termina intorno al 14° giorno dopo la fecondazione (ovvero il 28° giorno circa del ciclo mestruale). Se l'impianto ha successo la gravidanza (iniziata ormai da circa 14 giorni) può continuare[272].

Fato é que a nidação ocorre no período em que a progesterona encontra-se em concentrações mais elevadas no corpo feminino, situação que indica estar o endométrio está em condições de receber o embrião.

Dentre os estudiosos das ciências criminais é comum se adotar a teoria da nidação para fixar o marco a partir de quando o aborto criminoso poderia ser tipificado. Essa é a posição de Rogério Greco, segundo quem, com a implantação do ovo no útero, qualquer conduta tendente a interromper o ciclo gestacional será considerada como criminosa, tipificando o aborto[273].

Outros doutrinadores da área jurídica que adotam a nidação como marco que determina a origem da vida humana são Júlio Fabbrini Mirabete[274], Heleno Cláudio Fragoso[275], Delmanto[276] e Odon Ramos Maranhão[277].

O direito alemão, segundo Claus Roxin, parece adotar a teoria da nidação, vez que antes de tal momento o embrião humano não possui qualquer tutela jurídica (§ 218, I, 2 StGB). Segundo referido autor, o direito brasileiro parece caminhar nesta mesma linha do direito alemão[278].

Parece que a evolução legislativa tem se orientado no sentido de adotar a nidação como momento no qual surge a vida humana, sobretudo depois de toda a discussão verificada acerca das pesquisas com células-tronco e a utilização dos embriões excedentários. Isso fica mais bem visualizado no Projeto de Lei 90, de 1999, cujo art. 9º,

---

[272] MASSIMILIANO, Monti. **Fecondazione, embrione e fasi iniziali della gravidanza**. Disponível em: http://www.ginecolink.net/percorso_non_medici/fecondimpian.htm. Acesso em: 22 abr. 2010.

[273] GRECO, Rogério. **Curso de direito penal.** Parte especial**.** 7. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2006. p. 241.

[274] MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000. v. II, p. 94.

[275] FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal.** Parte especial. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. n. 80, p. 112.

[276] DELMANTO, Celso et al. **Código Penal comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 268.

[277] MARANHÃO, Odon Ramos. **Curso básico de medicina legal**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 1990. p. 59. Compete afirmar, ainda, que referido doutrinador, em seu livro *Manual de Sexologia médico-legal*, afirma que somente no momento da implantação é que o ovo adquire viabilidade, já que sem a ocorrência desta teremos seu perecimento na cavidade uterina, quando será ele eliminado, imperceptivelmente, durante o período menstrual (**Manual de sexologia médico-legal.** São Paulo: Ed. RT, 1972. p. 59).

[278] ROXIN, Claus. A proteção da vida humana através do Direito Penal. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=134. Acesso em: 14 abr. 2010.

§1º, disciplina que "não se aplicam aos embriões originados *in vitro*, antes de serem introduzidos no aparelho reprodutor da mulher receptora, os direitos assegurados aos nascituros na forma da lei".

Peter De Cruz, professor de direito da Universidade Liverpool John Moores, escreve:

> (…) another point at wich an embryo has been said to become a unique genetic entity is at another stage of development, such as after 8-10 weeks after conception, when brain activity is detected.
>
> However, it is the appearance of the line known as the primitive streak (at around 14 days) on which the Warnock Committee focused as the crucial transformation between molecular matter and potential human being. Scientists called this molecular matter the "pre-embryo". Writers such as Braude and Johnson have argued that primitive streak is important for three reasons:
>
> a) it is the time at which the precursor cells for the basic body tissues are laid down in the correct relative position;
>
> b) it is the first time at which the embryonic disc has front anda back, left and right and top and bottom;
>
> c) it is likely that this is the last stage at which twinning of the conceptus can occur, the number of embryos being determined by the number of primitive streaks that develop these assertions and the value judgments which flow from them have been balanced against arguments such as the sanctity of all human life from the beginning of fertilization. The fact that many conceptuses are spontaneously lost before implantation in the uterus does not, as some would argue, deal with the question of the sanctity of life. The fact that nature is so prodigal does not mean that humans should act in the same way with the products of their criation[279].

O Informe Warnock, no Reino Unido, e o Informe Palacios, na Espanha, possuem conteúdo semelhante, determinando a caracterização da pessoa a partir de sua formação genética completa, ou seja, com a possibilidade de identificação das informações hereditárias de forma completa é que existirá um ser formado, passando a intitulá-lo de pessoa, com todos os direitos e deveres que desta constatação decorrem[280]

Gregory Bock, Ciba Foundation, corroborando a adoção da tese em comento, afirma que se não estamos falando sobre a origem da vida como um todo, mas sim sobre a origem da vida de um indivíduo, poderíamos retroceder do momento de seu nascimento até o estágio fetal e ainda ir mais além, retrocedendo até o embrião. Referido processo é descrito nos seguintes dizeres:

---

[279] CRUZ, Peter De. Op. cit., p. 110.
[280] LABOMBARDA, Pablo Martín. Op. cit., p. 30.

> (…) at the primitive streak stage in the embryonic plate at sixteen or seventeen days. If one tries to trace back further than that there is no longer a coherent entity. Instead there is a lager collection off cells, some of which are going to take part in the subsequent development of the embryo and some of which aren't. In most cases one can trace the genetic constitution back from the origin of the embryo, right to fertilization. But there are rare cases where a genetic accident happens between fertilization and primitive streak stage, such that a chromosome is lost or gained. That is why, for instance, there are monozygotic twins (so-called "identical" twins) in which one twin is a boy and the other is a girl who has lost the Y chromosome. Normally, though, you can trace the genetic constitution back all the way to fertilization. You can then trace back the genetic constitution of each gamete to where the oocyte and the sperm first arose as genetically unique cells within the mass of germ cells in the parent's gonads. You can't trace the genetic constitution back further than the completion of meiosis because that gene set would no longer be a discrete gene set but would be muddled up with all the other genes in the larger gene set of the parent. To me the point at which I began as a total whole individual human being was at the primitive streak stage, the formation of the embryo, but if one took a genetic viewpoint one could go back either to fertilization or to the two meiotic events occurring in the parent's gonads before fertilization[281].

Thereza Baptista Mattos entende que o marco inicial da vida é tarefa afeta ao biólogo, sendo dever do jurista apenas seu enquadramento legal. Assim, segundo sua visão, a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, resultando o zigoto, e sua fixação na parede do útero materno. Ela é adepta da teoria da nidação, colocando que sem a fixação do ovo na parede uterina não há condições de desenvolvimento e de vida ao embrião[282].

Reforçando a autoridade dos argumentos desta teoria podemos citar o autor Santos Cifuentes, para quem o pré-embrião, em momentos anteriores à nidação, ou seja, durante os 14 dias posteriores a fecundação, não passa de um aglomerado de células, sem que seja possível reconhecer nele uma forma humana. Neste período, suas possibilidades de implantação no útero e desenvolvimento até o nascimento são parcas. Assim, nesta fase, não seria possível identificar um indivíduo único, diferenciado, com vida certa e autônoma de sua mãe[283].

Referido autor ainda coloca a inadequação dos conceitos jurídicos e éticos que temos hoje, explicando que não há que se proteger um zigoto com base no princípio da

---

[281] BOCK, Gregory; O'CONNOR, Maeve. **Human Embryo Research – yes or no?** Ciba Foundation Symposium. New York/London: Routledge Publisher/Tavistock Publications, 1986. p. 22.
[282] MATTOS, Luiza Thereza Baptista de. Op. cit., p. 34.
[283] CIFUENTES, Santos. **El embrión humano**. Principio de existencia de la persona. Editorial Astrea, 2002. Disponível em: http://www.astrea.com.ar/libreriavirtual/virtual/autor.jsp?authorCode= 9500. Acesso em: 14 abr. 2007.

dignidade. Na célula zigótica encontram-se os dados genéticos que, em potência, poderão sustentar a formação de um indivíduo. Contudo, esta base de dados não corresponde ao indivíduo em si, não podendo ser considerado como um ente personificado. O zigoto, na verdade, é um conglomerado de células indiferenciadas, estando em um patamar intermediário entre um tecido e uma pessoa. Fato é que seu potencial genético pode nunca chegar a ser realizado[284].

Dessa feita, o potencial genético de um ser não lhe garante o tratamento como pessoa, até porque suas possibilidades de realmente se desenvolver e vir a nascer com vida são escassas diante das inúmeras intercorrências que podem advir de um processo gestacional.

Argumento que reforça o pensamento daqueles que sustentam a nidação como marco inicial da vida humana se encontra em uma declaração, formulada em março de 1998, no Cairo, pelo Comitê para estudo dos aspectos éticos da reprodução humana da Federação Internacional de Ginecologia e Obstetrícia. Neste documento, consta que a gravidez, como parte do processo de reprodução humana, começa com a nidação do *conceptus* no ventre materno e termina com o nascimento de uma criança ou com o aborto[285]. Parece ser este também o entendimento da Sociedade Alemã de Ginecologia, para a qual a nidação marca o início da gravidez.

Importante ressaltar, ademais, que somente com o processo de nidação que se inicia a produção do hormônio beta HCG (gonadotrofina coriônica humana), hormônio este utilizado nos exames de sangue para aferir se uma mulher está grávida ou não. Sem a presença deste hormônio no sangue materno, o exame de gravidez será negativo.

Destaca-se, ainda, que fica sem resposta a pergunta de qual seria a natureza jurídica do zigoto ou do embrião antes da nidação. Se não existe ainda ser humano, verifica-se a presença de uma célula capaz de produzir um ou mais indivíduos da mesma espécie, argumento que vem de encontro com as necessidades de pesquisas realizadas com embriões excedentários. Dessa feita, não sendo ser humano, deveria ser tal célula ou agrupamento de células considerado como bem jurídico?

Esta indagação é tormentosa, mas diante da inexistência de outra categoria jurídica na qual possa se enquadrar, parece que o mais correto seria compreender tal forma celular como bem móvel, uma vez que consiste em energia que tem valor econômico (art.

---

[284] Idem, ibidem.

[285] Declaração publicada no Recommendations on Ethical Issues in Obstetrics and Gynecology by the FIGO Committee for the Study of Ethical Aspects of Human Reproduction. Disponível em: http://www.figo.org/about_guidelines.asp. Acesso em: 27 abr. 2010.

83, I, do CC/2002). Da mesma maneira que o sêmen ou o óvulo podem ser considerados como bens móveis para efeitos legais, parece que a célula zigótica também poderia ser considerada como de mesma natureza jurídica.

A teoria nidista, por configurar o início da vida humana com a nidação sem exigir outros critérios como a atividade encefálica, permite a afirmação da existência de vida no ser anencefálico.

A condição peculiar dos anencéfalos restringe-se à formação encefálica, não havendo diferenças no que tange às fases fetais na evolução gestacional. Assim, não se elegendo outros critérios que não a fixação do embrião no útero materno, o anencéfalo seria dotado de vida, condição que portará consigo além do momento de seu nascimento.

Sendo assim, pode-se afirmar, com precisão, que a teoria nidista tem ganhado cada vez mais adeptos e parece que nossa legislação tem evoluído cada vez mais no sentido de considerar a nidação como momento inicial da vida humana. A legalidade atribuída a alguns métodos contraceptivos, como a "pílula do dia seguinte" e leis que autorizam a manipulação e uso de embriões excedentários mostram que a fecundação não mais corresponde aos anseios evolutivos e sociais de uma sociedade que avança em pesquisas e valores ainda incipientes.

3.3 TEORIA EMBRIOLÓGICA

A teoria embriológica declara que a vida somente teria início com o advento da 3.ª semana de gestação, momento no qual o embrião adquire individualidade. Essa teoria se sustenta na alegação de que, antes de referido período, o embrião pode se dividir e dar origem a mais de um ser humano.

Assim, a vida se identificaria com uma individualidade do ser, o que se verifica apenas após a 3.ª semana de gestação.

Alega-se que até o 14.º dia após a concepção não há que se falar em ser humano, mas sim em uma célula progenitora capaz de formar um ou mais indivíduos da mesma espécie. Esse entendimento vai de encontro com a possibilidade de experimentação científica em embriões humanos[286].

[286] BURILLO, Santiago Fernández. **El Informe Warnock**. Disponível em: www.aceb.org/sfb/mw/w7.htm. Acesso em: 10 mar. 2011.

A *American Fertility Society*, pelo seu Comitê de Ética, elaborou um informe no ano de 1986 distinguindo justamente o que veio a se denominar de pré-embrião do embrião propriamente dito. Dessa feita, a etapa pré-embrionária se estenderia da fertilização até, aproximadamente, o 14.º dia de gestação, de modo que neste período ocorre a formação do sulco neural. Seria justamente a formação deste sulco neural que determinaria, segundo parte da medicina, a presença de uma pessoa[287].

Nesse viés, antes da identificação de uma individualidade do ser formado, o embrião não passa de um bem ou uma coisa, não possuindo, ainda, o *status* de pessoa. Apenas as etapas embrionária e fetal (última da evolução gestacional) é que mereceriam o amparo legal, vez que ultrapassada a fase pré-embrionária teremos a configuração da pessoa[288].

Dentre os doutrinadores que parecem seguir os ditames desta doutrina pode-se citar H. Tristram Engelhardt, o qual entende que a posição moral ocupada pelo ser humano é superior a qualquer outro animal, motivo que o distingue dos demais seres vivos e o torna importante dentro de uma comunidade. A relevância de um ser humano está diretamente relacionada com o papel que esta pessoa desenvolve dentro de uma coletividade, motivo suficiente para considerar pessoa apenas aqueles seres que já possuem uma formação moral mais elevada, o que já pode ser verificado em um dado momento da evolução fetal[289].

Esta divisão entre uma etapa pré-embrionária e outra embrionária, contudo, não é isenta de críticas, como se observa no discurso de Diana Biágosch Speroni, segundo quem não existiria um estado pré-embrionário. Segundo seu entendimento, a concepção inicia a vida de um novo ser, cujo desenvolvimento inevitavelmente resultará no nascimento de um ser da mesma espécie de seus genitores[290].

Enfim, ressalta-se que esta teoria, assim como a teoria nidista, serve de sustentáculo para adoção de métodos contraceptivos que agem após a fecundação, como é o caso da "pílula do dia seguinte".

Seus argumentos, contudo, não são favoráveis à constatação de vida em seres humanos portadores de anencefalia, vez que o suco neural é elemento conformador da existência de vida para seus adeptos.

---

[287] LABOMBARDA, Pablo Martín. Op. cit., p. 29.
[288] Idem, p. 30.
[289] ENGELHARDT, H. Tristram. **Los fundamentos de la Bioética**. Barcelona: Paidos, 1995. p. 276-279.
[290] SPERONI, Diana Biágosch. **¿Procreación asistida o victimización?** Buenos Aires: Lumen, 1993. p. 27.

Dessa feita, a anomalia em questão seria incompatível com a constatação da presença de vida, de modo que o produto desenvolvido no ventre da gestante não pode ser considerado pessoa para todos os efeitos legais. O anencéfalo, nesta visão, não é considerado vivo em momento algum, já que lhe falta elemento essencial para a atribuição de vida.

3.4 TEORIA NEUROLÓGICA OU DO SISTEMA NERVOSO CENTRAL

A teoria neurológica é uma das que mais irá influenciar o estudo da presente obra.

Esta teoria parte do pressuposto de que, se a morte é definida pela cessação das ondas cerebrais, então o início da vida deve coincidir com o início de uma atividade cerebral. Dessa feita, em uma gestação normal, a constatação dessas ondas cerebrais ocorre por volta da 8.ª semana de gestação, de sorte que antes disso não se poderia falar em vida humana.

Relaciona-se, então, o início da vida ao surgimento dos primeiros indícios de formação do córtex central. O principal adepto desta teoria é o biólogo francês Jaques Monod, segundo quem, por ser o homem consciente por natureza, a vida deve ser pautada pela possibilidade de possuir uma consciência. Dessa feita, somente a partir do quarto mês de gestação é que seria possível verificar a existência de vida humana, já que é neste momento em que se pode constatar eletroencefalograficamente a atividade do sistema nervoso central, constando-se a existência de alguma consciência[291].

Referido estudioso coloca que esta formação do sistema nervoso central deve ocorrer entre a 15.ª a 40.ª semana de gestação, o que já mostra, também, a discussão acerca do momento exato no qual ocorre esta formação[292].

Peter Singer assim entende:

> (...) os adversários do aborto desejam de facto defender o direito à vida do ser humano a partir da concepção, independentemente de este ter ou não consciência. Para quem defende o aborto, apelar para a ausência de capacidade de consciência tem parecido uma estratégia arriscada. Com base em estudos que mostram que o movimento tem lugar tão cedo quanto seis semanas após a fertilização, associados a outros estudos que

[291] MARTÍNEZ, Stella Maris. **Manipulação genética e direito penal**. São Paulo: IBCCrim, 1998. p. 87.
[292] MONOD, Jacques apud MAIA, Lauro Augusto Moreira. **Novos Paradigmas do Direito Civil**. Curitiba: Ed. Juruá, 2007. p. 107.

> deram conta de alguma actividade cerebral na sétima semana, aventou-se que o feto poderia ser capaz de sentir dor nessa fase inicial da gravidez. Esta possibilidade levou os progressistas a serem prudentes ao apelar para o início da consciência como o ponto em que o feto tem direito à vida[293].

A teoria em epígrafe vem ao encontro da Lei de Transplantes de Órgãos e Tecidos, deitando suas bases nos mesmos argumentos. A atividade encefálica é, então, elevada à condição primária para configuração da vida, de modo que, sem ela, o estado vital é inexistente.

A existência de uma consciência elege a racionalidade como elemento definidor da condição humana, atributo este responsável pela presença de vida.

A anomalia da qual é portador o anencéfalo seria, então, incompatível com a existência de vida, segundo entendimento desta doutrina. A gestante que o carrega em seu ventre, na realidade, serve de sustentáculo para o desevolvimento de um ser humano morto, vez que ausente uma consciência compatível com a condição de pessoa.

Dessa feita, a interrupção da gestação nestas condições não tipifica o delito de aborto, pois está ausente a elementar da existência de um feto vivo. Da mesma forma, praticado o delito de lesões corporais, não haveria como enquadrar a conduta delitiva nas qualificadoras da lesão grave (por aceleração do parto) ou gravíssima (por aborto), já que ambas as situações exigem a existência de vida no ser que a gestante carrega.

Os delitos de aborto provocado por terceiro (arts. 125 e 126 do CP) ou provocado pela gestante (art. 124 do CP) também restariam descaracterizados, não havendo fato típico quando o produto da concepção for portador de anencefalia.

Estas situações, a despeito de estarem de acordo com a legislação vigente, geram uma perplexidade quando é opção da gestante levar a gestação a termo.

Desse modo, como amparar sua decisão se uma manobra abortiva ministrada por terceiro sem o seu consetimento não configura crime? Além disso, como entender o desenvolvimento de um ser, com a formação de órgãos humanos, movimentos e atos reflexos sem considerá-lo como ser vivo?

Todas estas indagações restam sem resposta se considerarmos os argumentos traçados por esta teoria. A solução para esta problemática reside no entendimento de que as normas que elencam a morte encefálica como momento do óbito possuem, por intuito,

---

[293] SINGER, Peter. **Ética prática**. Trad. Álvaro Augusto Fernandes. Cambridge: Cambridge University Press, 1993. p. 98.

possibilitar o transplante de órgãos e tecidos, viabilizando o instrumentário orgânico que outros seres humanos necessitam para permanecerem vivos.

O viés utilitarista que encampa esta normativa, contudo, deve restringir-se às hipóteses de transplantes, não sendo viável sua aplicação quando ausente o intuito que permeia sua existência.

O utilitariasmo, cujo ideário tem base na busca da felicidade de todos, trata o início da vida a partir do momento em que o ser humano passa a ser útil para o seu entorno. Assim, a concepção não marcaria o início da vida humana, configurando sustentação para os defensores do aborto.

Referida tese permite o sacrifício de alguns em prol da maioria, configurando o sujeito a partir de um viés biossocioeconômico. O homem seria, então, um meio para obter ideais de ordem superior.

Dessa feita, o individualismo, que assola esta escola, eleva o consentimento individual à categoria de lei maior, de modo que a disposição do próprio "eu" é ato indiferente sob o aspecto ético[294].

Sendo assim, a atividade encefálica é função de importante configuração para manutenção do ser humano, mas sua ausência, por si só, desacompanhada da retirada de órgãos e tecidos para fins de transplante, impede a determinação do óbito ou da inexistência de vida de uma pessoa, já formada ou em formação.

3.5 TEORIA TECNOLÓGICA OU ECOLÓGICA

Esta corrente de pensamento declara que a vida humana só pode ser visualizada quando o feto tiver condições de uma vida autônoma do útero da mãe, ou seja, apenas e tão somente quando ele puder viver por si só, com condições de sobrevivência fora do útero.

A possibilidade de vida fora do útero materno exige uma maturidade pulmonar, a qual se verifica por volta da 25.ª semana de gravidez. Antes disso não há autonomia e, portanto, não haveria que se falar em vida.

Contudo, esta orientação merece críticas e, para tanto, pode-se fazer menção ao pensamento do biólogo Botella Luziá, segundo quem o embrião pode ser considerado um ser

[294] ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. Biotecnologia e direito penal**.** In: ARAUJO JR, João Marcello de (org.). **Ciência e política criminal em honra de Heleno Fragoso**. Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 284-285

individualizado, com carga genética diferente da de seus genitores, sendo errônea a afirmativa de que a vida do embrião estaria englobada pela vida de sua mãe. Assim, a Constituição Federal de 1988 protege a vida de forma geral e irrestrita, estando englobada a vida uterina[295].

A doutrina em questão enxerga a vida a partir da perspectiva de sua autonomia, considerando inexistente a força vital enquanto o ser humano estiver umbilicalmente dependente de sua mãe.

Analisada apenas a maturidade pulmonar para a determinação da viabilidade da vida, o anencéfalo seria dotado de vida, pois preenche este requisito, respirando de forma autônoma pelos reflexos que lhe são garantidos com a presença do tronco cerebral.

Contudo, caso a autonomia vital fosse considerada em seu conjunto, ou seja, caso ela fosse considerada como viabilidade da existência de uma vida autônoma, o anencéfalo não poderia ser visto como vivo. A fragilidade da vida que lhe é garantida por estes reflexos não é capaz de durar por muito tempo sem o auxílio da tecnologia médica e, ainda que com referido auxílio, sua existência não será muito longa.

Dessa feita, a teoria tecnológica, ao restringir o critério de autonomia vital à maturidade pulmonar, inclui a situação do anencéfalo como ser dotado de vida, vida esta que não pode ser desconsiderada pelo ordenamento.

3.6 TEORIA SENCIENTE

Esta teoria explica que o início da vida humana se verifica quando o feto tem condições de ter sensações, de sentir prazer ou dor, por exemplo. Essa específica condição inicia-se entre a 24.ª e a 28.ª semana de gestação[296].

Dessa feita, os sentidos teriam o condão de atribuir a um ser humano sua condição de ser vivo, de modo que aquele que é desprovido de sensações não seria considerado vivo perante esta doutrina.

Peter Singer, em seu livro *Ética Prática*, coloca a irrelevância do ser humano enquanto um amontoado de células, explicando que a fecundação se inicia com uma célula individual que vai se transformando em um conjunto de células sem qualquer identificação

---

[295] LUZIÁ, Botella apud MORAES, Alexandre de **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 64.

[296] SCHINESTSCK, Clarissa Ribeiro. As pesquisas com células-tronco embrionárias: o direito à vida digna ou o direito à dignidade do embrião **in vitro**? **Revista eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP**. Disponível em: http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/download/522/513. Acesso em: 25 set. 2008.

anatômica com o ser que será formado. Dessa feita, a vida de um feto não teria mais valor que a vida de um animal com o mesmo estágio de desenvolvimento racional. Assim, nenhum feto seria considerado pessoa e, diante disso, nenhum feto teria o mesmo direito a vida que uma pessoa[297].

Na visão de Peter Singer, então, uma pessoa só poderia ser considerada como tal na medida em que desenvolvesse sua racionalidade, consciência de si mesmo, conhecimento, capacidade de sentir, enfim, na medida em que seu intelecto fosse se desenvolvendo. Aliás, de forma criticável, Peter Singer chega a conclusões que excluem seres humanos com alguma deficiência mental do conceito de pessoa. Assim, nas palavras de Peter Singer:

> Há muitos seres sencientes e capazes de sentir prazer e dor que não são racionais nem autoconscientes e que, portanto, não são pessoas. Referir-me-ei a eles como "seres conscientes". Muitos animais não humanos cabem quase de certeza nesta categoria, tal como crianças recém-nascidas e alguns seres humanos com deficiências mentais. Destes, quais são ao certo aqueles que não possuem autoconsciência é algo que consideraremos nos próximos capítulos. Se Tooley tiver razão, não se pode dizer que os seres desprovidos de autoconsciência tenham direito à vida, no sentido pleno da palavra "direito". Porém, por outras razões, matá-los pode ser um mal [298].

Referido doutrinador disserta:

> (...) não se deve atribuir à vida de um feto um valor maior que à vida de um animal não humano com um nível comparável de racionalidade, autoconsciência, consciência, capacidade de sentir, etc. Como nenhum feto é uma pessoa, nenhum feto tem o mesmo direito à vida que uma pessoa. Temos ainda de considerar a que ponto do seu desenvolvimento é provável o feto ganhar a capacidade de sentir dor. Por agora bastará acrescentar que, enquanto essa capacidade não existir, um aborto é o fim de uma existência que não possui qualquer valor "intrínseco". Depois disso, quando o feto pode ter consciência, embora não autoconsciência, o aborto não deve ser encarado de ânimo leve (se é que uma mulher alguma vez encara o aborto de ânimo leve). Mas os interesses importantes de uma mulher suplantariam normalmente os interesses rudimentares mesmo de um feto consciente. Na realidade, torna-se difícil condenar mesmo um aborto feito numa gravidez adiantada pelas razões mais triviais, a não ser que condenemos também a chacina de formas de vida de longe mais desenvolvidas devido ao gosto pela sua carne [299].

---

[297] SINGER, Peter. *Ética prática*... cit., p. 115-116.
[298] Idem, p. 72.
[299] Idem, p. 104.

A teoria em apreço não enxerga a existência de vida em seres desprovidos de sensações, caso do anencéfalo. Assim, todo aquele que for desprovido de sensações seria, também, desprovido de vida.

Uma pessoa que nasce desprovida do sentido da visão, então, seria menos viva que uma pessoa dotada de todos os sentidos?

Esta teoria, assim, parece falaciosa, sintetizando a pulsação vital nos sentidos que lhe garantem uma experiência única, porém não lhe conformam a existência.

3.7 TEORIA FISIOLÓGICA

Baseia-se esta teoria no momento do efetivo nascimento do ser humano. A vida, segundo esta visão, decorre da independência total entre feto e sua genitora, o que se verifica apenas com o nascimento do produto da concepção[300].

Assim, o funcionamento regular dos sistemas circulatório e respiratório é que garantem a possibilidade de vida com o nascimento, de modo que neste momento ter-se-ia o marco inaugural da vida.

Esta teoria parece estar em consonância com a teoria natalista da personalidade, mas parece confundir vida com personalidade jurídica.

Luis Büchner, de forma categórica, expõe seu pensamento nas seguintes palavras:

> (…) todo observador exento de preocupaciones – dice Wirchow – está convencido de que la inteligencia humana se desarrolla poco a poco. El niño recién nacido piensa tan poco, tiene tan poca alma como el feto. A juicio nuestro, no vive sino corporalmente, pues intelectualmente está casi muerto. El hombre y el animal se desarrollan en el seno materno sólo por grados y bajo la forma primaria de una pequeñísima vesícula, que es apenas visible a los ojos ayudados por el microscopio. Llegado a cierta magnitud, el feto tiene la facultad de moverse en el seno materno; pero estos movimientos no son efectos de una función intelectual, son involuntarios. El feto no piensa, ni siente, ni tiene conciencia de sí mismo. El hombre no conserva en el curso de su vida ulterior recuerdo alguno de semejante estado, en el que no tienen acción ni desarrollo los sentidos, así como tampoco hace memoria del primer tiempo de su salida del seno materno para gozar de una existencia individual. Esta perfecta ignorancia del pasado prueba la completa nulidad de su existencia espiritual de entonces. La causa de este fenómeno debe atribuirse a la falta de impresiones exteriores durante la vida intrauterina, y a que en los

[300] ALVES, Oziel. Células embrionárias podem curar doenças. **Revista Enfoque**, edição 82, maio 2008. Disponível em: http://www.revistaenfoque.com.br/index.php?edicao=82&materia=1050. Acesso em: 27 set. 2008.

> primeros tiempos después de este estado son las impresiones tan incompletas, que no puede existir la inteligencia humana [301].

A teoria fisiológica pauta a existência de vida no regular funcionamento dos sistemas circulatório e respiratório, dotando, a partir deste enfoque, o anencéfalo de vida. Os portadores desta malformação possuem atividade circulatória e respiratória independentes, garantidas pelo tronco encefálico que está presente em sua formação.

Sendo assim, se a vida está condicionada à existência de movimentos reflexos, o anencéfalo deve ser considerado vivo para todos os fins, respeitando-se sua condição peculiar como uma limitação fisiológica, incapaz de retirar-lhe o sopro vital garantido pelo desenvolvimento fetal.

3.8 TEORIA METABÓLICA

A teoria em epígrafe constata que a vida é um processo contínuo, de modo que a discussão acerca de seu início não faz sentido. Os gametas feminino e masculino são vistos apenas como um instrumento que dá início ou viabilidade à cadeia vital[302].

Neste processo vital não haveria um começo ou um fim definidos de forma hermética.

Esta teoria não marca um momento exato no qual poderia se verificar a vida, sendo um pensamento mais filosófico do que científico.

Por sua própria imprecisão conceitual, não há como enquadrar a situação do anencéfalo diante desta teoria, sendo certo que a cadeia de desenvolvimento fetal não é afetada por sua condição encefálica.

A anencefalia corresponde a uma malformação incompatível com a longa existência vital, de modo que sua presença não impede a geração e o desenvolvimento do feto, tampouco seu nascimento.

---

[301] BÜCHNER, Luis. **Fuerza y matéria.** Estudios populares de historia y filosofía naturales. Trad. A. Gómez Pinilla, F. Sempere y Compañía. Disponível em: http://www.filosofia.org/mat/mm185515.htm. Acesso em: 10 mar. 2011.
[302] ALVES, Oziel. Op. cit.

3.9 TEORIA DO RECONHECIMENTO

Para aqueles que defendem esta teoria, a vida teria início apenas quando o ser humano conseguir diferenciar a sua pessoa da pessoa dos demais seres[303].

Essa percepção ocorre durante os primeiros meses de vida e não em um dado momento preestabelecido. Para esta visão, a vida efetivamente tem início após o nascimento, no decorrer dos primeiros anos de vida.

O anencéfalo, para esta teoria, nunca chegará a possuir vida, vez que inviável sua existência por alguns anos. Tampouco será ele capaz de diferenciar sua pessoa do meio que o cerca, vez que não é dotado de uma atividade encefálica compatível com a compreensão e a diferenciação das pessoas ao seu redor.

3.10 CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA

O Código de Ética Médica, em seu artigo 43 preceitua como causa de responsabilidade profissional "descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou tecidos, esterilização, fecundação artificial e abortamento". A norma em questão ampara a fecundação e a concepção, responsabilizando o médico que ministrar meios abortivos em desconfomidade com a legislação vigente.

A ética médica, então, parece adotar a corrente legislativa, seja ela qual for, seguindo os passos das normas positivadas. Não consta no Código de Ética Médica qual seria o momento inicial da vida, de modo que a regra transcrita transparece um viés concepcionista, remetendo este posicionamento a legislação específica.

Insta ressaltar que a norma em comento abriga em seu seio tanto a questão do aborto como a situação de transplante de órgãos e tecidos, contrapondo o início da vida humana com o seu momento final, segundo a legislação pátria.

Dessa feita, a morte encefálica assume posição de relevo na temática em questão, sobretudo quando considerada a condição do anencéfalo, vez que a ausência de atividade encefálica é eleita pelas normas brasileiras como momento do óbito.

Questiona-se, então, como o início de uma vida sem atividade encefálica pode existir. A solução para esta indagação encontra-se tanto nos critérios que definem morte

---

[303] Idem.

encefálica, como na *ratio legis* que permeia a Lei de Transplante de Órgãos e Tecidos, o que será tratado nos capítulos subsequentes.

3.11 ANÁLISE CRÍTICA

Diante de tantas teorias desenvolvidas e discutidas com o fito de estabelecer o marco temporal a partir do qual se reconhece em um ser humano a vida, percebe-se que, na realidade, o que se busca na fixação de um termo inicial é a segurança jurídica que as normas positivadas garantem.

Contudo, a necessidade inerente ao ser humano de decifrar os enigmas que envolvem nossa existência, colocando marcos e estacas imutáveis acerca de momentos delimitadores de nossa jornada como seres vivos, parece não condizer com a complexidade biológica e filosófica que encerra o ser humano.

Se nem mesmo as ciências médicas e biológicas conseguem precisar momentos tão tênues como o início e fim da vida humana, quem dirá juristas, ávidos por petrificar em uma norma algo tão inquietante e nebuloso.

A positivação do momento exato no qual se tem por iniciada a vida humana até pode corresponder a uma segurança jurídica e ao corolário da legalidade, determinando de forma clarividente a partir de quando o feto ou embrião passará a gozar de toda proteção legal que o arcabouço legislativo consagra para aqueles que sejam dotados de vida humana.

Discussões científicas à parte, visualiza-se que o debate travado acerca do momento em que a vida humana tem início, na verdade, não procura desvendar o mistério que envolve a criação, mas possui por intento fixar um marco temporal capaz de fazer frente às necessidades sociais, econômicas e de pesquisa, sem que, para tanto, dogmas morais e religiosos fossem feridos.

Independentemente de se verificar a existência de vida ou não na célula zigótica, as pesquisas com células-tronco, os imperativos de controle de natalidade dentro de um planejamento familiar garantido pela Constituição Federal e o apelo econômico que o mundo da genética e das patentes representa acabam por guiar um posicionamento do legislador brasileiro no sentido de tornar tudo isso possível.

Entretanto, cumpre mencionar que se tal registro temporal é necessário por causa de tipos penais ou de responsabilidades jurídicas que se formam em razão disso,

imobilizar tais elementos em uma norma jurídica, retirando a matéria da dinâmica inerente às ciências biológicas, representaria um retrocesso aos avanços nas áreas da biologia e medicina.

Dessa forma, parece ser a melhor solução retirar referida discussão do campo legislativo, entregando-a nas mãos dos pesquisadores e cientistas das áreas respectivas de conhecimento. O Direito dialoga com as demais ciências, bem como remete certos assuntos que não são de sua alçada aos mais experientes e competentes na questão.

Assim, considerando o intercâmbio que qualifica o conhecimento humano, não cabe ao Direito cuidar de tais minudências, sobretudo quando o debate e a dúvida ainda são inerentes à matéria em questão.

Acrescente-se o fato de quem nem sempre uma condição de vida corresponde a outra, havendo nuanças que colorem os passos do desenvolvimento humano com cores nem sempre vibrantes. A discussão ética deve enfrentar questões limítrofes, quando a vida não se apresenta com todos seus característicos, com os contornos que dela normalmente se espera, como é o caso da anencefalia.

Ressalta-se que o direito à vida, consagrado no seio de nossa Constituição Federal e no bojo dos mais importantes Tratados de Direitos Humanos, busca uma amplitude cada vez maior[304].

A divergência nos mostra que a inexistência de um conceito unívoco e universal sobre a origem da vida levou ao desenvolvimento de teorias que buscam nas etapas de evolução e desenvolvimento do embrião o início da vida humana. Estas teorias genético-desenvolvimentistas ampliam a visão legislativa e jurisprudencial acerca do tema, abrangendo novas discussões no que tange a proteção da vida humana.

O direito à vida deve ser interpretado sempre em uma visão ampla, abrangente, englobando todas as etapas do desenvolvimento fetal, embrionário e da vida. Segundo ensina Maria Celeste Cordeiro dos Santos, "em qualquer dos estágios, zigoto, mórula, blástula, concepto, embrião, feto, recém-nascido há apenas um 'continuum' do mesmo ser"[305].

Por derradeiro, deve-se recordar as palavras do Arcebispo de York, John Hapgood, na Câmara dos Lordes, Inglaterra, o qual, em linhas memoráveis, afirmou: "by the large a biological approach to life is rooted in gradualism ... The same is true in the

[304] Conforme pensamento de Maria Celeste Cordeiro dos Santos, o direito à vida tem o condão de proteger o ser humano em qualquer das etapas de seu desenvolvimento embrionário, englobando a forma de zigoto, mórula, blástula, concepto, embrião, feto, recém nascido, criança, adolescente, adulto e idoso, uma vez que existe um *continuum* do mesmo ser. (SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos. *O Equilíbrio do Pêndulo. A Bioética e a Lei. Implicações Médico-Legais.* São Paulo: Ícone Editora, 1998, p. 152).
[305] Ibidem, p. 152.

development of individual lives. They begin with chemistry and they reach their fulfillment in mystery"[306].

[306] HAPGOOD, John. Apud CRUZ, Peter De. *Comparative Healthcare Law*, op. cit., p. 110.

4

INÍCIO DA PERSONALIDADE CIVIL

A personalidade jurídica é abordada pelo capítulo inaugural do Código Civil de 2002, o que de imediato demonstra sua importância no pensamento coletivo e social da atualidade.

A personalidade é a estrutura, ou melhor, seria "uma ossatura destinada a ser revestida de direitos, assim como os direitos seriam destinados a revestir a ossatura", nas palavras de Adriano De Cupis, baseado em Specker[307]. A personalidade, assim, é uma parte integrante da pessoa humana, reconhecendo ao sujeito a possibilidade de ser titular de direitos e deveres na órbita jurídica.

Nas lições de João Franzen de Lima a personalidade jurídica ou civil "é o conjunto de faculdades e de direitos em estado de potencialidade, que dão ao ser humano a aptidão para ter obrigações"[308]. Segundo referido autor, a personalidade jurídica não deve ser confundida com a personalidade psíquica, a qual seria a individualidade moral do ser humano. A personalidade psíquica é o conjunto de predicados que nos distinguem das coisas, como, por exemplo, a individualidade, a liberdade, a consciência e a religiosidade.

Segundo Francisco Amaral, a personalidade jurídica seria um valor, ou melhor, seria "o conjunto de princípios e regras que protegem a pessoa em todos os seus aspectos e manifestações"[309].

Aliás, o autor em comento atesta que a "personalidade humana existe antes do nascimento, e projeta-se para além da morte"[310]. Este seu pensamento é muito interessante na medida em que temos tipos penais[311] e normas de cunho civilista[312] que aparentemente protegem a honra da pessoa já falecida.

No entanto, convém destacar que alguns doutrinadores entendem que o legislador pátrio não quis proteger a honra da pessoa falecida, mas sim a de seus familiares, os quais possuem na imagem daquele ente querido uma parcela da construção de sua própria personalidade. Tanto isso é verdade que o legislador concedeu a

---

[307] DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**... cit., p. 17.
[308] LIMA, João Franzen de. **Curso de direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 1, p. 149
[309] AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 5. ed. cit., p. 140.
[310] AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 3. ed. cit., p. 221.
[311] É o caso da calúnia contra os mortos (art. 138, § 2.º, do CP). A não recepcionada Lei de Imprensa também tinha previsão criminal neste sentido, mas incluía, além da calúnia, a difamação e a injúria.
[312] É o que se verifica nos parágrafos únicos dos artigos 12 e 20 do CC/2002.

legitimidade ativa apenas e tão somente aos parentes mais próximos daquele que foi caluniado ou teve sua imagem abalada, ainda que se trate de ação penal[313].

Por sua vez, o idealizador do Código Civil de 1916, Clóvis Beviláqua, afirmava de forma veemente que o sujeito vislumbra em sua personalidade civil a projeção da própria personalidade psíquica. Contudo, convém ressaltar que a personalidade civil depende da lei, sendo o ordenamento que lhe confere existência, forma, extensão e força ativa[314].

Referido autor destaca seu pensamento nas seguintes palavras:

> (...) qualquer que seja a opinião aceita sobre o início da personalidade humana, o nascimento é fator decisivo: no primeiro caso, porque confirma, se a criança nascer viva, ou anula, se nascer morta, a personalidade atribuída ao nascituro e, no segundo caso, porque assinala o momento inicial da vida jurídica do homem. Para que o nascimento se configure integralmente, é preciso que a criança seja separada, por inteiro, do ventre materno, rompido o cordão umbilical[315].

Alguns ordenamentos jurídicos, inspirados na tradição romanista, exigem a viabilidade como condição para o reconhecimento da personalidade jurídica. No que tange a este assunto, Luzia Thereza Baptista de Mattos coloca os argumentos de Porchat em reforço à tese da exigência de viabilidade como condição para aquisição de capacidade jurídica pelo recém nascido. Dessa feita, afirma referida autora:

> Porchat baseia-se em vários textos, e, embora reconheça a propriedade das refutações a eles opostas por Savigny, no Apêndice III do volume 2 de seu Sistema, declara que conclui pela corrente que afirma o requisito da viabilidade, porque o citado autor estrangeiro não teria conseguido explicar o disposto em C.6.29.2, onde os imperadores Diocleciano e Maximiano estatuíram que o aborto não nenhum direito, não podendo romper o testamento do marido (*uxoris abortu testamentum marit non solvit*)[316].

Em Roma, a capacidade de direito não dependia apenas do nascimento, de modo que havia, ainda, a exigência de possuir forma humana e ser vivo (não sendo produto de aborto), isto é, deveria ser viável. Esta viabilidade era atestada quando o nascimento ocorresse após o sexto mês de gestação e o neonato não morresse imediatamente após o

---

[313] Sílvio de Salvo Venosa afirma que "a honra dos mortos é protegida em prol dos vivos, seus parentes, em homenagem a sentimentos com relação às pessoas caras" (**Direito civil** – Parte geral. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 1, p. 89).
[314] SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 187
[315] BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. Ed. rev. e atual. por Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975. p. 78-80.
[316] MATTOS, Luiza Thereza Baptista de. Op. cit., p. 26.

parto. Tal conclusão se resume na máxima *qui in utero sunt intelligentur in rerum natura esse*, extraído do Livro I do Digesto, Juliano [317].

Nosso sistema, diferentemente da posição adotada em outros ordenamentos, não exige a viabilidade da vida humana, sendo suficiente o nascimento com vida para que ocorra a atribuição de personalidade.

Essa constatação ocorre, no Brasil, segundo critérios médicos, com a entrada de ar nos pulmões da criança, o que é verificado por meio da docimasia hidrostática de Galeno. Aludido exame é realizado com a imersão dos pulmões da criança numa bacia contendo água, momento em que se verifica ou não a saída de bolhas de ar deste órgão.

Caio Mário da Silva Pereira coloca como único requisito para a constatação do nascimento a separação ocorrida entre o ventre da mãe e o produto de sua gestação, ainda que tal disjunção se dê pelo uso de instrumentos ou recursos de obstetrícia. Não haveria que se indagar do período de gestação nem da eventual antecipação do término da gravidez, bastando a desconfiguração da unidade biológica, o que é constatado no momento em que mãe e filho constituem cada qual um corpo distinto com economia biológica própria[318].

Assim, prossegue ele afirmando que a vida desta criança pode ser verificada no momento em que ela inala em seus pulmões o oxigênio pela primeira vez. Mesmo que seu falecimento ocorra instantes depois, será ela considerada como falecida e não como natimorta. O desligamento do cordão umbilical não importa para a constatação da ocorrência de vida. Então, segundo o autor, a prova da vida poderia ser feita por qualquer meio, como o choro, movimentos, mas, especialmente, pelos métodos que a medicina descobriu para comprovar o ingresso de ar nos pulmões da criança. Apenas após este momento é que pode ser atribuída personalidade civil àquele ser[319].

Segundo o autor português Pais de Vasconcelos, a existência, início e termo da personalidade jurídica são temas extra e supralegais, de modo que o art. 66 do Código Civil português deveria ser interpretado na mesma linha do art. 6.º do Código Civil de 1867 e do § 1.º do BGB, os quais cuidam apenas da capacidade jurídica[320].

---

[317] Idem, p. 32.
[318] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 19. ed. cit., p. 146.
[319] Idem, p. 146.
[320] VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade.** Coimbra: Almedina, 2006. p. 112.

Reforçando esta posição, pode-se mencionar o entendimento de Franco Montoro, segundo o qual o nascituro é pessoa desde a sua concepção. Contudo, não teria ele qualquer capacidade de exercício e possuiria uma relativa capacidade de direito[321].

Verifica-se, enfim, que não existe um consenso na doutrina acerca do momento inicial ou final da personalidade jurídica da pessoa humana. Aliás, este é um exemplo emblemático de que não adianta estabelecer em uma norma jurídica critérios que não são da seara do direito, uma vez que, ainda que positivadas tais balizas, a discussão doutrinária e até jurisprudencial prossegue.

Interessante ressaltar que a Constituição Nacional da Argentina, em seu art. 19 dispõe que as ações privadas dos homens, as quais de modo algum ofendam a ordem e a moral pública, nem prejudiquem terceiro, estão apenas e tão somente reservadas a Deus e isentas da autoridade dos magistrados[322].

Ainda que o Código Civil de 2002 tenha disposto em seu art. 2.º [323], de forma clara, que a personalidade jurídica começa do nascimento com vida, isso não serviu para apaziguar os ânimos dos estudiosos do direito. Diante disso, não há um consenso acerca de qual seria o momento inicial da personalidade jurídica, tampouco de qual seria seu derradeiro instante.

Cumpre ressaltar que o mencionado artigo deixa claro que se colocam a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, o que serve de base ao surgimento de teorias divergentes. É de se mencionar que esta proteção não é uma criação brasileira, sendo possível encontrar seus traços no direito romano.

Dessa feita, no Digesto encontram-se alguns dispositivos que garantem uma proteção ao nascituro, mencionando-se em Ulpiano o D.37.9.19 (*de venire in posse. mit.*, o qual visa garantir direitos sucessórios através da posse em nome do ventre); D.1.5.26 (*qui in utero sunt, in toto paene jure civili intelleguntur in rerum natura esse. Nam et legitimae hereditates his restituuntur* (...), segundo o qual se tem por nascido o nascituro no que tange ao direito de herença) e D.1.5.7 (*qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodis ipsius partus quaeritur alii, antequam nascatur,*

---

[321] MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 25. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 494-496.

[322] Art. 19. Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe .

[323] Art. 2.º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

nequaquam prosit, considerando-se como nascido o nascituro no que tange aos seus interesses)[324].

Assim, mesmo não sendo recente esta construção, muita tinta já foi e continua a ser gasta com o debate caloroso daqueles que se deitam no estudo dos direitos da personalidade. Diante deste quadro, foram desenvolvidas algumas teorias, as quais passam a ser analisadas em sequência.

4.1 TEORIAS

Diversas são as teorias que cuidam da questão do marco inicial da personalidade civil. A discussão é grande e generalizada, de modo que diversos são os países que debatem sobre esta matéria.

O Tribunal Federal Constitucional alemão, quando instado a se pronunciar sobre este assunto, deixou a questão em aberto, não solucionando a controvérsia a respeito de ser o nascituro sujeito de direitos fundamentais ou ser apenas o seu direito à vida protegido dentro dos limites objetivos colocados pela Constituição Federal Alemã[325].

Aqueles que consideram o embrião como detentor de direitos fundamentais, normalmente defendem que a proteção a seus direitos deveria ser a mesma daquela concedida aos já nascidos. Qualquer restrição ao direito à vida deveria, então, estar justificada em bases bastante sólidas[326].

Em contrapartida, os opositores destas ideias entendem que ao embrião deveria ser dada uma proteção progressiva, conforme seu estágio de desenvolvimento. Assim, não seria ele de antemão detentor de direitos fundamentais[327].

Existem, ainda, outros a sustentar que o embrião, de fato, deve ser considerado como detentor de direitos fundamentais, mas apenas a partir de um determinado período da gestação. Antes deste período, ele não recebe a proteção de tais direitos[328].

Segundo Jochen Taupitz, a fixação de padrões internacionais em matéria legal é muito discutível, já que ou os princípios nos quais eles se baseiam são por demais amplos que se apresentam inúteis para a solução de problemas concretos, ou eles são tão

---

[324] GIORDANI, Mário Curtis (trad.). **O Código Civil à luz do Direito Romano**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996. p. 8.
[325] TAUPITZ, Jochen. Op. cit., p. 10.
[326] Idem, p. 9.
[327] Idem, ibidem.
[328] Idem, p. 10.

específicos que não podem ser aceitos por todos os grupos culturais e legais. Em qualquer grau, eles acabam carregando o risco de uma fossilização[329].

A divergência é deveras patente, restando tal constatação consignada em ementários jurisprudenciais, como se verifica no trecho de um acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul:

> A matéria envolvendo a personalidade jurídica do nascituro e o resguardo de seus direitos não é tão simples, abarcando posicionamentos divergentes.
>
> A doutrina apresenta três teorias a respeito do tema. A (1) natalista, adquirindo o nascituro personalidade civil (aptidão de adquirir direitos e contrair obrigações) somente com o nascimento, quando o feto passa a ter existência própria. Os defensores dessa teoria consideram que antes desse momento existiria apenas uma expectativa de personalidade, razão pela qual a lei resguardaria direitos ao nascituro. Assim o natimorto não adquiriria personalidade, uma vez que não houve o nascimento com vida (Vicente Rao, Silvio Rodrigues, Eduardo Espínola, Silvio Venosa). (2) Teoria da personalidade condicional, em que o nascituro possui direitos sob condição suspensiva, vale dizer, se a condição não for alcançada, será como se esses direitos nunca tivessem existido, implicando concluir pela existência de mera expectativa de direitos. (3) Teoria concepcionalista, a personalidade começa a partir da concepção, sendo certo que o nascituro deve ser considerado pessoa. Saliente-se que poderá, portanto, contrair direitos, porque possui personalidade, ou seja, detêm todos os direitos do estado de filho. Conforme esta teoria, a personalidade independe do nascimento com vida (Teixeira de Freitas, Anacleto de Oliveira Faria, André Franco Montoro, Francisco dos Santos Amaral, Clóvis Beviláqua, Silmara Chinelatto, Maria Helena Diniz etc)[330].

O debate envolvendo direitos do nascituro parte da disposição literal do art. 2.º do Código Civil, que assim dispõe:

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

Roosevelt Arraes, aliás, critica esta interpretação literal, alegando que "disposição legislativa que pode levantar dúvida interpretativa é aquela disposta no art. 4.º do Código Civil Brasileiro (referência ao Código Civil de 1916. No Código Civil de 2002

[329] Idem, p. 13.
[330] ApCiv 2007.030592-5/0000-00, Comarca de Campo Grande, j. 26.11.2007, rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

o art. é o 2°) que traz a expressão 'nascimento com vida' como condição suspensiva para a aquisição da condição de pessoa"[331].

Assim, instaurado o debate doutrinário, iremos tratar de cada uma das teorias que cuidam do início da personalidade jurídica. Apenas convém ressaltar que as teorias que discutem o momento inaugural da vida não se confundem com aquelas que debatem o marco inicial da personalidade jurídica, ou seja, ainda que se reconheça a vida como existente, discute-se se há ou não proteção legal a sua personalidade civil.

4.1.1 Teoria natalista

A teoria natalista identifica o momento do nascimento com vida como aquele a partir do qual se defere ao ser humano a personalidade jurídica. Antes deste momento o nascituro teria apenas expectativa de direitos, de modo que o nascimento opera como uma condição resolutiva na aquisição e fruição plena destes direitos resguardados pela lei desde o momento da concepção.

Há que se assentar que as origens da teoria natalista remontam ao direito romano. Caio Mário da Silva Pereira bem explica esta relação que havia no direito romano e a influência que nosso direito sofreu a partir das premissas adotadas no Digesto, Livro I, Título V, fr. 7:

> Para o direito romano, a personalidade jurídica coincidia com o nascimento, antes do qual não havia falar em sujeito ou em objeto de direito. O feto, nas entranhas maternas, era uma parte da mãe, *portio mulieris vel viscerum*, e não pessoa, um ente ou um corpo. Por isso mesmo, não podia ter direitos, não podia ter atributos reconhecidos ao homem. Mas, isto não obstante, os seus interesses eram resguardados e protegidos, e em atenção a eles, muito embora se reconhecesse que o nascimento era requisito para a aquisição de direitos, enunciava-se a regra da antecipação presumida de seu nascimento, dizendo-se que *nasciturus pro iam nato habetur quoties de eius commodis agitur*. Opera-se desta sorte uma equiparação do *infans conceptus* ao já nascido, não para considerá-lo pessoa, porém no propósito de assegurar os seus interesses, o que excluía a uma só vez os direitos de terceiro e qualquer situação contrária aos seus cômodos[332].

---

[331] ARRAES, Roosevelt. **A extensão dos direitos da personalidade e a situação jurídica do anencéfalo**. Disponível em: http://www.uj.com.br/Publicacoes/Doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=1735. Acesso em: 29 jul. 2010.

[332] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1, p. 216.

Moreira Alves, ao estudar a condição do nascituro no direito romano, explica que, a despeito da exigência do nascimento com vida para atribuição de personalidade, desde a concepção seus interesses eram resguardados. Assim, afirma que "no terreno patrimonial, a ordem jurídica embora não reconheça no nascituro um sujeito de direitos, leva em consideração o fato de que, futuramente o será, e, por isso protege antecipadamente direitos que ele virá a ter quando for pessoa física"[333].

Pontes de Miranda, tratadista do direito civil, entende que a personalidade tem início quando o nascimento pode se considerar consumado. Para que seja atestado um nascimento, segundo sua visão, basta que a criança saia do ventre materno, sem que seja necessário o desligamento do cordão umbilical. Dessa forma, basta o nascimento com vida para que seja deferida a personalidade, ainda que não se ateste sua viabilidade (a aptidão de continuar a viver)[334].

Del Rio, autor espanhol, enuncia:

> (…) sólo el ser humano es persona física. Hoy, todo hombre es persona. De esta doble afirmación se deduce, as vez, una doble consecuencia: primera, que las cosas inanimadas y los animales no pueden ser sujetos (activos o pasivos) de derechos; segunda, que la personalidad únicamente puede reconocerse con la vida (con el nacimiento)[335].

A teoria natalista é a mais fácil de ser compreendida e delimitada, uma vez que tem no nascimento com vida o momento a partir do qual se reconhece a personalidade jurídica de um ser humano.

O art. 2.º do Código Civil é usado como fundamento legal para sustentar as ideias defendidas por esta corrente de pensamento. Como o ordenamento jurídico contempla que "a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro", estaria mais do que claro, para estes autores, que o ordenamento pátrio determinou o momento do nascimento como marco a partir do qual se reconhece a personalidade civil.

Não é apenas nosso diploma civilista que reconhece o nascimento com vida como requisito para se conferir o *status* de pessoa a um ser humano, de modo que encontramos outros diplomas estrangeiros a seguir na mesma linha, como é o caso dos Códigos da Alemanha, Espanha, França, Itália, Japão, Portugal e Suíça[336].

---

[333] ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano** cit., p. 95-96.
[334] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado** cit., p. 162-163.
[335] RÍO, José Manuel Lete Del. **Derecho de la persona.** 4. ed. Madri: Tecnos, 2000. p. 50
[336] MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: parte geral. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1, p. 64.

O art. 66 do Código Civil Português enuncia o momento de início da personalidade jurídica ao dispor:

> Artigo 66.º
> (Começo da personalidade)
> 1. A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida.
> 2. Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento.

Referido artigo, no entanto, diante da estipulação feita pela Constituição Portuguesa, vem sendo alvo de críticas constantes, como a feita por Menezes Cordeiro. Ele afirma que o art. 66 do diploma legal civilista português padece de diversas anomalias, o que impediria uma conclusão definitiva acerca do início da personalidade jurídica. Assim, o melhor seria contentar-se com o art. 24 da Constituição Portuguesa, o qual enuncia a inviolabilidade da vida humana, deixando em aberto o momento exato do início da personalidade jurídica[337].

Não há que se esquecer, ainda, que a Constituição Portuguesa é norma posterior ao seu Código Civil, de forma que isso embala alguns comentários no sentido de que o art. 66 do diploma civilista seria incompatível com o art. 24 da Carta Magna, não tendo sido o mesmo recepcionado pela nova ordem jurídica que se norteia pela Constituição em vigor[338].

Alfredo Orgaz, doutrinador argentino, é adepto desta corrente de pensamento, sustentando que a personalidade humana só existe quando a vida do ser humano é autônoma e independente de sua genitora, não se verificando personalidade no ser não nascido. Antes do desfecho do nascimento, o ser é apenas uma parte visceral de sua mãe[339].

No que pertine aos doutrinadores pátrios, não são poucos os que se filiam ao pensamento professado por esta teoria. Além de Pontes de Miranda, já citado acima, Silvio Rodrigues é adepto do ideário natalista afirmando o que segue:

> (...) nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno. A lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer com vida. Mas, como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico desde logo preserva seus interesses futuros,

---

[337] CORDEIRO, A. Menezes. **Tratado de direito civil português I, parte geral**. Coimbra: Liv. Almedina, 2004. t. III, p. 299.
[338] GONÇALVES, Gabriel António Órfão. Da personalidade jurídica do nascituro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, n. 1, v. XLI, Lisboa, Combra Editora, 2000. p. 533.
[339] ORGAZ, Alfredo. **Código Civil y leyes complementarias.** Comentado, anotado y concordado. Coord. Augusto C. Belluscio. Buenos Aires: Astrea, 1978. t. I, p. 325.

> tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus[340].

Outros doutrinadores podem ser mencionados como adeptos da teoria natalista da personalidade jurídica, como Arnoldo Wald[341], Caio Mário da Silva Pereira[342], Carlos Roberto Gonçalves[343], Eduardo Espínola[344], Fernando Simas Filho[345], João Luiz Alves[346], Joaquim Aguiar[347], San Tiago Dantas[348], Sérgio Abdalla Semião[349], Silvio de Salvo Venosa[350], Virgílio Antônio de Carvalho[351], Washington de Barros Monteiro[352].

---

[340] RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil –** Parte Geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1. v. 1, p. 36.

[341] Arnoldo Wald sustenta que o nascituro não é sujeito de direitos, mas terá seus interesses protegidos pelo ordenamento jurídico (WALD, Arnoldo. **Curso de direito civil brasileiro**: introdução e parte geral. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 1995. p. 120).

[342] Em sua obra ele coloca que entende "que a lei admite uma 'potencialidade', como se, iniciando embora a personalidade a partir do nascimento, e assentando que os direitos do nascituro retrotraem à data da concepção, não seria ilógico afirmar que a personalidade se encontra em "estado potencial", somente vindo a concretizar-se com o nascimento" (PEREIRA, Caio Mário da Silva **Direito civil**: alguns aspectos da sua evolução cit., p. 17).

[343] É do seu entendimento que antes do nascimento não há como se falar em personalidade, mas com a verificação do mesmo, a existência dos direitos deferidos ao recém-nascido retroage ao momento da concepção (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1, p. 79).

[344] Ele atribui ao nascituro apenas uma expectativa de direitos (ESPINOLA, Eduardo. **Sistema do direito civil brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Conquista, 1961. v. 2, p. 342).

[345] "A lei requer, para que se lhe reconheça a personalidade civil e se torne sujeito de direitos, que a criança dê inequívocos sinais de vida, após o nascimento, mesmo que venha a falecer instantes depois. Se a criança nasce morta, não chega a adquirir a personalidade e, assim, não recebe e não transmite direitos" (SIMAS FILHO, Fernando. **A prova na investigação de paternidade**. 5. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 1996. p. 45).

[346] Afirma: "é preciso reconhecer que, subordinada à cláusula do nascimento com vida, a personalidade desde a concepção não terá outra significação que não seja a de crear, como na theoria do Cód., uma expectativa de direito. (...) Não tem, pois, alcance prático a fixação do início da personalidade no acto da concepção. Os effeitos jurídicos surgem no acto do nascimento, com ou sem vida (...)" (ALVES, João Luiz. **Código Civil anotado**. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1917. p. 25).

[347] Antes do nascimento haveria, segundo seu pensamento, apenas uma personalidade em potencial. A personalidade de fato só se adquire com o nascimento (AGUIAR, Joaquim. **Programa de direito civil:** introdução e parte geral. 2. ed. São Paulo: Cargine, 1974. p. 72).

[348] Escreve ele em sua obra que "antes do nascimento a posição do nascituro não é, de modo algum, a de um portador de direitos subjetivos; é uma situação de mera proteção jurídica, proteção que as normas dão, não exclusivamente às pessoas, mas até às coisas inanimadas" (DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979. p. 170).

[349] "O nascimento com vida é o fato jurídico gerador da personalidade civil da pessoa. Se o neonato é um natimorto, diz-se que nunca existiu. Para o Direito, a natalidade sem vida não é fato jurídico, uma vez que nenhum efeito gerou" (ABDALLA SEMIÃO, Sérgio. **Os direitos do nascituro.** Aspectos cíveis e criminais e do biodireito. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p.154).

[350] Para Venosa, é fato que o nascituro possui proteção legal a direitos que lhe será deferidos caso nasça com vida, mas isso não permite afirmar que a ele é atribuída personalidade jurídica (**Direito civil** – Parte geral. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 1, p. 127).

[351] Referido autor sustenta que desde o momento no qual se verifica a concepção a lei já passa a se ocupar de proteger os direitos do nascituro. Contudo, somente após o nascimento é que se atribui a personalidade a um ser (CARVALHO, Virgílio Antônio de. **Direito civil:** parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Bedeschi, 1936. p. 82 a 84).

[352] Segundo ele o nascituro teria sua personalidade dependente de uma condição suspensiva, qual seja: o nascimento com vida. Antes disso ele só tem expectativa de direito (MONTEIRO, Washington de Barros.

Dessa feita, calcada em uma interpretação literal do texto consagrado no bojo do diploma civilista, a doutrina que segue o pensamento natalista goza de amparo em diversos ordenamentos jurídicos, contando com argumentos de peso em seu favor.

No entanto, não reina sozinha no universo doutrinário esta teoria, havendo outras que tecem críticas às suas construções, bem como se fundam em premissas distintas, igualmente ponderadas e relevantes, como passar-se-á a analisar em seguida.

4.1.2 Concepcionista

A teoria concepcionista parte do pressuposto que a personalidade jurídica é reconhecida desde o momento da concepção. Seu marco inicial seria, então, a concepção de um novo ser humano.

A palavra concepção deriva do latim *conceptio*, *concipere*, sendo uma decorrência lógica e natural do processo de fecundação. A concepção seria, então, um processo que se inicia com a fecundação ou com o coito, mas que se prolonga no tempo, abrangendo o fracionamento das células e todo o desenvolvimento até a formação do embrião.

Com fulcro nessa ideia de processo, tem-se que o tempo de gestação de uma mulher varia entre seis a dez meses, findo o qual estará formado um ser capaz de sobreviver.

Uma das maiores defensoras da tese concepcionista é Silmara Juny de Abreu Chinellato e Almeida. Segundo referida autora, a personalidade se inicia no momento da concepção. Isso implica dizer, então, "que muitos dos direitos e 'status' do nascituro não dependem do nascimento com vida, como os Direitos da Personalidade, o de ser adotado, o de ser reconhecido, atuando o nascimento sem vida como a morte, para os já nascidos"[353].

O Código Civil de 1916 já previa em seu art. 4.º que "a personalidade civil do homem começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro", o que, para muitos, seria a clara adoção por Clóvis Beviláqua da teoria natalista.

Contudo, em sua obra *Código Civil dos Estados Unidos do Brazil*, Clóvis Beviláqua, a despeito de adotar a teoria natalista na primeira parte do art. 2.º do Código

---

Curso de direito civil – Parte Geral. 39. ed. Saraiva: São Paulo, 2003. v. 1, p. 61). Aliás, afirma referido doutrinador que o nascituro possui uma "expectativa de vida humana" (idem, p. 66).

[353] ALMEIDA, Silmara J. de A. Chinelato e. Direitos de personalidade do nascituro. **Revista do Advogado**, n. 38, p. 22-23, São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, dez. 1992.

Civil, sinaliza, em sua segunda parte, uma forte influência da teoria concepcionista, reconhecendo direitos ao nascituro. A opção pela adoção da teoria natalista no texto do Código Civil foi uma questão de praticidade, de forma que o próprio codificador reconhece direitos que são dedicados ao nascituro e tece comentários elogiosos aos argumentos invocados pela teoria concepcionista[354].

Dessa feita, a base da teoria concepcionista é a proteção legal dedicada ao nascituro, com o reconhecimento de alguns direitos que lhe tocam. A personalidade jurídica, então, se iniciaria com a concepção, a partir de quando passa a existir um sujeito de direitos, o único capaz de ser titular de relações jurídicas. Como apenas e tão somente as pessoas podem ser sujeitos de direitos, ao conferir os mesmos a um ser ainda não nascido, o ordenamento abarca, ainda que implicitamente, a existência de personalidade jurídica para aquele ser.

Não restam dúvidas de que o Código Civil Brasileiro põe a salvo, de forma expressa, os direitos do nascituro, dentre os quais podem ser citados o direito à herança, a posse, ao reconhecimento de sua paternidade, a receber bens como fruto de doação ou de testamento, a ser adotado, a ser representado através de curador, a alimentos, entre outros. Além desses, não se há de esquecer que ao nascituro se defere o direito à vida, à integridade física e à saúde, os quais são tutelados, não apenas na Constituição Federal, mas também na legislação infraconstitucional[355].

Ademais, reforçando o argumento que sustenta esta teoria, verifica-se que o crime de aborto está tipificado dentro do Título I da Parte Especial do Código Penal, o qual cuida dos crimes contra a pessoa.

Ainda que se alegue que o sujeito passivo do crime seria a gestante e não o nascituro, por isso estar dentre os crimes contra a pessoa, não há como desconsiderar a criminalização da conduta da gestante que provoca em si mesma o aborto, ou seja, o autoaborto. Sendo assim, frente ao princípio da alteridade do direito penal, não seria possível a punição criminal de uma conduta que atinja exclusivamente bens ou valores próprios, de sorte que não resta outra conclusão senão a constatação de que o sujeito passivo do crime de aborto recai sobre a figura do nascituro.

---

[354] BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brazil**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975. p. 178.

[355] Como exemplo é o Código Penal, que pune o crime de aborto, tipificando esta conduta não apenas como elementar de crime, mas também como circunstância de outros tipos penais (como ocorre no crime de lesão corporal gravíssima).

Outra pilastra erigida em favor da argumentação tecida pelos doutrinadores que se enveredam por esta teoria é a de que muitos dos direitos consagrados ao nascituro independem de seu nascimento com vida para serem tutelados. Logo, não seriam meras expectativas de direito, mas sim verdadeiros direitos fruíveis enquanto perdurar a condição de nascituro. Pode-se mencionar, como exemplo de tais direitos, o reconhecimento da filiação, os alimentos pré-natais, direito à vida e à integridade física, direito ao nome e à imagem, entre outros.

Aliás, tanto isso é verdade que, ainda que o nascituro não venha a nascer com vida, ou seja, ainda que sua gestação tenha por resultado um natimorto, a este serão deferidos os direitos ao nome[356], à imagem e à sepultura[357], os quais são identificados como direitos da personalidade.

Segundo Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> Mesmo não havendo nascido com vida, ou seja, não tendo adquirido personalidade jurídica, o natimorto tem humanidade e por isso recebe proteção jurídica do sistema de direito privado, pois a proteção da norma ora comentada a esse se estende, relativamente aos direitos de personalidade (nome, imagem, sepultura etc.).[358]

Em um primeiro momento, parece decorrência lógica do direito ao nome o direito ao reconhecimento da paternidade e maternidade, uma vez que o direito ao nome engloba o sobrenome ou nome familiar.

Contudo, interessante constatação há de ser feita: no registro do natimorto, o qual é realizado no Livro C dos Cartórios de Registro Civil das Pessoas Naturais, não consta qualquer menção ao seu nome.

Isso nos leva, inexoravelmente, a uma indagação: se ao natimorto é assegurado o direito ao nome, como resta este protegido se no único registro que lhe cabe não consta

---

[356] Essa proteção está disciplinada no art. 53 da Lei 6.015/1973, que cuida dos Registros Públicos:

"Art. 53. No caso de ter a criança nascido morta ou no de ter morrido na ocasião do parto, será, não obstante, feito o assento com os elementos que couberem e com remissão ao do óbito. (Renumerado do art. 54, com nova redação, pela Lei 6.216, de 1975).

§ 1º No caso de ter a criança nascido morta, será o registro feito no livro "C Auxiliar", com os elementos que couberem. (Incluído pela Lei 6.216, de 1975).

§ 2º No caso de a criança morrer na ocasião do parto, tendo, entretanto, respirado, serão feitos os dois assentos, o de nascimento e o de óbito, com os elementos cabíveis e com remissões recíprocas. (Incluído pela Lei 6.216, de 1975)."

[357] Este é o teor do Enunciado 1, aprovado na I Jornada de Direito Civil, a qual foi promovida pelo Conselho da Justiça Federal no mês de setembro de 2002: "Art. 2º A proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura".

[358] NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil anotado**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 146.

qualquer referência a este? Parece uma questão sem resposta. Esta é mais uma das situações que o jurista enfrenta na dicotomia entre ser e dever ser.

No embate entre o plano do ser e do dever ser verifica-se, inúmeras vezes, que nem sempre o que se encontra positivado tem amparo fático. O substrato humano que envolve a sedimentação de direitos fundamentais ainda está longe de ter aplicabilidade e proteção total e irrestrita. A dignidade da pessoa humana, viva ou morta, pilar de um Estado Democrático de Direito, ainda não possui contornos delineados de forma clara e precisa.

É nestas horas que a ciência do Direito se questiona sobre a efetividade das normas jurídicas. Resta evidente, dessa feita, que ainda que se cuide de direitos fundamentais o jurídico não é, por si só, autoaplicável, necessitando de um suporte fático para que ele tenha alguma efetividade.

Diante disso, resta a perplexidade e o inconformismo daquele que sabe da existência de algo, mas não o vê. O natimorto, assim, representa a existência de quem nunca existiu, a dor da perda de alguém que não chegou a ser e o eventual nome que constará em sua lápide não tem o respaldo registral, mas apenas e tão somente o lastro afetivo daqueles que lhe honrarão, ao menos, a memória.

Cumpre ressaltar, neste contexto, a existência do Projeto de Lei 4.594/2009, apresentado pelo deputado Pastor Pedro Ribeiro (PMDB–CE) que visa tornar obrigatório o registro civil do óbito de perdas fetais, independentemente do período de gestação do feto[359].

---

[359] Pedro Ribeiro lembra que a Organização Mundial de Saúde define óbito fetal como a morte do produto da concepção ocorrida antes da expulsão ou de sua extração completa do corpo materno, independentemente da duração da gestação. As perdas fetais, acrescenta o deputado, são classificadas em precoces, intermediárias e tardias, de acordo com a idade gestacional. 'Mas, em todos os casos, são perdas de vidas', diz ele.
No Brasil, a lei define como nascido morto, ou natimorto, os fetos a partir de 28 semanas. Nesse caso, o bebê está sujeito ao registro civil e ao enterramento. O que o deputado pretende é ampliar esse procedimento para todos os óbitos de fetos, independe da idade gestacional.
'Por qual razão um feto com idade inferior não deve ser protegido pelo ordenamento jurídico vigente?', indaga o deputado. '[Hoje] Há apenas recomendação para que o médico forneça o atestado de óbito nos casos de perdas fetais, mas trata-se apenas de uma recomendação e não determinação legal', explica Pastor Pedro Ribeiro.
Essa lacuna legal, prossegue o deputado, permite os mais diversos destinos e procedimentos para as perdas fetais. Muitas vezes, os fetos são entregues à coleta hospitalar, 'recebendo um tratamento equivalente a lixo, o que é inadmissível e eticamente condenável', denuncia.
O projeto de Pedro Ribeiro admite também a cremação ou a incineração do feto morto, mas proíbe dar-lhes 'destinação de forma não condizente com a dignidade humana'.
Exemplo francês
O autor explica que baseou sua proposta em recente decreto editado na França, o qual autoriza o registro civil de fetos nascidos sem vida. Pastor Pedro Ribeiro ressalta tratar-se de decisão inédita, pleiteada por associações de respeito à vida. Os pais ganham direito a reconhecer em cartório o filho que morreu naturalmente no ventre da mãe ou em decorrência do parto.

O teor de referido projeto não faz menção à atribuição de nome ao feto ou faz referência a direito da personalidade que lhe seja conferido. O objetivo de tal projeto é, na verdade, uma questão de saúde pública, possibilitando uma contabilização do número de ocorrências de abortos, o que permite o delineamento de políticas públicas voltadas neste sentido.

Na verdade, resta evidente que a teoria concepcionista da personalidade ganha cada vez mais força, recebendo, em muitos pontos, o respaldo da legislação e, até mesmo, da sociedade.

No que tange ao amparo legislativo, não há como deixar de mencionar a Lei que trata dos alimentos gravídicos, a qual protege o nascituro, conferindo meios de garantir um desenvolvimento saudável durante o período de gestação.

No entanto, o direito aos alimentos, garantido pelo teor da vigente Lei 11.804/2008, é da gestante e não do nascituro, conforme disposto no art. 1.º de referido diploma legal ("Esta Lei disciplina o direito de alimentos **da mulher gestante** e a forma como será exercido" – grifo nosso). Somente após o nascimento com vida é que os alimentos passam a ser devidos ao menor e não mais a sua mãe, conforme se depreende do art. 6º, parágrafo único[360], da referida lei.

Uma análise circunstanciada e gramatical da redação apresentada pela referida lei, em conformidade com o pensamento de muitos doutrinadores, demonstra que a legitimidade ativa e a titularidade destes alimentos seriam da gestante e não do nascituro. Ao nascituro competiria apenas a revisão destes alimentos após seu nascimento com vida[361].

Contudo, assim como existe a divergência quanto ao momento inicial da personalidade, aqui não seria diferente, de modo a se encontrar debate acerca da titularidade e legitimidade ativa dos alimentos gravídicos. Reforçando o debate que se encontra sobre o tema, verifica-se que o posicionamento dos tribunais pátrios era no

---

O decreto francês, diz o deputado, 'é um argumento para convencer a mãe a não abortar'. A autorização de registro, acrescenta, permite criminalizar quem causar a morte do feto, 'como em casos de acidentes de carro, já que o bebê morre no ventre da mãe por responsabilidade de outra pessoa'.". Disponível em: http://www.camara.gov.br/internet/agencia/imprimir.asp?pk=131466. Acesso em: 14 maio 2010.

[360] Art. 6º Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré.

Parágrafo único. Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão.

[361] DONOSO, Denis. Alimentos gravídicos. Aspectos materiais e processuais da Lei 11.804/2008. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2028, 19 jan. 2009. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12219. Acesso em: 28 jul. 2009.

sentido contrário, ou seja, antes mesmo do advento da lei em questão já se deferia alimentos ao nascituro, considerando este como credor dos alimentos.

Neste sentido, podem-se trazer à colação alguns julgados que confirmam o quanto explicitado:

> Investigação de paternidade – Alimentos provisórios em favor do nascituro – Possibilidade – Adequação do *quantum*. 1. Não pairando dúvida acerca do envolvimento sexual entretido pela gestante com o investigado, nem sobre exclusividade desse relacionamento, e havendo necessidade da gestante, justifica-se a concessão de alimentos em favor do nascituro. 2. Sendo o investigado casado e estando também sua esposa grávida, a pensão alimentícia deve ser fixada tendo em vista as necessidades do alimentando, mas dentro da capacidade econômica do alimentante, isto é, focalizando tanto os seus ganhos como também os encargos que possui. Recurso provido em parte (TJRS, AI 70006429096, j. 13.08.2003, rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves).
>
> Alimentos – Provisórios – Pedido em favor da autora e do nascituro, com lastro em casamento – Cabimento – Matrimônio que traz a presunção legal da paternidade – Alimentos que compreenderão valores notoriamente adicionais do período de gravidez e que foram fixados em percentual razoável – Ausência de menção acerca dos rendimentos mensais do réu – Recurso desprovido (TJSP, AI 994093192791 (6689484200), 10.ª Câm. Dir. Priv., j. 08.06.2010, rel. Galdino Toledo Júnior).
>
> Alimentos – Ação inicialmente movida pela mãe representando seu filho nascituro – Alteração do polo ativo no curso da lide em razão do nascimento com vida da criança – Determinação de emenda da inicial com essa finalidade – Decisão que não sofreu impugnação por parte do réu, o qual, inclusive, reconheceu voluntariamente a paternidade – Matéria preclusa – Recurso desprovido (TJSP, Ap c/ Rev 994080429250 (6148644900), 2.ª Câm. Dir. Priv., j. 03.03.2009, rel. Morato de Andrade).
>
> Família – Investigação de paternidade e alimentos – Natureza personalíssima da ação – Legitimidade ativa – Direito do nascituro – São legitimados ativamente para a ação de investigação de paternidade e alimentos o investigante, o Ministério Público, e também o nascituro, representado pela mãe gestante (TJMG, ApCív 1.0024.04.377309-2/001, j. 10.03.2005, rel. Des. Duarte de Paula).

Algumas vozes doutrinárias, seguindo a linha esposada pelos tribunais, entoam o entendimento de que os alimentos seriam destinados ao nascituro, mas caberia à gestante administrar os mesmos. Emprega-se, desta forma, os termos "alimentos gravídicos" e "alimentos ao nascituro" como expressões sinônimas[362], o que evidencia o deferimento da

[362] FONSECA, Antonio Cezar Lima da. Dos alimentos gravídicos – Lei 11.804/2008. **Revista IOB de Direito de Família**, n. 51, v. 9, p. 8, dez.-jan. 2009.

titularidade dos alimentos ao nascituro. Neste sentido, alimentos ao nascituro não seriam o mesmo que alimentos à gestante, não havendo razões para confundir ambos[363].

Josualdo Eduardo de Almeida Júnior preleciona que os alimentos gravídicos são devidos ao nascituro e não à gestante, de modo que a lei conferiu ao primeiro direito autônomo, sendo possível que ele venha a pleitear tais alimentos por direito próprio, ainda que se argumente a proteção à atividade gestacional. Para ele, os alimentos se justificam na medida em que se protege a vida, de modo que a garantia de desenvolvimento do nascituro impele uma necessidade de cunho alimentar[364].

Dessa feita, a teoria concepcionista possui respaldo doutrinário e, segundo seus adeptos, legislativo. A importância de seus ensinamentos reside muito além da discussão que se trava, vez que o reconhecimento da personalidade jurídica com a concepção traz diversas consequências na órbita jurídica.

Como a aquisição de direitos e a formalização de obrigações dependem da atribuição de personalidade, seu deferimento ao nascituro faz com que ele seja titular de direitos próprios, os quais não estarão sujeitos a qualquer condição, sendo despiciendo que se aguarde seu nascimento com vida para confirmação de tais efeitos. A individualidade que a vida lhe confere transpassa a tutela jurídica, a qual lhe garante proteção não apenas como ser dotado de vida, mas como ser imbuído da condição de titular de direitos e obrigações.

Por derradeiro, há que se destacar que alguns ordenamentos jurídicos adotam de forma expressa esta teoria na atribuição da personalidade jurídica ao nascituro, mesmo que com alguns temperos da teoria natalista. Assim, são adeptos desta teoria a Argentina[365], Áustria[366] e México[367].

---

[363] ALMEIDA JÚNIOR, Josualdo Eduardo de. Alimentos gravídicos. **Revista IOB de direito de Família**, n. 51, p. 36, dez.-jan. 2009, v. 9.

[364] Idem, p. 36.

[365] O art. 70 de seu Código Civil bem expressa essa opção legislativa:
"Libro Primero De las Personas – Sección Primera De las personas en general
Título IV – De la existencia de las personas antes del nacimiento
Artículo 70. Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.
Artículo 71. Naciendo con vida no habrá distinción entre el nacimiento espontáneo y el que se obtuviese por operación quirúrgica.
Artículo 72. Tampoco importará que los nacidos con vida tengan imposibilidad de prolongarla, o que mueran después de nacer, por un vicio orgánico interno, o por nacer antes de tiempo".

[366] "Aus dem Charakter der Persönlichkeit. Angeborne Rechte § 16. Jeder Mensch hat angeborne, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten". Tradução: "Da personalidade do sujeito. Direitos Inatos. § 16 Todos possuem como inata esta condição, pela óbvia razão de Direitos, e, portanto, são considerados como pessoas". Tradução livre.

O ordenamento jurídico argentino em mais de uma oportunidade ressalta esta opção doutrinária, como se verifica no texto da Lei 23.849, a qual aprova e ratifica a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, estabelecendo que dentro de seu território "se entiende por niño a todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad".

O Código Civil peruano, por sua vez, ao tratar do início da pessoa, dispõe:

> Titulo I – Principio de la persona
> Articulo 1.º Sujeto de Derecho
> La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento.
> La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo".

Dessa feita, a teoria concepcionista defere a personalidade ao ser já concebido, mas ainda não nascido, não indagando de suas condições biológicas ou fisiológicas para tanto.

O anencéfalo, neste viés, seria dotado de personalidade, vez que sua malformação aparece após a concepção, no período de formação do tubo neural. A personalidade, assim, já lhe fora deferida antes do aparecimento desta anomalia, condição esta que não lhe retira a proteção aos direitos resguardados ao nascituro.

4.1.3 Personalidade condicional

A corrente que segue a personalidade condicional em muito se assemelha à teoria concepcionista, motivo pelo qual passou a ser denominada por muitos de *falsa doutrina concepcionista*.

No viés do entendimento esposado por esta doutrina, o nascimento com vida configura uma condição suspensiva para a aquisição de direitos pelo nascituro, ou seja, na aquisição de sua personalidade. Antes do nascimento, então, ao nascituro caberia apenas uma expectativa de direitos, sendo esta a opção legislativa do Código Civil francês[368].

No que tange à doutrina brasileira, temos alguns autores que aderem ao pensamento desta teoria. Neste sentido, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade

---

[367] Código Civil Mexicano: "Titulo I – De las personas fisicas
Articulo 22. La capacidad juridica de las personas fisicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la proteccion de la Ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Codigo".

[368] MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: parte geral. cit., p. 64.

Nery[369] afirmam que ao nascituro se defere tutela jurídica desde a concepção, equiparando-o a pessoa no que tange a esta proteção, mas sem lhe conferir personalidade jurídica, cuja aquisição fica condicionada ao nascimento com vida.

Sílvio de Salvo Venosa explicita que o fato de o nascituro ter proteção legal não significa que a ele seja conferido o manto da personalidade jurídica nos mesmos moldes concebidos pelo ordenamento. A situação em comento, a despeito de se aproximar da personalidade, com esta não se confunde. A personalidade jurídica, então, decorre do nascimento com vida, havendo expectativa de direitos antes de referido evento[370].

Orlando Gomes também perfilha o entendimento em epígrafe, acreditando que a personalidade do nascituro está sujeita a uma condição, qual seja: o nascimento com vida. A existência da vida, assim, é condição necessária para que a personalidade jurídica seja identificada em um ser humano. A concepção, segundo este entendimento, assegura os interesses do ser concebido, equiparando-o a pessoa apenas no que tange a tais interesses[371].

Maria Helena Diniz, por sua vez, como já explicitado, ao se deparar com o assunto em questão, bipartiu a personalidade jurídica em duas espécies distintas: a) personalidade jurídica formal e b) personalidade jurídica material. A primeira se refere a direitos personalíssimos ou da personalidade, sendo deferida ao nascituro por sua carga genética diferenciada. A segunda, por sua vez, diz respeito aos direitos patrimoniais e obrigacionais, sendo deferida apenas àqueles que nascem com vida, momento antes do qual existem em estado latente, como uma potencialidade[372]. Dessa forma, a personalidade jurídica material seria condicional, enquanto a personalidade jurídica formal não.

Reinaldo Pereira e Silva parece trilhar a corrente de pensamento de Maria Helena Diniz, colocando que o nascituro adquire a qualidade de pessoa desde o momento no qual é concebido, sendo os direitos de personalidade conferidos a este ser de forma incondicionada. Contudo, os efeitos de ordem patrimonial condicionam-se ao nascimento com vida, o que leva à conclusão de que apenas a realização de formalidades jurídicas e a aquisição de direitos patrimoniais se condicionam ao momento do nascimento com vida[373].

---

[369] NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit., p. 146.
[370] **Direito Civil** – Direitos reais. 3. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2003 (Coleção "Direito civil", v. 5, p. 161-162).
[371] GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 144.
[372] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 20. ed., rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 180.
[373] ARRAES, Roosevelt. Op. cit.

O Código Civil Paraguaio também adotou referida doutrina em seu bojo, estabelecendo em seu art. 28:

> Libro Primero – De las personas y de los derechos personales en las relaciones de familia
> Título I – De las personas físicas
> Capitulo I – Disposiciones generales
> Art. 28. La persona física tiene capacidad de derecho desde su concepción para adquirir bienes por donación, herencia o legado.
> La irrevocabilidad de la adquisición está subordinada a la condición de que nazca con vida, aunque fuere por instantes después de estar separada del seno materno.

Criticando esta dicotomia formada a partir do instituto jurídico que é a personalidade, Leonardo Barreto Moreira Alves afirma ser esta una e indivisível, sendo o conjunto dos direitos da personalidade uma universalidade de direito, caracterizada pela ausência de limitação[374].

Caio Mário, a respeito deste pensamento, afirma:

> A doutrina da personalidade jurídica do nascituro não é, pois, exata, como exata também não é a que conclui pelo reconhecimento de direitos sem sujeito, com base nos textos que disciplinam a proteção de seus cômodos, como ainda inexata se configura a que lhe atribui um direito condicional, como é a concepção defendida por alguns escritores, como Oertmann, de vez que o 'direito condicional' não deixa, por ser condicional, de ter sujeito, e o problema está precisamente no fato de se não admitir a existência de direito sem sujeito[375].

Destaca-se que a força desta corrente doutrinária tem cedido espaço a uma visão cada vez mais humanista, que propugna pela teoria concepcionista como a mais adequada para tutelar de forma global e adequada o nascituro.

4.1.4 Viabilidade da vida e forma humana

O sistema jurídico brasileiro não exige a viabilidade da vida humana para configurar a atribuição de personalidade jurídica, ou seja, não se perquire a aptidão da criança para a vida. Da mesma forma, não se levam em conta aberrações genéticas, malformações ou a existência de forma humana para que um ser humano seja considerado

---

[374] ALVES, Leonardo Barreto Moreira. O direito de nascer do ventre de mãe morta e demais questões afins: o caso Marion Ploch. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3276. Acesso em: 29 jul. 2010.
[375] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 19. ed. cit., p. 145.

pessoa pelo direito. A personalidade jurídica começa a partir do nascimento com vida, o qual é constatado pela troca de oxigênio entre os pulmões e o meio ambiente, ainda que aquele ser humano possua feições de monstro e não possa se comunicar com o mundo exterior[376].

Eventuais deficiências serão analisadas para fins de capacidade jurídica de fato, mas não para a atribuição de capacidade de direito.

O direito argentino, nos arts. 70 e 72 de seu Código Civil, reconhece a pessoa desde o momento de sua concepção, rechaçando de forma expressa qualquer indagação acerca da viabilidade para aperfeiçoar tal proteção[377].

Importante ressaltar que a teoria que prega a forma humana como condição para atribuição de personalidade beira um discurso eugenésico, o qual traz como pilar a possibilidade de abortamentos de fetos que não apresentem perfeitas características humanas, vez que a eles jamais seria deferida a personalidade jurídica. Assim, para receber a tutela do ordenamento jurídico como ser humano vivo, com todos os direitos e obrigações que desta condição decorrem, fundamental seria ter forma humana e viabilidade da vida.

O direito romano trazia considerações acerca da viabilidade da vida e forma humana, de maneira que a personalidade começava com o nascimento, mas a pessoa natural, para ser assim considerada, necessitava apresentar vida extrauterina, forma humana e maturidade fetal. Isso tudo porque ao nascituro não era dada autonomia genética, sendo considerado parte das vísceras da genitora e não "homem".

Neste sentido, Moreira Alves explica que o nascituro "não é ser humano – não preenche ainda o primeiro dos requisitos necessários à existência do homem: o nascimento – mas, desde a concepção, já é protegido"[378].

José Cretella Júnior afirma que o direito romano exigia o nascimento perfeito como condição natural para a atribuição de personalidade, além do *status* criado pelos romanos, configurando este a condição civil (artificial) para esta atribuição[379].

O Código Espanhol, em seu art. 30, dispõe que "para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente

---

[376] GOGLIANO, Daisy. **Pacientes terminais** cit., p. 146.
[377] BAVIO, Paula Severino. Op. cit., p. 133, nota 86.
[378] ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano** cit., p. 96.
[379] O *status* é o instituto que atribui direitos aos romanos (CRETELLA JR, José. **Curso de direito romano**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 85).

desprendido del seno materno", deixando clara a adoção da teoria que propugna pela viabilidade da vida e forma humana.

Insta salientar que, ainda que tenha sido esta a teoria adotada pelo Código Civil Espanhol, seu artigo 29 não se olvidou da proteção do nascituro, colocando que "el nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente". Assim, nota-se que o ordenamento espanhol se preocupou com a forma humana e com a viabilidade da vida não apenas no momento do nascimento, protegendo o nascituro desde a concepção com a condição de que ele, ao nascer, tenha os requisitos da forma humana e viabilidade da sua vida.

A forma humana está relacionada à aparência, às características e formas externas que apresenta o sujeito. Ingressam aqui as aberrações genéticas, denominadas por alguns de "monstros", o que denota um padrão estético a ser alcançado pelo ser humano sob pena de não ter reconhecida sua personalidade jurídica com a consequente proteção do ordenamento.

A viabilidade da vida humana é a aptidão para viver, estando relacionada com a compleição fisiológica do indivíduo.

A anencefalia ingressa nesta teoria tanto na questão da viabilidade da vida humana, como no que tange à sua forma, vez que consiste em uma malformação que impede a autonomia da vida do ser concebido fora do útero materno, além de garantir uma compleição física diferente das características apresentadas em um ser humano sem referida malformação.

Os portadores desta anomalia apresentam aspecto de rã, diferenciando-se dos demais por suas características físicas. Chega-se a denominá-los com a aparência de monstros, o que, perante a doutrina em questão, seria incompatível com a atribuição de pesonalidade jurídica.

Outrossim, a ausência, ainda que parcial, do encéfalo torna inviável a vida humana, o que, para esta teoria, não permite a aquisição de personalidade jurídica pelo indivíduo portador de tal anomalia.

Existe, então, uma clara confusão entre vida e personalidade, de modo que a segunda apenas é deferida quando a primeira for viável. O nascimento com vida, por si só, não possui o condão de atribuir personalidade jurídica, instituto que passa a depender de outros requisitos, os quais são imprescindíveis na verificação de uma autonomia por parte do ser nascido.

A Declaração dos Direitos da Criança, de 1959, da Organização das Nações Unidas, ratificada pelo Brasil e pela Espanha, entre outros países, expressamente dispõe em seu princípio 5.º: "À criança incapacitada física, mental ou socialmente serão proporcionados o tratamento, a educação e os cuidados especiais exigidos pela sua condição peculiar".

O art. 23 de referida Declaração enfatiza os deveres dos Estados partes no que tange à promoção da saúde e da integridade física e mental da criança e adolescente, frisando-se que a proteção jurídica e social deve ser deferida independentemente das condições físicas ou mentais do tutelado[380].

Dessa feita, resta evidente o desrespeito do Código Civil espanhol frente às diretrizes traçadas por este diploma de cunho internacional. Diferenciar um ser humano ao levar em conta a viabilidade de sua vida ou a forma apresentada pela sua compleição física é, em breve síntese, desrespeitar a vida em sua inteireza e complexidade.

A não viabilidade da vida de um ser teria o condão de não considerar sua existência, ainda que tenha sido por um breve espaço de tempo? Qual a diferença entre aquele que nasce, sem viabilidade de vida, vindo a óbito após 50 horas do parto e aquele que nasce completamente saudável, mas por uma doença adquirida instantes após o nascimento vem a óbito nas 30 horas que seguem ao parto? Parece ilógico diferenciar situações em que a vida está presente, ainda que futuramente as expectativas sejam diversas.

O mesmo pensamento é aplicado ao requisito da forma humana. Aceitar que a personalidade apenas pode ser reconhecida àqueles que possuem forma humana é negar a

---

[380] Artigo 23 da Declaração dos Direitos da Criança da ONU: "1. Os Estados Partes reconhecem à criança mental e fisicamente deficiente o direito a uma vida plena e decente em condições que garantam a sua dignidade, favoreçam a sua autonomia e facilitem a sua participação activa na vida da comunidade.
2. Os Estados Partes reconhecem à criança deficiente o direito de beneficiar de cuidados especiais e encorajam e asseguram, na medida dos recursos disponíveis, a prestação à criança que reúna as condições requeridas e àqueles que a tenham a seu cargo de uma assistência correspondente ao pedido formulado e adaptada ao estado da criança e à situação dos pais ou daqueles que a tiverem a seu cargo.
3. Atendendo às necessidades particulares da criança deficiente, a assistência fornecida nos termos do n. 2 será gratuita sempre que tal seja possível, atendendo aos recursos financeiros dos pais ou daqueles que tiverem a criança a seu cargo, e é concebida de maneira a que a criança deficiente tenha efectivo acesso à educação, à formação, aos cuidados de saúde, à reabilitação, à preparação para o emprego e a actividades recreativas, e beneficie desses serviços de forma a assegurar uma integração social tão completa quanto possível e o desenvolvimento pessoal, incluindo nos domínios cultural e espiritual.
4. Num espírito de cooperação internacional, os Estados Partes promovem a troca de informações pertinentes no domínio dos cuidados preventivos de saúde e do tratamento médico, psicológico e funcional das crianças deficientes, incluindo a difusão de informações respeitantes aos métodos de reabilitação e aos serviços de formação profissional, bem como o acesso a esses dados, com vista a permitir que os Estados Partes melhorem as suas capacidades e qualificações e alarguem a sua experiência nesses domínios. A este respeito atender-se-á de forma particular às necessidades dos países em desenvolvimento".

existência terrena como algo multifacetário. As diferenças existem até por uma questão de combinação genética, sendo a diversidade uma das características que atestam a própria viabilidade de uma espécie.

Excluir o diferente é discriminar, o que é inaceitável em uma sociedade que já presenciou tantas atrocidades perpetradas sob a égide da bandeira hasteada pela exclusão do diferente, barbaridades estas viabilizadas e amparadas pelo ordenamento jurídico vigente em estados totalitários. O nazismo mostrou ao mundo a crueldade que pode ser levada a cabo quando a intolerância é plataforma política de um governo.

Richard Hare, ao tratar da autorização do aborto em determinados casos, admite a possibilidade de haver uma ladeira escorregadia, de modo que a autorização para matar fetos em determinadas condições pode acabar desaguando em outras situações nas quais o aborto será permitido em face de condições diversas[381].

A objeção da ladeira escorregadia ou *slippery slope* é um *topos*, ou seja, um lugar-comum na bioética, o qual explicita que a amenização ou desrespeito a princípios consagrados no seio de uma comunidade em determinados casos tende a desencadear o desrespeito a estes mesmos princípios em outros casos diversos, nos quais isso não deveria ocorrer, ou até mesmo eclodir em um desrespeito geral.

Esta teoria nasceu quando, na Alemanha nazista, da esterilização se evoluiu para a prática da eutanásia, o que levou os médicos a mudarem de papel, passando de cuidadores a assassinos[382].

Sendo assim, é imperioso estabelecer limites que consagrem valores como o respeito ao ser humano e a sua dignidade. Erigir critérios como a forma humana ou a viabilidade da vida para atribuir personalidade jurídica a um ser parece falacioso, encampando o discurso eugenésico que segrega o diferente.

4.2 CONCEITOS DE PERSONALIDADE E CAPACIDADE

A personalidade é atributo que defere ao sujeito a possibilidade de ser titular de direitos e obrigações na órbita jurídica. Ela conforma a existência humana à legislação vigente, iluminando o sujeito com os feixes de normas que irradiam do direito positivo.

---

[381] HARE, Richard. **Essays on Bioethics.** Oxford: Oxford University Press, 1993. p.180-181.
[382] KIPPER, Délio José. Breve história da ética em pesquisa. **Revista da AMRIGS**, 54 (2), pp. 225, Porto Alegre, abr.-jun. 2010.

Segundo magistério de Rubens Limongi França, a personalidade deve ser considerada como a qualidade do ente que é considerado pessoa[383].

Nas palavras de De Plácido e Silva, a personalidade "exprime, tecnicamente, a qualidade de pessoa, já legalmente protegida, para que lhe sejam atribuídos os direitos e as obrigações, assinalados na própria lei. É a que decorre da existência natural ou jurídica"[384] e prossegue:

> A personalidade civil, assim, revela-se na suscetibilidade de direitos e de obrigações ou na aptidão legal de ser sujeito de direitos.
>
> Mas, difere da capacidade civil, decorrente da personalidade, visto que a capacidade mostra o poder de intervir por si mesma, enquanto a personalidade dá a ideia do direito de ser protegido pela lei, mesmo sem capacidade.
>
> Do sentido dessa proteção legal, deferida à pessoa, é que se geram os direitos à personalidade, consistentes em proteger a pessoa em si mesma e em proteger seus bens, sejam de ordem material ou mesmo de ordem imaterial.
>
> A personalidade civil, pois, assegura à pessoa o direito de ter uma existência jurídica própria e de ser sujeito de direitos, integrando conceito mais amplo que o de capacidade, onde não se faz mister somente a existência da pessoa, atributo da personalidade, mas a evidência de outros requisitos indispensáveis para que aja por si, atributo da capacidade.
>
> No homem, o nascimento é que determina sua personalidade civil, desde que nascido com vida.
>
> Noutras expressões: a personalidade civil do homem começa com o seu nascimento com vida, embora a lei proteja os direitos do nascituro.
>
> Somente depois de nascido com vida é que se atribui à pessoa natural uma personalidade, que a torna apta para adquirir direitos e ficar sujeita às obrigações. E, desse modo, a personalidade se funda no fato da existência.
>
> Com a morte, termina a personalidade civil das pessoas, naturais ou físicas[385].

Francisco Amaral, por sua vez, leciona que "a personalidade é, sob o ponto de vista jurídico, o conjunto de princípios e regras que protegem a pessoa em todos os seus aspectos e manifestações"[386].

---

[383] FRANÇA, Rubens Limongi. Fato jurídico. In: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). **Enciclopédia Saraiva do direito**. Saraiva: São Paulo, 1977. v. 36, p. 347-348.
SILVA, De Plácido e. **Dicionário jurídico**. 15. ed. rev. e atual. por Nagib Slaibi Filho. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 606.

[385] Idem, p. 606.

Referido doutrinador, ao tratar da dicotomia existente entre personalidade e pessoa, esclarece:

> (...) o instituto da personalidade compreende, basicamente o reconhecimento da pessoa como centro e destinatário do direito civil, como expressão da filosofia do personalismo ético. A personalidade é então o instituto básico do direito civil, e a pessoa, o seu núcleo fundamental[387].

Arnaldo Rizzardo também traça uma distinção entre personalidade e pessoa, asseverando que "enquanto a pessoa restringe-se ao sujeito capaz de direitos e obrigações, a personalidade decorre da pessoa, mas na aptidão para o exercício dos direitos e obrigações"[388]. Então, ele conceitua a personalidade como "aptidão da pessoa natural em adquirir direitos e de contrair obrigações, de exercer ou praticar os atos da vida civil, por si ou por outrem"[389].

Pietro Perlingieri escreve:

> (...) 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. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer perder de vista a unidade do valor envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre exercício da vida de relações[390].

Luis Alberto de Carvalho Fernandes conceitua personalidade como "a susceptibilidade de ser titular de direitos e de estar adstrito a vinculações"[391].

Assim, enquanto a personalidade está relacionada à condição humana, a capacidade surge como forma de garantir a segurança nos negócios jurídicos.

Virgílio de Sá Pereira tece, então, uma crítica à disposição dos artigos no Código Civil:

> (...) é como se o legislador dissera – todo homem é suscetível, todo homem é apto. No sentido jurídico, seria criticável o seu uso. Ter-se-ia

---

[386] AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. cit., p. 140.
[387] AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 4. ed. cit., p. 213.
[388] RIZZARDO, Arnaldo. **Parte geral do Código Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 134.
[389] Idem, p. 131.
[390] PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 154.
[391] FERNANDES, Luis Alberto de Carvalho. **Teoria geral do direito civil.** 2. ed. Lisboa: Lex, 1995. v. 1, p. 110.

> tratado da capacidade antes de se ter assentado que é pessoa e, ao mesmo tempo, ter-se-ia insinuado que a capacidade é inerente à condição de homem, o que seria errôneo. O que decorre da humanidade é a personalidade, porquanto a lei não distingue entre nacionais e estrangeiros quanto à aquisição e gozo dos direitos civis[392].

Essa crítica é rebatida Moreira Alves, o qual escreve:

> (...) mesmo para os autores que distinguem a personalidade jurídica da capacidade jurídica (e a grande maioria dos autores considera que ambas as expressões traduzem uma só ideia), a capacidade jurídica nada mais é do que o limite da personalidade jurídica: a personalidade jurídica é a aptidão de ter direitos ou contrair obrigações (ideia absoluta: não admite gradação para mais ou para menos, pois ninguém tem mais ou menos personalidade jurídica), ao passo que a capacidade jurídica encerra maior ou menor número de direitos e de obrigações que uma pessoa possa ter (é ideia relativa: admite gradação, bastando pensar, para a contraposição entre nacional e estrangeiro, em que a capacidade jurídica daquele é maior do que a deste). Por isso, o artigo 1.º do Projeto nada mais fez do que declarar, de forma absoluta (o que quer dizer que alude à personalidade jurídica) que todo homem é capaz (isto é, é apto) a ter direitos e a contrair obrigações, e, logo em seguida, declara quando começa a personalidade civil, para, depois, tratar da capacidade de fato, declarando, após, quando termina a personalidade jurídica[393].

Dessa feita, Francesco Messineo ensina que "la capacità giuridica non è, essa stessa, un diritto soggettivo; è, piuttosto, l'antecedente logico dei singoli diritti soggettivi (dal contenuto più vario); è una qualità giuridica"[394].

A capacidade, na verdade, subdivide-se em duas espécies, quais sejam: i) capacidade de gozo (ou capacidade jurídica) e ii) capacidade de fato (ou capacidade de exercício).

Ambas as espécies, a despeito de estarem relacionadas à ideia de aptidão, referem-se a âmbitos distintos. A primeira é identificada como a personalidade por muitos autores, vez que deferida a qualquer ser humano, independentemente de idade ou capacidade mental. A segunda, por sua vez, apresenta gradações, podendo ser limitada de acordo com a faixa etária ou discernimento.

Roberto Ruggiero é um desses doutrinadores que associa personalidade civil à capacidade jurídica, entendendo ambas como sinônimas. Escreve ele:

---

[392] PEREIRA, Virgílio de Sá. **Manual do Código Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1929. p. 106.
[393] ALVES, José Carlos Moreira. **A parte geral do Projeto de Código Civil Brasileiro**: subsídios históricos para o novo Código Civil Brasileiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 132-133.
[394] MESSINEO, Francesco. **Istituzioni di diritto privato secondo la nuova legislazione**. Padova: A. Milani, 1939. p. 277.

> (...) a idoneidade para ser sujeito de direito, pertence pois em regra a todos os homens. Pode, porém, ser limitada pelo ordenamento, na parte em que se nega ao sujeito quanto a alguns direitos, por motivos de sexo, idade ou de condenação penal[395].

Clóvis Beviláqua também destaca que "a capacidade de direito confunde-se com a própria personalidade"[396].

Orlando Gomes se junta a este coro e entoa que "a capacidade de direito confunde-se, hoje, com a personalidade, porque toda pessoa é capaz de ter direitos. Ninguém pode ser privado dessa espécie de capacidade"[397].

Neste mesmo sentido é o entendimento de Eduardo Spinola, segundo quem "a personalidade, pode-se dizer como Unger, é o pressuposto de todo direito, o elemento que atravessa todos os direitos privados e que em cada um dêles se contém; não é mais que a capacidade jurídica, a possibilidade de ter direitos"[398].

Contudo, nem sempre foi assim. José Cretella Júnior leciona que, no direito romano, a atribuição da capacidade não decorria de modo automático da condição do ser humano, vez que não exisitia uma igualdade jurídica assegurada a todos perante a lei. Neste sentido, os escravos não eram considerados homens, estando equiparados às coisas. Do mesmo modo, o ser humano disforme era tratado como prodígio ou monstro, estando também excluído da relação jurídica. Assim, pessoa e homem configuram conceitos distintos em Roma, já que pessoa é o ser humano dotado de determinados atributos[399].

É imperioso mencionar, ainda, que nem todos os doutrinadores são adeptos desta identidade plena entre personalidade civil e capacidade jurídica. Destaca-se, dentre estes, a civilista Daisy Gogliano, que afirma:

> (...) apesar de seguir *pari passu* com a personalidade, não há de se confundir uma com outra, porque, como vimos, esta é pressuposto daquela. Além disso, enquanto a personalidade jurídica é ampla e abrange todo âmbito geral da vida do direito, a capacidade de direito é limitada, constituindo uma prerrogativa da pessoa à face dos direitos particularmente considerados[400].

Francisco Amaral, por sua vez, destaca:

---

[395] RUGGIERO, Roberto. **Instituições de direito civil**. Trad. Ary dos Santos. Saraiva: São Paulo, 1934. v. 1. vol. I, p. 340.
[396] BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. atualizada por Achilles Beviláqua. Rio de Janeiro: Livraria Franscisco Alves, 1946. p. 82.
[397] GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965. p. 137-138.
[398] ESPINOLA, Eduardo. **Sistema do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Rio, 1977. v. 2, p. 31.
[399] CRETELLA JR., José. Op. cit., p. 83-84.
[400] GOGLIANO, Daisy. **Direitos privados da personalidade.** 1982, 426 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982. p. 331.

> Conexo ao de personalidade, temos o conceito de capacidade. Não são, porém, sinônimos. Interpenetram-se sem se confundirem. A personalidade, mais do que qualificação formal, é um valor jurídico que se reconhece nos indivíduos e, por extensão, em grupos legalmente constituídos, materializando-se na capacidade jurídica ou de direito. A personalidade não se identifica com a capacidade como costuma defender a doutrina tradicional. Pode existir personalidade sem capacidade, como falecidos, que já a perderam. Por outro lado, as pessoas jurídicas têm capacidade de direito e não dispõem de certas formas de proteção da personalidade representados pelos chamados direitos da personalidade[401].

O doutrinador retromencionado leciona que não há como um sujeito ser mais ou menos pessoa, porém é possível que seja mais ou menos capaz. Assim, resta claro que a capacidade deve ser entendida nos seguintes termos:

> (...) manifestação do poder de ação implícito no conceito de personalidade ou a medida jurídica da personalidade. E, enquanto a personalidade é um valor ético que emana do próprio indivíduo, a capacidade é atribuída pelo ordenamento jurídico como relação desse valor[402].

Rubens Limongi França endossa o quanto exposto:

> (...) com referência a esta matéria, cumpre assinalar desde logo que não pode ser aceita a orientação de certos autores, segundo a qual a noção de capacidade se identifica com a de personalidade jurídica. Personalidade é a qualidade do ente que se considera pessoa. A pessoa a possui desde o início até o fim de sua existência. Não assim a capacidade, que pode sofrer modificações profundas e em muitos casos deixar de existir. Essa modificação e essa falta entretanto não afetam a personalidade, que continua a mesma[403].

Outra doutrinadora a se orientar neste sentido é Roxana Cardoso Brasileiro Borges, segundo a qual "atualmente, concebe-se a personalidade jurídica como categoria mais ampla do que a capacidade"[404].

Ao cuidar da capacidade de fato, por sua vez, o Código cuidou de suas balizas pela perspectiva da incapacidade, delimitando-a pela perspectiva da ausência de maturidade ou de discernimento.

Assim, Emilio Betti ressalta:

---

[401] AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 4. ed. cit., p. 213.
[402] Idem, p. 213.
[403] FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de direito civil.** 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 1980. v. 1, p. 147.
[404] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 10.

> (...) o código determina os casos de incapacidade: e a doutrina vai deduzir da disciplina desses casos, a contrário, a noção da capacidade legal para agir, porque as hipóteses de incapacidade constituem os limites da capacidade[405].

André Franco Montoro explana que a capacidade de direito consiste na "aptidão maior ou menor para adquirir direitos ou contrair obrigações", enquanto a capacidade de exercício pode ser resumida na "aptidão para exercer pessoalmente os atos da vida jurídica"[406].

No mesmo sentido, Luiz Alberto de Carvalho Fernandes assevera que a capacidade de gozo é "a medida de direitos e vinculações de que uma pessoa pode ser titular e a que pode estar adstrita", enquanto a capacidade de exercício resulta "na medida dos direitos e das vinculações que uma pessoa pode exercer e cumprir por si, pessoal e livremente"[407]. Prossegue ele explanando que o âmbito de análise de ambos é profundamente distinto, de modo que eles compartilham apenas a ideia de medida. Assim, enquanto a primeira habita o plano abstrato, a segunda encontra-se no plano concreto[408].

Por sua vez, Rubens Limongi França expõe que a capacidade de fato "é a faculdade que tem a pessoa, por si mesma, de levar a efeito o uso e gozo dos diversos direitos. Exemplo: o nascituro é capaz de direito para assumir obrigações, mas não é capaz de fato para fazê-lo por determinação própria"[409].

Carnelutti destaca, ainda:

> (...) se a capacidade de agir se funda na capacidade jurídica, fácil é concluir que não existe uma capacidade para todos os atos como não existe uma capacidade para todas as situações, e que a capacidade é, antes, regulada por categorias de atos e situações[410].

Dessa feita, a situação do anencéfalo deveria ser tratada pelo ordenamento pátrio como caso de limitação da capacidade de exercício e não como uma questão de atribuição de vida ou de personalidade jurídica.

---

[405] BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Trad. Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. v. 2, p. 18.
MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do Direito.** 24. ed. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 492.
[407] FERNANDES, Luis A. Carvalho. Op. cit., p. 111.
[408] Idem, p. 112.
[409] FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 49.
[410] CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. Trad. A. Rodriguez Queiróz e Artur Anselmo de Castro. Coimbra: Armênio Armado Editor, 1942. p. 349.

O instituto da capacidade responde aos casos de falta de discernimento e ausência de maturidade cerebral, impondo-se restrições à celebração de negócios jurídicos e outros atos da vida civil por portadores de malformações cerebrais.

A personalidade, por outro lado, garante o manto da proteção de direitos inerentes à condição humana, proteção esta que destaca a figura humana como detentora de dignidade, impondo-se uma postura de respeito da parte do Estado e dos demais cidadãos.

A atribuição da personalidade confere ao sujeito a possibilidade de ser titular de direitos e deveres perante a ordem jurídica, sem que isso implique a necessidade de discernimento, compreensão e decisão. Aliás, a personalidade é deferida aos recém-nascidos com vida, sendo certo que neste momento ainda não existe uma compreensão de mundo compatível com a tomada de decisões de sua parte, motivo pelo qual o ordenamento trata-os como absolutamente incapazes.

A personalidade é o reconhecimento da lei de que o sujeito existe para o ordenamento, o qual passa, então, a abrigá-lo em seu seio com todo seu vigor.

Dessa feita, não há que retirar o escudo protetivo da personalidade apenas pela aferição da ausência de atividade encefálica, sobretudo quando não será realizada doação de órgãos e tecidos, restando inaplicável a lei que regula referido ato.

Eventuais limitações devem ser cuidadas no campo das capacidades, de modo que as normas traçadas para amparar estas situações coadunam-se com a proteção que se espera de um ordenamento jurídico em face de sujeitos que apresentem limitações em suas manifestações de vontade.

5

FIM DA EXISTÊNCIA HUMANA

Já se fora o tempo em que se pregava a ideia segundo a qual se algo poderia ser feito, então, deveria ser feito para salvar uma vida. Assim, qualquer possível benefício deve ser sopesado diante de outros valores que estão envolvidos no caso concreto, de modo que cabe ao médico conferir o melhor cuidado possível, compatível com a melhor evolução do quadro clínico, conforme os recursos disponíveis[411].

Por outro lado, deve-se estar atento às questões éticas que permeiam esta situação, não sendo ético prolongar indefinidamente o sofrimento de alguém, indo na maré contrária de um inevitável processo de morte, mantendo-se artificialmente a vida, à custa da agonia do paciente[412].

A citação do ilustre pensador Voltaire, segundo quem "a dor é tão necessária como a morte"[413], então, deixa de ser correta, vez que a dor e o sofrimento nem sempre são necessários, mas, ao contrário, são frutos do desrespeito da dignidade atribuída a todo ser humano.

A morte, bem como a vida, constituem fatos jurídicos a partir dos quais temos inúmeras consequências na órbita do direito.

A questão envolvendo o direito à vida e à morte digna é uma das mais polêmicas da atualidade. Ela aparece de forma cada vez mais frequente e com intensidade crescente nos debates entre médicos, teólogos, juristas, filósofos e leigos. Esse debate configura ponto fulcral na relação médico-paciente, bem como representa elevada importância nas discussões que envolvem a duração da vida[414].

A discussão é ainda mais dramática quando levamos em consideração as maiores facilidades que hoje existem na manutenção da vida, o que acaba gerando, muitas vezes, um maior sofrimento do paciente e de seus familiares, bem como envolvem os altos custos que derivam do emprego destas técnicas, o que, na maior parte dos casos, não é acompanhado por uma cobertura securitária.

GLOVER, J.; HOLBROOK, P.R. Ethical considerations. In: HOLBROOK, P.R. (org.). **Textbook of pediatric critical care**. Philadelphia: W. B. Saunders, 1993. p. 1124-30.

[412] YOUNG, ED. **Life and Death**. PICU: ethical considerations. In: CIVETA, J. (ed.) **Critical care.** 2. ed. Philadelphia: J.B. Lippicott, 1993. p. 67.

[413] Disponível em: http://www.pensador.info/p/morte/1/. Acesso em: 04 abr. 2009.

[414] SZTAJN, Rachel. Op. cit., p. 147.

É diante deste quadro caótico que a figura da eutanásia surge, para muitos, como solução de casos extremos, nos quais o emprego de técnicas e recursos médicos e científicos não serão acompanhados de uma melhora no quadro geral de saúde do paciente, prolongando apenas uma morte que será inevitável.

Neste passo, convém fazer uma distinção bastante assente na doutrina entre eutanásia passiva e eutanásia ativa. Na primeira, o médico apenas deixa de aplicar recursos e de ministrar drogas que prolongariam a vida daquele paciente, configurando uma omissão de cuidados médicos indispensáveis para manutenção da vida. Já a eutanásia ativa consiste no emprego de medicamentos ou técnicas que abreviem a vida daquela pessoa, de forma que sua morte resulta de uma conduta ativa daquele profissional da medicina.

Na eutanásia temos a possibilidade de uma ação ou uma omissão por parte do médico, mas o paciente nada faz em relação à abreviação de sua vida. Caso haja uma conduta ativa do paciente na supressão de sua vida, com a supervisão de um médico, estaremos frente ao caso de suicídio assistido.

Em um e noutro caso, não se pode confundir estas figuras que antecipam a morte de um paciente vivo com a morte encefálica, já que, nesta, o desligamento dos aparelhos que conferem o suporte vital àquela pessoa não pode ser, jamais, considerado como prática de eutanásia. A morte encefálica, ou morte cerebral para alguns, é, por si só, considerada morte[415]. Não haveria que se falar em antecipação do óbito, uma vez que este já ocorreu no momento do diagnóstico de morte encefálica.

Neste debate, a distanásia e a ortotanásia devem ser mencionadas. A distanásia seria, segundo Maria Helena Diniz, o "prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal ou tratamento inútil. Não visa prolongar a vida, mas sim o processo de morte"[416].

A distanásia está intrinsecamente ligada à obstinação terapêutica, também conhecida como encarniçamento terapêutico ou acharnement, que pode ser definida como "prática médica excessiva e abusiva decorrente das possibilidades ofertadas pela tecnociência e como produto de uma obstinação de estender os efeitos desmedidamente, em respeito à condição da pessoa doente"[417].

Jussara Meirelles e Eduardo Didonet Teixeira teceram os seguintes comentários:

---

[415] Idem, p. 148.
[416] DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 316.
[417] BAUDOUIN, Jean-Louis; BLONDEAU, Danielle. **Éthique de la mort et droit à la mort**. Paris: Press Universitaires de France, 1993. p. 89, tradução livre.

> (...) o acharnement subverte o direito à vida e, com certeza, fere o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, assim como o próprio direito à vida. Se a condenação do paciente é certa, se a morte é inevitável, está sendo protegida a vida? Não, o que há é postergação da morte com sofrimento e indignidade.
>
> (...) se vida e morte são indissociáveis, e sendo esta última um dos mais elevados momentos da vida, não caberá ao ser humano dispor sobre ela, assim como dispõe sobre a sua vida?[418]

Segundo crítica doutrinária de Jean-Louis Baudouin e Danielle Blondeau, a obstinação terapêutica configuraria um desrespeito aos caracteres que conformam a dignidade do ser humano, surgindo como um ato anti-humano, cuja prática implica em um atentado aos direitos mais fundamentais do ser humano[419].

Prosseguem referidos autores atestando que a morte digna é um apelo ao direito de vivenciar uma morte de feição humana, elevando o sujeito a proprietário de sua própria existência. Sua morte não é objeto da ciência, podendo o indivíduo recusar-se a se submeter a manobras tecnológicas cujo intuito é o prolongamento do sofrimento humano[420].

A ortotanásia, por sua vez, pauta-se no critério de morte natural, de modo que o profissional da medicina ministra meios para que o processo natural de morte siga seu curso, sem qualquer prolongamento artificial da vida. O médico, neste contexto, ameniza o sofrimento do paciente, ainda que a consequência direta destes atos seja seu óbito[421].

A distanásia e a ortotanásia são faces da mesma situação, de modo que na primeira os meios são ministrados para prolongar uma morte inevitável, à custa do sofrimento e da agonia do paciente, enquanto na segunda o aparato médico é utilizado na minimização deste sofrimento em face da certeza do desfecho fatal.

Ambas as práticas não são proibidas por nossa legislação, mas resta evidente que seu antagonismo encabeça discursos díspares, de modo que os defensores do direito a uma morte digna elegem a ortotanásia como prática correta, tecendo as mais severas críticas à distanásia.

---

[418] MEIRELLES, Jussara; TEIXEIRA, Eduardo Didonet. Consentimento livre, dignidade e saúde pública: o paciente hipossuficiente. In: RAMOS, Carmem Lúcia Nogueira et al (orgs.). **Diálogos sobre direito civil**: construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 371.
[419] BAUDOUIN, Jean-Louis; BLONDEAU, Danielle. Op. cit., p. 89.
[420] Idem, p. 107.
[421] VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e direito**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999. p. 90.

A vida, assim, deve ser entendia como um conjunto de atos e acontecimentos, dentre os quais se inclui o momento da morte. A dignidade de uma vida, então, não se resume ao meio desta jornada, estendendo-se ao limite final da existência de um sujeito.

Dessa feita, a distanásia, a despeito de proteger o direito à vida a todo custo, acaba, por seus próprios métodos, desrespeitando o fundamento da existência deste direito, qual seja a dignidade do ser humano. Cabe, então, ao paciente expressar sua vontade no sentido de qual o destino que espera para este desfecho.

Neste sentido, Maria Isabel de Azevedo Souza explicita seu entendimento de que "tem lugar a discussão acerca da manifestação antecipada da pessoa sobre as medidas a serem tomadas para o caso em que não possa mais se manifestar através dos chamados testamentos vitais (*living-will*) e do consentimento por substituição"[422].

A autodeterminação do paciente é pilar da própria bioética, mas nem sempre será possível exercê-la. Existem situações nas quais o sujeito encontra-se privado dos sentidos, sendo impossível exercer uma escolha acerca do destino que almeja.

Visando suprir estas lacunas, Maria Helena Diniz elaborou uma espécie de documento que antecipa a vontade do paciente em relação a tratamentos médicos, cujo teor sobrepõe-se a vontade de qualquer outra pessoa, parente ou não. Denominou-se referido documento de *Diretrizes Antecipadas Relativas a Tratamentos de Saúde e Outorga de Procuração*[423].

Outra doutrinadora que escreve sobre o assunto é Tereza Rodrigues Vieira. Em sua obra, menciona-se a existência da organização *choice of dying*, cujo papel principal é orientar pacientes terminais a outorgarem procurações a familiares ou outras pessoas, com o fito de que elas supram a vontade do paciente privado dos sentidos, tomando decisões em seu nome[424].

A situação do anencéfalo, neste ponto, é peculiar, vez que a ausência de capacidade de compreensão e decisão é uma condição natural, tanto pela tenra idade, como pelo estado de saúde. Sendo assim, não há como outorgar documentos que expressem sua vontade, o que deve ser suprido pela decisão de seus pais.

Compete, então, aos genitores a opção acerca dos métodos empregados em prol daquela criança, sendo certo que a postura médica deve cumprir seu papel de orientação a

---

[422] SOUZA, Maria Isabel de Azevedo. O princípio da exclusividade como nota distintiva do direito privado. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 316.
[423] DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito** cit., p. 206-207.
[424] VIEIRA, Tereza Rodrigues. Op. cit., p. 90.

respeito das consequências de cada opção, levando-se em consideração a dignidade daquele neonato.

Neste contexto, vida e morte são consideradas pela doutrina alemã, enquanto acontecimentos naturais, como *tatbestand*, que são pressupostos materiais condicionadores da existência humana em suas diversas fases de desenvolvimento (nascimento, desenvolvimento e morte), sendo fonte criadora de relações jurídicas[425]

Fernando Pessoa, ilustre pensador brasileiro, coloca o dilema que enceta a vida e a morte na seguinte frase: "O próprio viver é morrer, porque não temos um dia a mais na nossa vida que não tenhamos, nisso, um dia a menos nela"[426].

Daisy Gogliano, por sua vez, em suas reflexões sobre a existência humana coloca: "Vida e morte, dois extremos, dois opostos, dois fenômenos em cuja sequência se desenvolve todo o destino do homem, do ser humano considerado como pessoa pelo Direito"[427].

No que tange à personalidade jurídica, o art. 10 do Código Civil deixa claro que seu fim se dá com a morte, mas não determina com precisão qual o conceito de morte ou o momento em que ela deve ser constatada. Aliás, cumpre fazer um elogio ao legislador pátrio quanto a este aspecto, uma vez que delimitar o conceito de morte ou estabelecer critérios legais para sua ocorrência é usurpar o campo de atuação da medicina, que com sua evolução constante se depara com critérios cada vez mais apurados para a determinação do exato momento em que o sujeito deixa de ser considerado como vivo para a sociedade

A morte, então, tem o condão de retirar da pessoa sua capacidade de ser considerado sujeito de direitos e de obrigações. No entanto, a morte não tem o condão de extinguir todo e qualquer direito relativo à pessoa falecida, de modo que existem alguns direitos que são projetados além da morte. Esse é o caso dos direitos da personalidade referentes à imagem e à honra da pessoa morta, sendo esta uma preocupação do legislador em proteger a memória do ente querido, preservando-a em prol de suas relações de parentesco, de amizade, de afeto e de consideração social.

Assim, o diploma civilista enuncia de forma clara que a existência da pessoa natural se encerra com a morte. No entanto, para explicitar o que deve se entender por morte, Limongi França explicita que existe mais de um tipo de morte para o direito, quais sejam: i) morte natural e ii) morte presumida.

---

[425] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971. v. 1. apud GOGLIANO, Daisy. **Pacientes terminais**... cit., p. 145.
[426] Disponível em: http://www.pensador.info/p/vida_e/1/. Acesso em 04 abr. 2009.
[427] GOGLIANO, Daisy. **Pacientes terminais**... cit., p. 145.

Assim, a morte natural encerra o ciclo vital do ser humano, o que significa dizer que neste exato momento a vida biológica deixa de existir, encerrando a personalidade jurídica de forma natural[428]. Segundo entendimento de Antônio Chaves, a morte seria o encerramento total da atividade funcional específica de vegetais e animais[429].

Já a morte presumida é a que se verifica no caso dos ausentes e das situações estabelecidas no Código Civil e na Lei de Registros Públicos[430].

A Lei de Transplante de Órgãos e Tecidos, neste aspecto, traz mais uma hipótese de óbito, qual seja, a morte encefálica. Dessa feita, a cessação da atividade encefálica de um sujeito tem o condão de determinar o momento de seu óbito, encerrando sua existência com o aval de uma declaração médica, ainda que os batimentos cardíacos e o movimento respiratório estejam funcionando com a ajuda de aparelhos.

A problemática, como se verifica, parte de conceitos múltiplos de morte, dentre os quais se destaca a morte encefálica, cuja análise pontual deve ser realizada para melhor compreender a situação do portador de anencefalia.

5.1. CONCEITO DE MORTE ENCEFÁLICA

Jean Paul Sartre ao delimitar vida e morte afirma: "morremos no exacto momento em que deixamos de ser úteis"[431].

William Shakespeare, por sua vez, define morte nas seguintes palavras: "Morrer é dormir. Nada mais. E por um sonho, diremos, as aflições se acabarão e as dores sem

---

[428] FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 62.
[429] CHAVES, Antônio. **Direito à vida**... cit., p. 50.
[430] Arts. 6.º e 7.º do CC/2002: "Art. 6.º A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.
Art. 7.º Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência:
I – se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;
II – se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.
Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento."
Art. 88 da Lei de Registros Públicos: "Art. 88. Poderão os Juízes togados admitir justificação para o assento de óbito de pessoas desaparecidas em naufrágio, inundação, incêndio, terremoto ou qualquer outra catástrofe, quando estiver provada a sua presença no local do desastre e não for possível encontrar-se o cadáver para exame. (Renumerado do art. 89 pela Lei 6.216, de 1975).
Parágrafo único. Será também admitida a justificação no caso de desaparecimento em campanha, provados a impossibilidade de ter sido feito o registro nos termos do artigo 85 e os fatos que convençam da ocorrência do óbito".
[431] Disponível em: http://www.pensador.info/p/jean_paul_sartre_frases/2/. Acesso dia 04 abr. 2009.

número, patrimônio de nossa débil natureza. Isto é o fim que deveríamos solicitar com ânsia. Morrer é dormir ... e talvez sonhar"[432].

A atividade desempenhada pelos estudiosos da medicina se orienta pela aplicação de dois princípios morais fundamentais, quais sejam o da preservação da vida e o do alívio do sofrimento. Apesar de muitas vezes tais princípios caminharem juntos na atuação médica, é fato que em algumas situações eles se apresentarão em conflito, de forma que a aplicação de um consistirá na exclusão do outro. Neste aspecto, considerar que a preservação da vida deveria prevalecer sempre é negar a efemeridade que encerra a vida humana[433].

Assim, enquanto no tratamento de um paciente saudável deve preponderar o princípio de preservação da vida, naquele em que a morte se apresenta como inevitável o alívio do sofrimento parece ser o melhor, a depender do caso concreto[434].

Escreve Sílvio de Salvo Venosa que, na atualidade, "a morte será diagnosticada com a paralisação da atividade cerebral, circulatória e respiratória"[435].

Segundo Daisy Gogliano, com quem concordamos, a morte encefálica deve ser constatada por critérios estritamente médicos, de forma que não cabe à ciência jurídica interferir nesta seara. Se assim fosse possível, teríamos critérios engessados de constatação da morte encefálica, o que vai na contramão da evolução científica da medicina[436].

Toda a discussão sobre o tratamento a ser dado aos casos de anencefalia passa pela inevitável discussão acerca dos critérios de morte, de forma que esta anomalia representa um caso intermediário entre a vida e a morte, um dos temas que mais tem desafiado a bioética e o direito na atualidade. Isso fica ainda mais ressaltado pelo fato de que nem mesmo os critérios de morte encefálica estão pacificados, encontrando-se, até hoje, conflitos na sociedade e na medicina no que respeita ao diagnóstico deste tipo de óbito[437].

Foi com o informe de Harvard que a morte humana passou a ser definida como o cessar do organismo considerado em seu conjunto, critério que tinha como fundamento central a constatação da inatividade completa da função cerebral, incluindo as funções corticais e do tronco encefálico. Era a chamada morte cerebral total, de forma que a ausência de funções corticais era diagnosticada a partir do coma e da ausência de

---

[432] SHAKESPEARE, William. **Hamlet**. Ato III. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003. p. 97.
[433] PIVA, Jefferson Pedro; CARVALHO, Paulo R. Antonacci. Op. cit., p. 131.
[434] Idem, p. 131.
[435] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil** – parte geral cit., p. 196.
[436] GOGLIANO, Daisy. **Pacientes terminais**... cit., p. 145.
[437] BAVIO, Paula Severino. Op. cit., p. 128.

mobilidade e sensibilidade, enquanto o fim das funções do tronco encefálico era observado a partir da ausência reflexos que denotam a ausência de atividade cerebral, bem como a partir da ausência de respiração espontânea[438].

Este sistema é até hoje utilizado em muitos países do mundo, como na Argentina, que o adotou no art. 23 da sua Lei de Transplantes.

Aliás, no que tange ao histórico da definição e determinação de morte encefálica, Eric Grossi Morato explica:

> Foi inicialmente descrita como coma depasée por Mollaret e Goudon, em 1959, ao avaliarem 23 pacientes em coma sem resposta ao estímulo doloroso, sem reflexos do tronco cerebral e com eletroencefalograma isoelétrico. Foram relatados, até 1968, poucos casos de coma sem resposta, que na maioria das vezes estavam associados aos transplantes alopáticos experimentais. A realização do primeiro transplante cardíaco na África do Sul, em dezembro de 1967, destacou a necessidade de critérios mais específicos para a determinação do coma irreversível e, assim, de quais pacientes poderiam doar órgãos. A Faculdade de Medicina de Harvard, em 1968, organizou um comitê composto de 11 profissionais, sendo sete médicos, um biólogo, um historiador, um jurista e um sociólogo, para definir critérios que permitissem conceituar o estado de coma irreversível.
>
> O Royal College of Medicine da Grã-Bretanha introduziu, em 1976, o teste da apneia (especificidade de 99,9%) como tentativa de padronizar e especificar alguns dos critérios já utilizados desde 1968 e também introduziu a opção de se utilizarem outros exames complementares além do eletroencefalograma. O conceito de que a lesão completa do tronco cerebral era incompatível com a vida foi determinado nessa revisão. A presença de reflexos medulares não foi considerada inviabilizadora do diagnóstico de morte encefálica.
>
> As atuais diretrizes para o diagnóstico de ME foram delineadas em 1981, durante os trabalhos da Comissão Presidencial para o estudo de problemas Éticos em Medicina nos EUA. Os critérios tornaram-se mais seguros, incluindo a identificação adequada do paciente e da causa do coma, sua irreversibilidade, a exclusão de causas metabólicas e de intoxicação exógena[439].

A chamada morte neocortical, por sua vez, é aquela em que são afetados os quadros corticerebrais superiores, sem que se afete o tronco cerebral. Essa é a situação dos anencéfalos e daqueles que se encontram em estado vegetativo permanente. Tal critério de morte, então, descarta uma visão puramente biológica deste fenômeno e passa a visualizá-

---

[438] GHERARDI, Carlos. **Muerte cerebral**: una mirada crítica y reflexiva, civil y penal. Buenos Aires: La Ley, 2001. p. 603.
MORATO, Eric Grossi. Morte encefálica: conceitos essenciais, diagnóstico e atualização. **Revista Médica**, p. 227-236, 2009; 19(3), p. 228. Disponível em: http://www.medicina.ufmg.br/rmmg/index.php/rmmg/article/viewFile/164/147. Acesso em: 06 maio 2011.

lo por um prisma mais sociológico, envolvendo no conceito de vida não apenas as funções orgânicas que mantêm em funcionamento o corpo humano, mas também os aspectos vinculados à existência de uma consciência, de afetividade e comunicação, sendo estas as expressões da identidade de uma pessoa[440].

Esta postura permite um questionamento sobre a definição de morte encefálica e a necessidade de ausência total de um funcionamento cerebral para configurar este diagnóstico. Assim, não é a abolição completa das funções cerebrais que retiram a vida de um ser humano, bastando a absoluta perda de sua consciência, já que esta está mais ligada à condição humana do que aquela[441].

O voto de um juiz argentino, de nome Maier, trouxe à baila justamente este entendimento com um artigo de doutrina que colocava a carência de hemisférios cerebrais como a representação do subumano por excelência. Na verdade, segundo ele, o caso estaria mais relacionado com a definição precisa do seja vida humana em face de processos biológicos fracassados. Sob este fundamento, ele decidiu pela não aplicação de manobras de reanimação ou assistência ao anencéfalo, comparando o mesmo àquele paciente que se encontra em estado vegetativo permanente[442].

Este pensamento não é isolado na doutrina e na jurisprudência internacionais, havendo aqueles que entendem que antecipar o parto de um anencéfalo ou permitir o seu aborto equivaleria a desligar os aparelhos de uma criança que se encontra em estado vegetativo permanente. A única diferença entre ambos os casos é que, na anencefalia, não se ministra um suporte vital à criança que acaba de nascer. Sua mãe é quem fazia o papel deste suporte, o que deixa de existir com o parto. Aliás, este é um forte argumento em favor da interrupção da gravidez nestes casos, já que a mãe configuraria apenas um suporte biológico da vida de uma criança que carece de capacidade relacional, inclusive com a própria mãe que a carrega. Assim, a gestante faria o mesmo papel que uma sonda ou um respirador artificial para aquele ser[443].

Imperioso destacar que a morte encefálica configura o cerne da discussão a respeito da existência de vida em portadores de anencefalia, motivo pelo qual a presente tese se debruça sobre os seus conceitos e limites.

---

[440] BAVIO, Paula Severino. Op. cit., p. 129.
[441] Idem, p. 129.
[442] Caso *Silvia Tanus contra GCBA sobre amparo (art. 14 CCABA)* (Idem, p. 129).
[443] Idem, p. 129-130.

5.2 LEI DE TRANSPLANTES

Apesar de muito difundido o uso da palavra morte cerebral como sinônimo de morte encefálica, ambas as palavras não são correspondentes entre si, de forma que a morte encefálica é mais abrangente que a morte cerebral, muito embora esta última seja usada vulgarmente como o término de todas as funções cerebrais. Aliás, este é um erro comumente verificado até mesmo nas legislações que cuidam deste assunto[444].

Feita esta primeira observação, diante do constante uso que os doutrinadores e especialistas fazem destas palavras como termos sinônimos, iremos também utilizá-las desta forma na presente obra.

A Lei de Transplantes de Órgãos e Tecidos foi a responsável por trazer ao campo do direito a concepção de morte encefálica. Essa premissa foi fundamental para atingir os fins que dita lei se propugnava perseguir, vez que os avanços científicos permitem o prolongamento indefinido da vida humana, adiando ao máximo a morte inevitável

Recursos como respiradores artificiais, circulação extracorpórea, ressuscitação cardíaca, entre outros, foram os responsáveis por uma mudança revolucionária no conceito de morte, que deixou de ser a tradicional constatação de parada cardíaca e respiratória[445].

A morte encefálica traça um conceito distinto de morte biológica, que é a considerada morte celular constatada com a destruição das células do corpo humano. Também não se confunde com a morte clínica, que é a tradicional cessação das funções cardíaca e respiratória, com a paralisação da primeira de maneira irreversível.

O transplante de órgãos, neste contexto, apenas se apresenta viável enquanto não se operar a paralisação de funções vitais ou a destruição celular.

Isso nos mostra o quanto foi importante para a seara da Medicina a construção de um conceito e de critérios de morte encefálica, permitindo que os transplantes de órgãos pudessem ser realizados com uma probabilidade muito maior de sucesso. Antigamente, todo e qualquer órgão que viesse a ser transplantado deveria ser retirado do corpo do doador de uma forma muito rápida, sob pena de se perder sua capacidade orgânica. Além disso, muitas são as partes do corpo humano que não podem mais ser transplantadas depois de cessada as funções vitais.

---

[444] GOGLIANO, Daisy. **Pacientes terminais**... cit., p. 151.
[445] Idem, p. 150.

Motta Maia, Professor Catedrático de Cirurgia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, publicou em 1968 um artigo tratando da nova cirurgia, no qual ele procurou examinar a questão a partir de quatro aspectos distintos: médico-biológico; médico-legal; técnico-científico e moral-religioso.

Pelo prisma médico-biológico ele analisou os conceitos de vida e morte, sobretudo no que diz respeito aos transplantes de órgãos de pessoas falecidas, chegando à definição de vida a partir de outro autor, o Professor Wassermann. Segundo ele, vida seria "a atividade biológica, sociológica e psicológica, manifestada por um dinamismo mantido por processos intrínsecos ao organismo – elementos naturais – e sustentada por outros fatores extrínsecos adquiridos pelo próprio homem – a cultura. Obviamente a morte seria a desintegração total destes elementos"[446].

Verifica-se, então, que o conceito de morte é formulado por tal professor com a desagregação dos aspectos que dão vida ao homem. Em sua obra ele ainda afirma, sob este ponto de vista, que a morte seria um processo natural lento e gradual, culminando no estado de ausência vital.

Mencionado professor ainda esclarece que o conceito de morte clínica, apesar de muito forte na consciência popular, é encarado hoje como uma ficção pelos biologistas, uma vez que para sair deste estado basta, em alguns casos, a aplicação de métodos artificiais. Contudo, se a condição cerebral não for mais considerada reversível, constatando-se uma morte encefálica, aí sim teríamos um diagnóstico de morte, sendo este o momento a ser fixado como de término da existência humana, bem como da personalidade daquele sujeito. A morte encefálica é a constatação da impossibilidade do indivíduo se relacionar com o mundo exterior, sendo sua proscrição definitiva perante a coletividade[447].

Diante desta conjuntura, a morte encefálica, entendida como a paralisação das funções cerebrais, veio possibilitar um diagnóstico de morte momentos anteriores à cessação das funções cardíacas e respiratórias, permitindo a extração de órgãos ainda íntegros para fins de transplante.

Dessa forma, a parada cardiorrespiratória que sucederá a morte encefálica não pode ser considerada como nova morte, ou seja, como outra morte, já que tanto a vida

---

[446] MAIA, Manoel Cláudio da Motta. Novos aspectos da cirurgia moderna. **Revista Hospital Rio**, n. 74, v. 3, p. 669-687, , Rio de Janeiro, SINDHERJ, FEHERJ, AHCRJ, set. 1968. p. 675-687.
[447] Idem, pp. 675-687.

quanto a morte são consideradas únicas[448], assim como o momento em que elas se delimitam no tempo.

Regulamentando a Lei 8.489/1992, o Dec. 879/93 procurou definir em seu art. 3, V, uma definição de morte encefálica aberta, não limitando o profissional da área médica à rigidez e à morosidade da mudança da lei. Assim, seria considerada morte encefálica "a morte definida como tal, pelo Conselho Federal de Medicina e atestada por médico".

O legislador acabou, desta forma, ampliando a possibilidade de acolhimento dos avanços na área médica, sem confundir definição de morte encefálica com os critérios para o seu diagnóstico.

Contudo, nem tudo é tão simples como à primeira vista pode parecer, de forma que não bastava uma nova definição de morte para solucionar muitos dos problemas dos transplantes de órgãos. Seria necessário fixar critérios precisos e confiáveis para diagnosticar o exato momento em que uma pessoa pode ser considerada como morta, sem qualquer chance de retornar à "vida".

Essa problemática gerou muita discussão dos estudiosos no assunto, buscando-se parâmetros universalmente aceitos, o que permitiu chegar a algum consenso sobre as questões envolvidas no assunto.

O Conselho das Organizações Internacionais de Ciências Médicas (CIOMS) foi o primeiro a tentar estabelecer critérios universais sobre a morte encefálica. Assim, em 1968, na cidade de Genebra, este Conselho, que é vinculado à Organização Mundial de Saúde (OMS) e à Unesco, conseguiu definir critérios para averiguação da morte cerebral, critérios estes que foram aprovados por unanimidade de todos os países que tomaram parte nesta discussão[449].

Foram fixados, então, cinco critérios a serem observados para se atestar a morte cerebral do doador, quais sejam:

i) Perda de todo o sentido ambiente;

ii) Debilidade total dos músculos;

iii) Paralisação espontânea da respiração;

iv) Colapso da pressão sanguínea no instante em que deixa de ser mantida artificialmente;

v) Traçado absolutamente linear de eletroencefalograma.

---

[448] SZTAJN, Rachel. Op. cit., p. 148.
[449] GOGLIANO, Daisy. **Pacientes terminais**... cit., p. 150.

Elevada é a importância da discussão a respeito desses critérios, de modo que inúmeros foram os congressos e simpósios internacionais realizados para discutir esta temática. Até mesmo a Clínica Neurológica do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo estabeleceu critérios de morte encefálica no ano de 1983. Como consequência, foram elaborados documentos fundamentais para o estudo da matéria, como a Declaração do Comitê de Harvard, a Declaração de Sidney e o *The Human Tissue Act* da Inglaterra (1961).

Este último documento citado trata, sobretudo, da morte cerebral, colocando em suas preliminares considerações:

> Em 1974 o médico chefe do Departamento de Saúde e Segurança Social pediu aos Colégios Reais que considerassem a definição de morte cerebral (*brain death*) e seu diagnóstico. A questão surgiu no contexto do estabelecimento da morte de possíveis doadores de órgãos, mas teve um maior interesse para todas as situações clínicas em que as funções vitais eram unicamente mantidas por meios mecânicos. Em resposta àquela solicitação foi escrito um documento que foi recentemente aprovado unanimemente pela Conferência dos Colégios Reais e Faculdades do Reino Unido. Este documento, que aparece a seguir, descreve em termos gerais a *diagnosis* de morte e estabelece critérios detalhados de diagnósticos para determinar quando ocorre a morte nos casos em que as funções vitais tenham sido mantidas mecanicamente[450].

Inegável é o fato de que hoje se pode reverter um quadro de morte clínica com processos mecânicos de reanimação, momento a partir do qual a vida pode continuar a ser sustentada por meios artificiais de manutenção, levando a um quadro vegetativo que se prolonga indefinidamente, mesmo após a cessação de toda e qualquer atividade cerebral. Alimentar eventuais esperanças por parte dos familiares é apenas prolongar um sofrimento que, a curto tempo, será inevitável.

Destaca-se que os fisiologistas denominam de vida técnica a manutenção das funções vitais após a cessação da atividade cerebral, enquanto vida residual é o nome empregado para a atividade vital que permanece nas células, órgãos e tecidos durante certo tempo após a paralisação das funções vitais. A morte total, por derradeiro, seria a desintegração deste estado de atividade vital, não restando qualquer resquício de vida.

Neste aspecto, Motta Maia, mencionando o autor de Copenhagen Jorge Voigt, constata que a morte se dá com a cessação permanente de toda vitalidade espontânea, que é inerente a tecidos e órgãos[451].

---

[450] Idem, p. 150.
[451] MAIA, Manoel Cláudio da Motta. Op. cit., p. 675-687.

Não é preciso ser jurista, médico ou filósofo para saber o quanto é debatida a conceituação da morte. Assim, o mesmo ocorre quanto à determinação do momento em que a morte enecefálica ocorre, de forma que vários são os critérios colocados, sem que haja entre os estudiosos uma uniformização a respeito dos mesmos, como já mencionado acima.

Luiz Alcides Manreza[452], da Clínica Neurológica da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo coloca que o ponto principal de debate é conceitual e não técnico. Desta feita, existem aqueles que pregam o uso do eletroencefalograma no diagnóstico de morte, buscando, com isso, constatar o perecimento de todas as células nervosas. Já os que rejeitam o uso de tal exame para a constatação da morte procuram o diagnóstico de morte encefálica no encéfalo como um todo, enquanto unidade funcional que ele é, concentrando sua avaliação no que tange ao tronco cerebral.

Prossegue referido autor afirmando que desde o conceito originalmente formulado pelo ME de Harvard, pelo qual era necessária a ausência de atividade de todo o sistema nervoso central, o que deveria ser complementado com o uso de eletroencefalograma isoelétrico, até chegarmos aos conceitos formulados nos dias de hoje por grandes centros, é possível observar que o elemento crucial para o diagnóstico da morte encefálica é a cessação permanente da atividade do tronco cerebral.

Ademais, segundo ele, muitos são os trabalhos que têm demonstrado que uma mínima atividade cortical residual pode persistir em partes do córtex algum tempo depois da inatividade do tronco cerebral. Contudo, não existem registros de atividade do tronco cerebral em tais casos. A recíproca, no entanto, não é válida, pois se encontram registros de pacientes com mínimos sinais de atividade do tronco cerebral e com eletroencefalograma que se mantiveram de forma indefinida[453].

Em sua conclusão, Luiz Alcides Manreza coloca a inexistência no Brasil de um diploma legislativo claro sobre o assunto, destacando em sua obra, à guisa de exemplo, vários diplomas legislativos[454].

No que diz respeito ao processo biológico da morte, Avelino Medina coloca a existência de uma ordem. O primeiro passo é o fim do funcionamento do córtex, depois do tronco encefálico, depois os movimentos respiratórios espontâneos, logo após cessa a atividade cardíaca e, por fim, as demais funções vegetativas. A determinação deste

---

[452] MANREZA, Luiz Alcides. Morte clínica. **Revista da Associação Médica Brasileira**, v. 33, n. 5/6, São Paulo, AMB, 1987. p.79-80.
[453] Idem, p. 79-80.
[454] Idem, p. 79-80.

processo é científica e não legal, sendo isso respeitado na maior parte do mundo, inclusive em nosso país[455].

Ele ensina que quanto mais desenvolvido o córtex cerebral, mais depressa seu processo de morte, da mesma forma que quanto mais desenvolvido, maiores as chances de se restabelecerem plenamente as funções vitais daquele ser. O córtex provavelmente exerce uma função compensadora de outras áreas do encéfalo, de maneira que um dano ocorrido nesta área implica a perda de fundamentais capacidades adaptativas e de defesa. Assim, é de grande gravidade a situação clínica de pacientes com lesão encefálica, os quais apresentam distúrbios de consciência, sobretudo no sentido de embotamento e supressão desta[456].

Prosseguindo em suas considerações, Avelino Medina conceitua morte cerebral da seguinte forma:

> Morte cerebral é o dano irreversível, global de todo o encéfalo incluindo o tronco encefálico, mantendo-se as atividades pulmonar e cardiovascular por processos artificiais. O processo biológico de morrer tem imensa complexidade de ordem neurofisiológica, fisiológica, terapêutica e legal. A morte não é um momento, mas parte de um processo que, em certas circunstâncias, pode ser interrompido, por não ser necessariamente terminal. A posição filosófica ante os eventos da morte varia conforme a cultura e a ideologia de determinada sociedade. O grande problema é o diagnóstico seguro de morte cerebral, visto que nenhum processo tecnológico isolado mostrou-se integralmente satisfatório [457].

Outrossim, muitos são os autores que defendem a posição de que, diante da constatação de um quadro de morte encefálica, com a manutenção de vida vegetativa artificialmente, seria lícito e necessário ao médico não proceder à eventual reanimação. Estaria ele legitimado a proceder de tal maneira, na medida em que esta atitude evita tratamentos inúteis e onerosos, poupando tanto a família ou responsáveis pelo paciente como também a instituição hospitalar[458].

Essa discussão fica ainda mais complicada quando estão em jogo verbas públicas na manutenção daquele paciente, como é o caso da distribuição de recursos médicos à população. A discussão envolvendo essa alocação de recursos públicos muitas vezes chega até o debate da questão da limitação de leitos em UTI e Hospitais públicos.

---

[455] MEDINA, Avelino. **Distúrbios da consciência**: coma. Rio de Janeiro: Cultura Médica, 1984 apud GOGLIANO, Daisy. **Pacientes terminais**... cit., p. 152.
[456] Idem, ibidem.
[457] Idem, ibidem.
[458] GOGLIANO, Daisy. **Pacientes terminais**... cit., p. 153.

De acordo com o entendimento de Daisy Gogliano, esta situação de não reanimar um paciente que apresenta vida vegetativa não pode ser considerada como eutanásia, nem como direito de morrer, uma vez que a vida do paciente é mantida artificialmente por aparelhos, sem os quais não há sustentabilidade de uma vida. Da mesma forma, não há que se falar em pessoa, uma vez restarem ausentes qualquer reatividade vegetativa ou respiração espontânea, critérios que são necessários de se verificar para a configuração da morte encefálica[459].

Dessa forma, não haveria que se indagar sobre eutanásia, já que sequer seria caso de levantar esta possibilidade, uma vez que o caso é de constatação da presença ou da ausência de vida. É uma questão de saber se o paciente está vivo ou já está morto, momento em que se estará autorizado a proceder em conformidade com este estado[460].

Na legislação alienígena, bem como em tratados sobre o tema, verifica-se sempre a necessidade de pelo menos dois profissionais médicos para atestarem a constatação da morte encefálica, sendo este um critério mais seguro do que depositar tal responsabilidade nas mãos de apenas um profissional. Esse critério também se verifica na legislação brasileira.

Na Inglaterra, com o The Human Tissue Act, de 1961, e também no Norte da Irlanda, com o The Human Tissue Act of Northern Ireland, de 1962, que resultou da Conference of Royal Colleges e das Faculdades do Reino Unido, observa-se a exigência de mais de um médico especializado, com mais de 5 anos de experiência e alheios à equipe de transplantes, para atestar a morte encefálica[461].

Existe uma incongruência na Lei de Transplantes Brasileira, a qual apregoa em seu art. 8.º que "a retirada de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano será precedida de diagnóstico e comprovação da morte, atestada por médico, nos termos da Lei de Registros Públicos". Frente à leitura deste dispositivo, verificamos que o legislador confundiu o óbito com seu assento, uma vez que a Lei de Registros Públicos cuida apenas do assento de óbito. Existe, então, uma mistura entre transplante *in vivo*, com aquele realizado *mortis causa*[462].

Verifica-se no bojo da Lei de Transplantes pátria uma desvinculação por parte da lei entre diagnóstico e comprovação da morte para o transplante de órgãos, tecidos e

---

[459] Idem, p. 153.
[460] SEGRE, Marco. Eutanásia: aspectos éticos e legais. **Revista da Associação Médica Brasileira**, v. 32, n. 7/8, p. 141, São Paulo, AMB, 1986.
[461] GOGLIANO, Daisy. **Pacientes terminais**... cit., p. 154.
[462] Idem, p. 154.

partes do corpo humano (art. 8.º, § 1.º da Lei de Transplantes). Contudo, exige referida Lei, em seu art. 3.º, V, a notificação compulsória, em caráter de urgência, de referida morte encefálica, o que parece ser um tanto quanto incongruente.

Aliás, no que pertine à doação de órgãos de pessoas vivas, a Convenção dos Direitos do Homem e Biomedicina, que se encontra aberta à assinatura dos Estados membros do Conselho da Europa desde 04 de abril de 1997, em Oviedo, tratou sobre a possibilidade de transplante de órgão com doadores vivos. Contudo, o Protocolo Adicional à Convenção previu, em seu artigo 2, número 3, a sua não aplicação aos órgãos e tecidos reprodutivos, embrionários ou fetais, ao sangue e seus derivados[463].

Oscar E. Garay entende que as diferentes manifestações acerca do direito de disposição do próprio corpo configuram um direito personalíssimo, cujo titular é a pessoa humana, a qual possui autonomia sobre si mesma. Contudo, não há como afirmar que se trata de um direito absoluto, de modo que se pode traçar como limites a esta livre disposição i) a impossibilidade de disposição sobre a totalidade de seu corpo; ii) a impossibilidade de disposição do próprio corpo para operações ilícitas, como no caso do aborto, comércio de órgãos humanos, entre outros[464].

No que tange à doação de órgãos de recém-nascidos, é inegável que a demanda de órgãos *versus* a escassez de doadores é um problema da consciência de todos. Se é problemático quando tratamos de pessoas adultas, com mais propriedade esta problemática surge no que tange às crianças com pouca idade, de forma que o tamanho dos órgãos e tecidos é um fator que limita a gama de possíveis doadores de órgãos.

Potenciais doadores seriam crianças em faixa etária próxima daquela que receberá referidos órgãos e, como a taxa de mortalidade neste período de vida é muito baixa, poucas são as possibilidades que tais crianças encontrem um órgão compatível. A este dado deve ser somado o fato de que as causas principais de falecimento em crianças são doenças que inviabilizam a doação de órgãos, dificultando ainda mais o que já era problemático.

Diante deste panorama, o anencéfalo, a despeito da anomalia, apresenta órgãos viáveis para transplante, o que parece, em um primeiro momento, como a solução para a situação destacada. Para viabilizar esta doação de órgãos é necessário apenas que se

---

[463] VILELA, Alexandra. Colheita de Órgãos e Tecidos em Doadores Vivos para Fins de Transplante – Artigos 19º e 20º da Convenção sobre Direitos do Homem e a Biomedicina. **Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, ano 1, n. 2, p. 27, Coimbra, Coimbra Editora, jul.-dez 2004.
[464] GARAY, Oscar E. Op. cit., p. 147.

mantenha sua vida de forma artificial, impedindo a hipoxemia nos demais órgãos ainda saudáveis[465].

Segundo Kipper, na maior parte dos países ocidentais a morte encefálica é adotada como critério de morte, presumindo com esta a cessação total e irreversível de todas as funções cerebrais. Por este conceito se extrai que permitir ao anencéfalo ser doador de órgãos seria permitir a retirada de órgãos de pessoas vivas, fato que independe de seu nível de consciência ou de sua expectativa de vida. A decisão de doar os órgãos de um filho nestas condições seria deferida aos pais, mas a mesma apenas poderia ser considerada legítima se buscasse atender ao melhor interesse da pessoa representada. No caso em apreço o que se busca é sacrificar um ser em benefício de outro, o que seria, na visão de referido autor, imoral[466].

O critério de morte encefálica leva em conta a lesão do tronco cerebral. Neste aspecto, ficaria difícil, em uma análise precipitada, inserir o anencéfalo neste conceito, vez que ele apresenta tronco cerebral. Sendo assim, para ser doador de órgãos o anencéfalo teria que se enquadrar nos mesmos critérios de morte encefálica, usados para diagnosticar possíveis doadores, configurando sua morte com o preenchimento dos mesmos.

No entanto, diagnosticar a morte encefálica de um anencéfalo não é tarefa das mais simples, sendo até mesmo paradoxal aguardar a morte encefálica de um anencéfalo[467].

Muitos são os países em que bastam os aspectos clínicos para estar configurada a morte encefálica, o que não se verifica no Brasil, onde a exigência de exames complementares faz parte do diagnóstico de morte encefálica. Arteriografia, eletroencefalograma e cintilografia de fluxo são exames realizados para chegar a um diagnóstico de morte encefálica.

Essa diferença entre os exames complementares e apenas o exame clínico para Kipper não existiria, na medida em que os exames complementares apenas ratificam o diagnóstico feito clinicamente[468]. Contudo, esta não é uma opinião pacífica, vez que se

---

[465] ZOBOLI, Elma Pavoni (rel.); GARCIA, Maria (rev.). Op. cit., p. 160-161.
[466] KIPPER, Délio; HOSSNE, Williarn Saad. Caso clínico. **Bioética**, 1998. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/revista/bio2v6/casoclinico.htm. Acesso em: 15 abr. 2009.
[467] SEGRE, Marco; HOSSNE, William Saad. O aborto e o transplante de tecido fetal. **Bioética**, n. 1, Brasília, Conselho Federal de Medicina, 1994, v. 2. Disponível em: www.portalmedico.org.br. Acesso em: 16 abr. 2009.
[468] KIPPER, Délio José; HOSSNE, Williarn Saad. Op. cit., p. 161.

extrai de casos concretos divergências entre a morte diagnosticada por estes dois critérios, sendo isso o que ocorre em casos concretos envolvendo anencéfalos[469].

Antonio Carlos Mendes confirma que o problema central de toda esta questão é a definição de morte encefálica e quais seriam os critérios precisos para sua determinação. Uma vez diagnosticada esta não existem discussões sobre a possibilidade de doação de órgãos[470].

O Conselho Federal de Medicina parece entender a anencefalia como caso de morte encefálica, colocando o anencéfalo como natimorto em uma de suas Resoluções[471].

Por sua vez, a OMS adota critérios diferentes para a caracterização de um natimorto, colocando este como o feto com mais de 500g de peso e que não apresenta quaisquer evidências ou sinais de vida ao nascer. O bebê anencéfalo apresenta sinais vitais após o nascimento, mamando, respirando e até mesmo esboçando determinados movimentos, o que torna difícil seu enquadramento como ser desprovido de vida.

Não bastasse isso, a Classificação Internacional de Doenças considera o natimorto como um óbito fetal tardio, ocorrido momentos antes de sua expulsão do ventre materno, figura que também não é passível de enquadramento do anencéfalo.

Frente a tudo isso, classificar o anencéfalo como natimorto cerebral mais parece uma produção linguística com intuito de solucionar a problemática referente à determinação do momento da morte cerebral de um anencéfalo, bem como busca possibilitar a doação de órgãos por crianças assim diagnosticadas. Com isso se reduz as chances de inviabilizar a doação de órgãos ainda saudáveis de crianças diagnosticadas com anencefalia, beneficiando muitos receptores que aguardam por um órgão em idade ainda muito jovem[472].

Essa situação, na verdade, configura um dilema ético que procura embasamentos técnicos para ser solucionado. Diego Gracias, bioeticista espanhol, afirma que boa parte das questões éticas deriva de problemas técnicos que não foram bem resolvidos, inclusive na seara legal[473].

---

[469] Nas palavras de Elma Pavoni Zoboli, "houve discrepância entre os consultores *ad hoc* ouvidos pela comissão, com o neurologista afirmando a possibilidade de se aplicarem aos anencéfalos os critérios atuais de morte encefálica definidos na Resolução do CFM e o especialista em transplante deixando claro que isto não seria possível. Talvez um estivesse se referindo a questão clínica e o outro aos exames complementares" (ZOBOLI, Elma Pavoni (rel.); GARCIA, Maria (rev.). Op. cit., p. 161).
[470] Idem, p. 161.
[471] Resolução 1.752/2004 do Conselho Federal de Medicina – anexo.
[472] ZOBOLI, Elma Pavoni (Relatora); GARCIA, Maria (Revisora). Op. cit., p. 162.
[473] Idem, p. 161.

Por derradeiro, cumpre esclarecer que a aplicação da Lei de Transplantes de Órgãos e Tecidos deve estar conforme aos seus fins, de modo que a ausência do intuito de se proceder ao referido transplante faz perder o sentido da constatação de uma morte encefálica antes da cessação espontânea das atividades respiratória e cardiovascular.

Aliás, como já mencionado anteriormente, a ortotanásia responde a esta situação, sendo certo que a supressão dos meios mecânicos que mantinham vivo aquele ser humano irá acarretar, inexoravelmente, sua morte natural, momento este no qual deve ser atestado o óbito.

5.3 FIM DA PERSONALIDADE

A discussão acerca da personalidade jurídica não se restringe a qual seria seu momento inicial, vertendo-se muita tinta acerca de seu derradeiro momento.

Alguns, como é o caso de Franscisco Amaral, entendem que a personalidade do ser humano é anterior ao momento de seu nascimento, prolongando-se para além da morte[474]. Corrobora esta sustentação Elimar Szaniawski, o qual considera a tipificação do delito de aborto como um crime contra a vida, sendo a comprovação de que a personalidade tem seu início antes do nascimento do feto[475].

Aliás, argumento de peso levantado em favor da atribuição de personalidade além-túmulo, invoca a positivação dos direitos dedicados às pessoas falecidas no capítulo introdutório do Código Civil. Caso o direito positivado fosse dedicado somente aos parentes do *de cujus*, não haveria necessidade desta normatização.

Este pensamento, contudo, não é isento de críticas, havendo quem afirme que a tutela jurídica conferida a uma pessoa após sua morte não a coloca como sujeito de direitos, mas como objeto material do direito que se respalda. Dessa feita, quando o ordenamento jurídico tutela a honra das pessoas já falecidas[476], em verdade está protegendo a memória que tais sujeitos deixaram na vida de seus parentes, estes sim os verdadeiros sujeitos passivos. Da mesma forma, quando o Código Penal brasileiro prevê a responsabilidade criminal daqueles que destroem, subtraem, ocultam e vilipendiam

---

[474] AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 3. ed. cit., p. 221.
[475] SZANIAWSKI, Elimar. O embrião excedente. **Revista Trimestral de Direito Civil,** ano 2, v. 8, p. 90, out.-dez. 2001.
[476] O art. 138, §2.º, do CP tipifica a calúnia contra os mortos.

cadáveres, em seus artigos 211 e 212, quem figura como sujeito passivo é a coletividade e a família do *de cujus*[477].

Da mesma forma, com a devida vênia, o entendimento de Elimar Szaniawski peca ao confundir início da vida com início da personalidade. O momento inaugural da vida humana é um fator puramente biológico, sendo dever da medicina determinar o exato momento em que um ser passa a ser considerado vivo. Por sua vez, a personalidade é um conceito jurídico, criação de um ordenamento para a proteção de direitos basilares na constituição de um ser humano e na viabilidade de sua existência no seio social. Logo, o fato de ser o aborto um delito contra a vida não indica que o nascituro seja detentor de personalidade, uma vez que tais conceitos não se confundem, habitando searas distintas.

Diaulas Costa Ribeiro explica que no crime de aborto a proteção penal é direcionada à expectativa de vida extrauterina e não a vida intrauterina do feto. Dessa feita, a vida no interior do útero materno teria uma proteção virtual, de modo que a punição intentada pelo direito penal visa à frustração da expectativa do surgimento de uma pessoa. Assim, destaca:

> Por essa razão, o crime de aborto é contra uma futura pessoa – nesse ponto reside a sua virtualidade –, não porque o Código Penal teria atribuído o *status* de pessoa ao feto, mas porque o feto contém a energia genética potencial para, em um futuro próximo, constituir uma realidade jurídica distinta de seus pais, o que ocorrerá se for cumprido o tempo natural de maturação fetal e se o parto ocorrer com sucesso[478].

Fato inegável é que a personalidade gera direitos irrenunciáveis, cuja proteção pode ser sentida por seus familiares após seu óbito. Isso porque, eventuais lesões à imagem, nome e sepultura do falecido geram uma espécie de dano moral reflexo naqueles que estimam sua memória.

No que tange ao tratamento jurídico dedicado às ofensas irrogadas contra pessoas já falecidas, o Código Civil Português em seu artigo 71 assenta que "os direitos de personalidade gozam igualmente de protecção depois da morte do respectivo titular", sendo partes legítimas para "requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida"

---

[477] JESUS, Damásio E. de. **Direito penal.** 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 1, p. 166.

[478] RIBEIRO, Diaulas Costa. Antecipação terapêutica do parto: uma releitura jurídico-penal do aborto por anomalia fetal no Brasil. In: DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa (orgs.). **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2004 (Coleção "Radar", n. 1, p. 98).

o "cônjuge sobrevivo ou qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido".

O artigo em questão ainda ressalta que "se a ilicitude da ofensa resultar de falta de consentimento, só as pessoas que o deveriam prestar têm legitimidade, conjunta ou separadamente, para requerer providências a que o número anterior se refere".

Sendo assim, verifica-se que o ordenamento jurídico português consagra a proteção *post mortem* dos direitos da personalidade sem afirmar, em momento algum, que a própria personalidade se projeta juntamente com esta proteção. Logo, os direitos da personalidade, como qualquer outro direito, merecem proteção legal contra eventuais violações, sem que isto signifique entender uma personalidade jurídica que transita sem o indivíduo que lhe deu corpo.

O artigo 68.1 do Código Civil Português, denominado Termo da personalidade, dispõe que "a personalidade cessa com a morte", o que reforça o quanto já afirmado.

O testamento, figura que permite a transcendência da vontade do *de cujus* sobre seu patrimônio e outras questões de ordem pessoal, como é o caso do reconhecimento de filho, espelha o respeito que se dedica às declarações feitas por quem um dia foi dotado de personalidade. Logo, não é o testamento a prova de que a personalidade se estende para além da morte, mas o símbolo cabal de que a importância dada à personalidade faz com que os direitos construídos sob a sua égide sejam respeitados na figura dos familiares do falecido.

Outro exemplo de respeito à vontade das pessoas já falecidas encontra-se na doação voluntária de órgãos. Aliás, a Lei 9.434/1997, com o claro intuito de aumentar o número de pessoas doadoras de órgãos, estabeleceu uma presunção relativa desta vontade, dispondo que na ausência de manifestação em sentido contrário seria o sujeito considerado doador de órgãos. A tentativa em questão, contudo, foi malsucedida, de modo que referido dispositivo restou revogado[479].

O fim da personalidade traz consigo outra questão muito debatida, qual seja: a comercialização de órgãos e tecidos, que, atualmente, é proibida[480] pela legislação brasileira, mas existem doutrinadores que sustentam uma possível mudança neste cenário.

---

[479] Art. 4º. Salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta Lei, presume-se autorizada a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para finalidade de transplantes ou terapêutica *post mortem*.

[480] O artigo 14 do Código Civil Brasileiro dispõe que "é válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte".

Volnei Garrafa é um dos defensores da viabilidade da criação de um mercado de órgãos humanos. Aliás, esta questão não é recente, tampouco fruto de um pensamento isolado, de modo que em 1987 um cirurgião indiano de nome C. T. Patel apresentou tais ideias em um simpósio realizado em Pittsburgh, cujo teor foi publicado pela Revista *Transplantation Proceedings*. Sua defesa foi em favor da comercialização de rins entre pessoas vivas sem qualquer relação de parentesco[481].

A venda de órgãos não foi sugerida apenas entre vivos, mas também para após a morte do vendedor. L. R. Cohen foi um destes autores que afirmou que, neste mercado, os vendedores seriam mortos. Todo o embasamento que sustenta tais teses tem fundamento no estímulo que uma gratificação monetária pode significar para aqueles que pretendem despojar-se dos órgãos que lhes serviram de maquinário durante a vida. Assim, o pagamento em troca do recebimento de referidos órgãos não seria imoral, vez que configura uma contrapartida por um benefício futuro a ser auferido pelo comprador[482].

Dessa feita, resta cada vez mais claro o paradigma em que vive nossa sociedade, sendo certo que ao mesmo tempo em que a valorização do ser humano é símbolo das lutas e transformações de nosso século, também é cenário atual a patrimonialização das relações humanas, colocando-se o indíviduo como mercadoria de troca em negociatas de fundo mercantil.

Assim, Lucien Seve discorre:

> Aparentemente, basta, à partida, pôr o corpo, em pormenor, em equivalência com todas as outras mercadorias. Mas esta metamorfose de aparência puramente formal, onde alguns não veem qualquer mal, desqualifica, com um só golpe, a óptica Kantiana onde a inavaliável dignidade do ser humano proíbe absolutamente que sê de um preço. Mesmo antes de as conseqüências terem tido tempo para se desenvolver, a ética do respeito está já afastada em princípio, pois aquilo que se troca contra um equivalente pode ser tratado como puro meio. O valor econômico suplanta o valor ético. No lugar do ser humano, é o dinheiro que vai desempenhar o papel piloto de fim em si: personificação desta coisa e coisificação da pessoa são os corolários[483].

Roberto de Aguiar, neste sentido, pontua o seguinte:

> A crescente descorporificação do ser humano possibilita, na atualidade, a maior fluidez dos controles sociais, pois, além de abstraí-lo, torna-o mais apto para sofrer considerações quantitativas, menos sensíveis, com

---

[481] GARRAFA, Volnei. *O Mercado de Estruturas Humanas.* Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/revista/bio2v1/mercado.html. Acesso em: 21 set. 2009.
[482] Idem.
[483] SÉVE, Lucien. **Para uma crítica da razão bioética**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994. p. 101.

> pretensão à objetividade e estatuto da verdade. O sujeito de direitos de nosso código civil é a expressão mais acabada dessa visão. Não mais o cidadão e seus dramas e demandas, não mais a sociedade clivada por assimetrias de todos os gêneros, mas o particular desencarnado, anônimo, que chega a se confundir, apesar da separação, com as pessoas jurídicas[484].

Não se pode olvidar que a pessoa humana é centro da existência das relações que deram origem ao Direito, bem como é responsável pela sustentação do modelo social tal qual vigente. Sendo assim, coisificar o sujeito de direitos ou puramente patrimonializar suas garantias é admitir que o conceito capitalista de sociedade prepondera acima de toda dignidade que deve ser reconhecida à pessoa humana.

Dessa feita, o resgate da primazia do ser humano sobre todas as coisas deve ser o principal objetivo de uma teoria do direito que se intitule teoria do direito civil[485]. Da mesma sorte, remodular antigos conceitos ou elastecer figuras sacramentadas em dispositivos normativos é de necessidade vital para a preservação da justiça dentro de um sistema que se denomine de Direito.

Nesse sentido, faz-se um paralelo com a situação do anencéfalo, vez que muitos dos defensores da ausência de sua personalidade justificam-se frente à possibilidade de doação de seus órgãos, o que evidencia um pensamento utilitarista, que tem como fim último uma terceira pessoa que ainda não participa desta relação. Logo, garantir o nascimento de um ser apenas para que ele sirva de instrumento biológico para a manutenção de outra vida, desqualificando por completo sua existência como pessoa, é reduzir uma das possíveis formas humanas a um maquinário de utilização médica.

Ainda que seja possível a doação de órgãos vitais a outros recém-nascidos com maiores probabilidades de preservação da vida, não há como sustentar a ausência de personalidade daqueles que vêm a este mundo desprovidos de uma função cerebral compatível com a existência humana por longos anos.

---

[484] AGUIAR, Roberto A. R. de. Alteridade e rede no direito**. Revista Veredas do Direito**. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara, n. 6, v. 3, p. 13, jul.-dez. 2006.

[485] "Restaurar a primazia da pessoa é assim o dever número um de uma teoria do direito que se apresente como teoria do direito civil [...]é esta centralização do regime em torno do homem e dos seus imediatos interesses que faz do direito civil o *foyer* da pessoa, do cidadão mediano, do cidadão puro e simples" (CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica** – seu sentido e limites. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981. p. 53-54).

Interessante destacar que a afirmativa de que a personalidade se encerra com a morte[486], a despeito de sua clareza redacional, não encerra em si um conceito único, uma vez que existem diversos tipos de morte.

Dessa feita, convém lembrar a figura da morte civil, muito comum em tempos antigos, quando uma pessoa era condenada a longas penas de prisão, entre outras situações. Também era considerado morto aquele que tinha seu estado reduzido à escravidão.

Estas hipóteses de morte, contudo, não encerravam consigo a personalidade do ser humano, significando, apenas, reduções em sua capacidade, com reflexos em suas relações civis.

A hipótese de morte civil, a despeito de ter sido abolida de nosso ordenamento há algum tempo, como se observa na redação do art. 5.º, XLVII, da CF/88, ainda reflete em nossa legislação. Esse é o caso do art. 1.816 do Código Civil Brasileiro, segundo o qual, ao tratar do herdeiro indigno, determina que "são pessoais os efeitos da exclusão; os descendentes do herdeiro excluído sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão", enquanto seu parágrafo único dispõe que "o excluído da sucessão não terá direito ao usufruto ou à administração dos bens que a seus sucessores couberem na herança, nem à sucessão eventual desses bens".

O Dec.-lei 3.038, de 10 de fevereiro de 1941, o qual estatui as hipóteses de declaração de indignidade para o oficialato, traz outra hipótese de resquício de morte civil em nosso ordenamento. O art. 7 de referido diploma legal estabelece que "uma vez declarado indigno do oficialato, ou com ele incompatível, perderá o militar seu posto e respectiva patente, ressalvada à sua família o direito à percepção das suas pensões, como se houvesse falecido".

Além da morte civil, existem outras situações nas quais se entende estar o sujeito morto. São os casos de morte presumida e de justificação do óbito.

A morte presumida encontra-se prevista no art. 7.º do Código Civil brasileiro, destacando-se duas possibilidades para sua decretação:

> I – se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;
> II – se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.

[486] Código Civil brasileiro: "Art. 6.º A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva".

Destaca-se que o esgotamento das buscas e averiguações é requisito essencial para que possa ser uma morte declarada como presumida, sendo dever do julgador fixar uma data provável do falecimento[487].

Outra hipótese encontrada em nosso ordenamento é a da justificação do óbito, prevista no art. 88 da Lei de Registros Públicos nos seguintes termos:

> Art. 88. Poderão os Juízes togados admitir justificação para o assento de óbito de pessoas desaparecidas em naufrágio, inundação, incêndio, terremoto ou qualquer outra catástrofe, quando estiver provada a sua presença no local do desastre e não for possível encontrar-se o cadáver para exame. (Renumerado do art. 89 pela Lei 6.216, de 1975).
>
> Parágrafo único. Será também admitida a justificação no caso de desaparecimento em campanha, provados a impossibilidade de ter sido feito o registro nos termos do artigo 85 e os fatos que convençam da ocorrência do óbito.

A situação de ausência é outra hipótese de presunção de morte, encontrando-se disciplinada no art. 6.º do Código Civil. A declaração da ausência gera todos os efeitos relativos à morte quando da abertura da sucessão definitiva.

O assento de óbito deve ser realizado, segundo o art. 77 da Lei de Registros Públicos brasileira, preferencialmente em conformidade com o atestado médico, mas caso não se encontre tais profissionais no local, deve ser atestado por duas pessoas qualificadas que tenham presenciado ou verificado a morte.

A Lei 6.015/1973, em seus arts. 77 a 88, regula o registro dos óbitos ocorridos em território nacional, mas não define qual tipo de morte dará ensejo ao registro público competente para declarar a cessação da existência do indivíduo.

Dessa feita, é inegável a complexidade da singela frase que contempla o fim da personalidade com o momento da morte, sem determinar de modo mais aprofundado qual tipo de morte teria preferência sobre os demais.

Atualmente, trazendo à baila mais um elemento complicador, a lei que cuida do transplante de órgãos e tecidos traça o conceito de morte encefálica, impondo a cessação irreversível da atividade cerebral como derradeiro momento de sua existência. No Brasil esta lei recebeu o número 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, enquanto em Portugal ela data de 28 de agosto de 1999, recebendo o número 141.

---

[487] Art. 7.º, parágrafo único, do CC/2002: "A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento".

Aliás, a lei portuguesa de número 141/09 em seu sumário indica que ela "estabelece os princípios em que se baseia a verificação da morte", sem especificar neste momento de qual tipo de morte se trata, o que demonstra, de forma clara, a prevalência do critério de morte encefálica no que tange ao fim da personalidade.

Assim, a problemática surge quando verificamos que, em termos biológicos, a morte de um ser humano pode ser diagnosticada tanto pela morte encefálica, como pela cessação completa da atividade cerebral, circulatória e respiratória.

Antônio Chaves traça as principais espécies de morte, catalogando-as da seguinte forma:

> A morte ocorre em vários níveis e pode se estabelecer que haja: 1 – morte focal, traduzida, por exemplo, por um pé que gangrena ou uma vesícula biliar que necrosa. É morte parcial e leva à mutilação do corpo; 2 – morte cardíaca corresponde à parada definitiva do coração. É o que se pode chamar morte cartorial. Trata-se de conceito antigo; 3 – morte cerebral conseqüente a curto período de anoxia, levando ao amolecimento cortical difuso. Três minutos de falta de ventilação são suficientes para decorticar um paciente que terá, daí em diante, apenas vida vegetativa, ou seja, ficará inconsciente mas respirando e com o coração batendo. Estará definitivamente desligado da vida exterior. (...) 4 – morte encefálica, quando todos os comandos da vida se interrompem, e se instala o silêncio encefálico. Não emana impulso de nenhum centro nervoso. Trata-se da morte real; é o diagnóstico científico de morte; 5 – morte biológica ao término da rigidez cadavérica, em que toda catalepsina ativada pela anoxia determinou a autólise: o processo termina, para todo o organismo, 24 horas após a morte cardíaca[488].

Fato é que desde o momento do nascimento o ser humano morre um pouco a cada dia. Nossas células enfrentam um processo inexorável de envelhecimento tão logo o ser humano adquire autonomia de vida em relação ao útero materno.

Aliás, se é bem verdade que morremos um pouco a cada dia, também é fato incontroverso que mesmo após o diagnóstico da morte de um ser humano algumas células continuam a se desenvolver, demonstrando, segundo estudos mais recentes, uma atividade celular compatível com a vida.

Dessa feita, segundo o Dr. Aldo Toschi, Conselheiro da Sociedade Brasileira de Dermatologia, as células humanas permanecem vivas mesmo após a constatação de uma parada cardíaca ou de uma morte cerebral. Segundo ele, "'a morte celular dependerá de reservas próprias e de intoxicação por acúmulo de detritos não removidos com a parada da circulação sanguínea". Constata-se, então, que cada célula de um organismo tem um prazo

[488] CHAVES, Antônio**. Direito à vida e ao próprio corpo**... cit., p. 58-59.

de vida diferenciado do seu conjunto, de modo que alguns tecidos, como pele, cabelos e unhas podem continuar a serem produzidos por certo tempo além túmulo[489].

Mácio Palis Horta explica:

> (...) morrem primeiro os tecidos mais dependentes do oxigênio em falta, sendo o tecido nervoso o mais sensível de todos. Três minutos de ausência de oxigenação são suficientes para a falência encefálica que levaria à morte encefálica ou, no mínimo, ao estado permanente de coma, em vida vegetativa[490].

Segundo Sílvio de Salvo Venosa:

> Modernamente, a morte será diagnosticada com a paralisação da atividade cerebral, circulatória e respiratória. Mas uma pergunta, inelutavelmente, deve ser feita pelo jurista: já não terá ocorrido a morte quando toda a atividade cerebral esteja paralisada, mantendo-se um simulacro de vida, inviável, mercê de um sem-número de aparelhos altamente sofisticados? A crônica de nossos jornais está repleta de exemplos nesse sentido.
>
> A resposta há de ser afirmativa. Quando a atividade cerebral se mostra irremediavelmente perdida, não se pode negar que exista morte. Pode o jurista considerá-la como tal? Ao que parece a pergunta ainda levará algum tempo para ser respondida, mas nos inclinamos pela afirmativa.
> Em que pese a morte tudo findar, há incontáveis conseqüências jurídicas que dela decorrem: apenas como exemplo, podemos citar que, pelo art. 354, a legitimação dos filhos falecidos aproveita a seus descendentes no sistema do Código anterior; o art. 948 (antigo, art. 1.537) prevê a indenização em caso de homicídio, e o art. 951 (antigo, art. 1.545) manda que os médicos satisfaçam ao dano sempre que agirem com culpa.
>
> Além de tudo, a honra dos mortos é protegida em prol dos vivos, seus parentes, em homenagem a sentimentos com relação às pessoas caras[491].

Fato incontestável é a tendência legislativa em determinar alguns momentos como sendo os derradeiros na existência de uma pessoa, sem que necessariamente tenham sido de fato o momento da morte celular completa do indivíduo.

Comprovam este fato a morte encefálica, a figura da comoriência[492] e as hipóteses de morte presumida, todas as quais fazem cessar, por completo, direitos e garantias dedicados exclusivamente aos seres dotados de vida.

---

[489] TOSCHI, Aldo. **Por que unhas e cabelos continuam crescendo depois da morte?** Disponível em: http://noticias.terra.com.br/educacao/vocesabia/noticias/0,,OI4608829-EI8399,00-Por+que+unhas+e+cabelos+continuam+crescendo+depois+da+morte.html. Acesso em 20 maio 2011.

[490] HORTA, Márcio Palis. Eutanásia – Problemas éticos da morte e do morrer. **Bioética**, Brasília, n. 1, p. 29, v. 7, 1999.

[491] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil** – Parte geral, pp. 196-197.

[492] Art. 8.º do CC/2002: "Se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos."

A morte encefálica, dentre todos os tipos de morte, é a que mais interessa para o presente trabalho. Sua definição reside na "ausência de todas as funções neurológicas", sendo este o critério legal de morte segundo o Ministério da Saúde[493].

O termo morte cerebral, a despeito de muito utilizado, não é tecnicamente o mais correto, vez que o cérebro compreende o telencéfalo e o diencéfalo, não abrangendo o tronco encefálico, de modo que a completa disfunção deste último é que consite no fator determinante para o diagnóstico de morte encefálica. Assim, este tipo de morte representa um estado clínico irreversível, no qual as funções cerebrais, compreendendo o telencéfalo e o diencéfalo, bem como as funções do tronco encefálico encontram-se comprometidas de modo irremediável[494].

A morte encefálica, então, deve ser permanente e irreversível, de modo que eventuais reflexos espinhais, como é o caso de alguns movimentos ou contrações musculares, não alteram o diagnóstico de morte encefálica[495].

Conforme já mencionado anteriormente, são cinco os critérios a serem observados para se atestar a morte cerebral de um ser humano:

i) Perda de todo o sentido ambiente;
ii) Debilidade total dos músculos;
iii) Paralisação espontânea da respiração;
iv) Colapso da pressão sanguínea no instante em que deixa de ser mantida artificialmente;
v) Traçado absolutamente linear de eletroencefalograma[496].

Ademais, é de fulcral importância ressaltar que a morte encefálica não se confunde com o estado de coma, de modo que este último não enceta o fim da vida de uma pessoa. O comatoso é um sujeito vivo, que se encontra em estado de inconsciência, mas ainda possui vida, sendo este um estado reversível.

Segundo, ainda, o Ministério da Saúde, o horário a ser declarado no atestado de óbito como hora do falecimento é exatamente aquele em que foi realizado o diagnóstico da

---

[493] **Morte encefálica**. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/html/pt/dicas/146morte_encefalica.html. Acesso em: 06 maio 2011.
[494] MORATO, Eric Grossi. Op. cit., p. 230.
[495] **Morte encefálica**. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/html/pt/dicas/146morte_encefalica.html. Acesso em: 06 maio 2011.
[496] GOGLIANO, Daisy. **Pacientes terminais**... cit., p. 150.

morte encefálica. Assim, "esta é a hora que deve constar no atestado de óbito. A hora da morte não é a hora da retirada do ventilador"[497].

Esta também é a posição de Eric Grossi Morato:

> (...) a maioria das pessoas entende a ausência de incursões ventilatórias pulmonares ou de batimentos cardíacos, de forma cartesiana, como a iminência da morte. Porém, o que nos faz humanos é a atividade vigorosa e incessante de trilhões de neurônios localizados no encéfalo, logicamente, a cessação irreversível dessa atividade encefálica determina a morte humana[498].

Continua ele dizendo que a morte encefálica "é a constatação irremediável e irreversível da lesão central nervosa e significa morte, seja clínica, legal e/ou social"[499], e conclui que "o paciente é considerado, após o diagnóstico de ME, sob o aspecto legal, ético e moral, um cadáver. Deve ser mantido o respeito, entretanto, a instituição terapêutica é inútil"[500].

Aliás, convém mencionar que a Resolução 1.826 do Conselho Federal de Medicina, em seu art. 2.º dispõe expressamente que "a data e hora registradas na Declaração de Óbito serão as mesmas da determinação de morte encefálica"[501].

Imperioso ressaltar que o diagnóstico de morte encefálica é, contudo, ainda mais complexo quando o paciente apresenta poucos dias de vida. A ausência de uma formação biológica completa diminui a segurança na avaliação de uma morte encefálica, sendo mais arriscado diagnosticar uma morte tão prematura.

Dessa feita, critérios mais rígidos para constatação de morte encefálica são aplicados quando constatada a imaturidade do sistema nervoso central da criança, ressaltando-se que tal diagnóstico somente é possível após o sétimo dia de vida do recém-nascido. Dos sete dias até os dois meses de vida, os exames clínicos devem ser realizados com um intervalo de 24 horas, sendo necessário, também, a realização de dois eletroencefalogramas. As crianças com dois meses até dois anos para serem diagnosticadas com morte encefálica devem apresentar eletroencefalograma isoelétrico, sendo imperioso respeitar o intervalo de 12 horas entre os exames clínicos exigidos.

---

[497] **Morte encefálica**. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/html/pt/dicas/146morte_encefalica.html. Acesso em: 06 maio 2011.
[498] MORATO, Eric Grossi. Op. cit., p. 228,
[499] Idem, p. 228.
[500] Idem, p. 230.
[501] Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM 1.826, 24 out. 2007. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 06 dez. 2007. Seção I, p. 133. Disponível em: Conselho Federal de Medicina. **Res. CFM 1.826**, 24 out. 2007. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 06 dez. 2007. Seção I. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2007/1826_2007.htm. Acesso em: 03 jun. 2011.

A situação de coma também é diferenciada em pacientes de tenra idade, sendo as causas mais comuns a encefalopatia hipóxicoisquêmica e o traumatismo crânioencefálico, responsáveis por mais de 80% dos diagnósticos[502].

Enfim, conforme já mencionado, o conceito de morte encefálica ingressou no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, a qual disciplina em seu texto a remoção de órgãos e partes do corpo humano para fins de transplante. Dessa feita, reza o art. 3º de referida lei:

> A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos 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.

Convém mencionar que a redação de referido dispositivo deu origem à Resolução 1.480/1997 do Conselho Federal de Medicina, de 08 de agosto de 1997, a qual estabelece a irreversibilidade da causa que determina o diagnóstico da morte encefálica. Referida resolução traz, em seus arts. 4.º e 5.º, disposições de elevada importância para o estudo da morte encefálica:

> Art. 4º. Os parâmetros clínicos a serem observados para constatação de morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supraespinal e apneia.
>
> Art. 5º. Os intervalos mínimos entre as duas avaliações clínicas necessárias para a caracterização da morte encefálica serão definidos por faixa etária, conforme abaixo especificado: a) de 7 dias a 2 meses incompletos – 48 horas; b) de 2 meses a 1 ano incompleto – 24 horas; c) de 1 ano a 2 anos incompletos – 12 horas; d) acima de 2 anos – 6 horas.

Importante ressaltar que a comunidade médica não atingiu o consenso no que tange à constatação da morte encefálica, de modo que alguns doutrinadores apontam falhas existentes nos testes previstos pela resolução do CFM.

Neste sentido, Cícero Galli Coimbra destaca:

> (...) o denominado 'teste da apneia', correntemente utilizado como parte integrante de protocolos 'diagnósticos' de morte encefálica (ao longo do qual o respirador é desligado por dez minutos), traz riscos inegáveis para a vitalidade do encéfalo do paciente em coma, no qual o estado de

[502] MORATO, Eric Grossi. Op. cit., p. 231.

> irresponsividade, mesmo quando associada à ausência de reflexos cefálicos, pode dever-se à sustentação de déficits circulatórios parciais, próprios da chamada penumbra isquêmica, situação em que o tecido nervoso permanece inerte ao longo de muitas horas, mas mantém-se potencialmente recuperável na dependência da restauração, espontânea ou terapeuticamente induzida, dos níveis circulatórios normais[503].

Importante documento que consagrou a definição de morte encefálica no mundo moderno foi *The Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death*, de modo que, em seu preâmbulo, foi consagrado o principal objetivo, qual seja, traçar a definição de coma irreversível como um novo critério de morte[504].

Esta redação, contudo, não passou isenta de críticas, as quais foram severamente tecidas por Peter Singer, segundo quem:

> (...) there are two striking aspects of this opening paragraph. The first is that the Harvard Committee does not even attempt to argue that there is a need for a new definition of death because hospitals have a lot of patients in their wards who are really dead, but are being kept attached to respirators because the law does not recognize them as dead. Instead, with unusual frankness, the committee said that a new definition was needed because irreversibly comatose patients were a great burden, not only on themselves (why to be in an irreversible coma is a burden to the patient, the committee did not say), but also to their families, hospitals, and patients waiting for beds. And then there was the problem of "controversy" about obtaining organs for transplantation[505].

Prossegue referido doutrinador atestando que um rascunho anterior à redação definitiva deste documento era mais claro e sincero, transparecendo o objetivo principal da nova definição de morte, qual seja: assegurar que tecidos e órgãos de pacientes com ausência de resposta encefálica pudessem ser transplantados para pacientes de recuperação

---

[503] COIMBRA, Cícero Galli. **Apnéia na morte encefálica**. Disponível em: http://www.unifesp.br/dneuro/apnea.htm. Acesso em: 20 jun. 2011.

[504] "Our primary purpose is to define irreversible coma as a new criterion for death. There are two reasons why ther is a need for a definition: (1) Improvements in resuscitative and supportive measures have led to increased efforts to save those who are desperately injured. Sometimes these efforts have only a partial success so that the result is an individual whose heart continues to beat but whose brain is irreversibly damaged. The burden is great on patients who suffer permanent loss of intellect, on their families, on the hospitals , and on those in need of hospitals beds already occupied by these comatose patients. (2) Obsolete criteria for the definition of death can lead to controversy in obtaining organs for transplantation" (SINGER, Peter. Is the sanctity of life ethic terminally ill? KUHSE, Helga; SINGER, Peter (coord). **Bioethics an antology**. 2. ed. Oxford and Malden: Blackwell Publishing, 2006. p. 345).

[505] Idem, p. 345.

possível. Esta conotação utilitarista, contudo, foi retirada na redação definitiva pelo conselho do Dr. Ebert, ocultando o mote que deu origem a esta nova definição de morte[506].

Um estudo realizado entre médicos e enfermeiros que trabalham com pacientes em estado de morte encefálica mostrou que um a cada três deles pensavam que pessoas com morte encefálica poderiam ser classificadas como mortas, isso porque elas estariam "irreversivelmente morrendo" ou porque teriam uma "inaceitável qualidade de vida"[507].

Este resultado passou pelo crivo de Peter Singer, o qual chegou a duas possíveis explicações para esta resposta:

> One possible explanation is that, even though people know that the brain dead are dead, it is just too difficult for them to abandon obsolete ways of thinking about death. Another possible explanation is that people have enough common sense to see that the brain dead are not really dead. I favour this second explanation. The brain death criterion of death is nothing other than a convenient fiction. It was proposed and accepted because it makes it possible for us to salvage organs that would otherwise be wasted, and to withdraw medical treatment when it is doing no good. On this basis, it might seem that, despite some fundamental weaknesses, the survival prospects of the concept of brain death are good. But there are two reasons why our present understanding of brain death is not stable. Advances in medical knowledge and technology are the driving factors[508].

Dessa feita, na visão de Peter Singer, o conceito de morte encefálica não passa de uma "ficção prática" cujo objetivo último é a obtenção de órgãos para fins de transplantes, bem como para impor um término a tratamentos médicos inúteis. Este entendimento é alargado por Laura Siminoff, segundo quem "even cardio-pulmonary death can be considered a fiction, as it is certainly the case that electrical activity in the brain can continue for a span of time after the heart and lungs cease to function"[509].

Aliás, toda esta discussão acerca dos critérios que definem o exato momento da constatação da morte encefálica leva à conclusão de que a cessação da atividade cerebral que realmente importa é aquela relacionada à consciência. Assim, a preocupação que deve rondar este conceito deve estar focalizada na pessoa e não em seu corpo[510], o que vem a confirmar a frase de Henry Beecher: "the individual´s personality, his conscious life, his

---

[506] Idem, p. 345-346.
[507] YOUNGNER, Stuart et al. Brain death and organ retrieval: a cross-sectional survey of knowledge and concepts among health professionals. **Journal of the American Medical Association**, n. 261, 1990. P. 2.209.
[508] SINGER, Peter. **Is the sanctity of life ethic terminally ill?** cit., pp. 347.
[509] SIMINOFF, Laura A. The dead donor rule: not dead yet**. The American Journal of Bioethics**, n. 1, v. 3, p. 30, winter 2003.
[510] SINGER, Peter. **Is the sanctity of life ethic terminally ill?** cit., pp. 348.

uniqueness, his capacity for remembering, judging, reasoning, acting, enjoying, worrying, and so on (...)"[511].

Importante caso a ser mencionado é o de Nancy Beth Cruzan, conhecido como Cruzan v. Harmon, referente a uma mulher que se encontrava em estado de inconsciência por oito anos, tendo sua vida mantida por aparelhos. O voto do Mnistro Stevens declarou o seguinte:

> Life, particularly human life, is not commonly thought of as a merely physiological condition or function. Its sanctity is often thought to derive from the impossibility of any such reduction. When people speak of life, they often mean to describe the experiences that comprise a person's history, as when it is said that somebody 'led a good life'. They may also mean to refer to the practical manifestation of the human spirit, a meaning captured by the familiar observation that somebody "added life" to an assembly. If there is a shared thread among the various opinions on this subject, it may be that life is an activity which is at once the matrix for and an integration of a person's interests. In any event, absent some theological abstraction, the idea of life is not conceived separately from the idea of a living person. Yet, it is by precisely such a separation that Missouri asserts an interest in Nancy Cruzan's life in opposition to Nancy Cruzan's own interests. The resulting definition is uncommon indeed[512].

Essa posição, aliás, contraria frontalmente as palavras de John Keown:

> (…) traditional medical ethics (...) never asks whether the patient´s lfe is worthwhile, for the notion of a worthless life is as alien to the Hippocratic tradition as it is to English criminal Law, both of which subscribe to the principle of the sanctity of human life which holds that, because all lives are intrinsically valuable, it is always wrong intentionally to kill an innocent human being[513].

Dessa feita, resta evidente que, a despeito de opiniões em sentido contrário, a santidade da vida humana não é mais considerada sem passar pela análise de sua qualidade. A conclusão é de que nem toda vida humana possui o mesmo valor, de modo que o nível de consciência do indivíduo, bem como a qualidade de sua vida, são fatores

---

[511] BEECHER, Henry. **The new definition of death, some opposing views**. Artigo não publicado apresentado durante o encontro da American Association for Advancement of Science, dez. 1970, p. 4 apud SINGER, Peter. **Is the sanctity of life ethic terminally ill?** cit., p. 348.

[512] STEVENS, J. Dissenting Opinion. Supreme Court of the United States, 497 U.S. 261, Cruzan by Cruzan v. Director, Missouri Department of Health, Certiorari To The Supreme Court of Missouri, n. 88-1503 argued: Dec. 6, 1989, decided: june 25, 1990. Disponível em: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0497_0261_ZD1.html. Acesso em: 08 jul. 2011.

[513] KEOWN, John. **Courting euthanasia?** Tony Bland and the Law Lords, Ethics & Medicine, 93 (1993), p. 36 apud SINGER, Peter. **Is the sanctity of life ethic terminally ill?** cit., p. 350.

imprescindíveis de serem analisados quando o assunto tangencia conceitos tão profundos como morte e vida.

Essa discussão vem de encontro com a temática do anencéfalo, vez que as dúvidas que pairam sobre a existência de sua personalidade repousam nos critérios de morte enecefálica. Neste ponto, Norman Fost afirma:

> Some critics expressed concern at the time that, if death could be redefined for utilitarian purposes, it could be redefined again at a better time, possibly threatening more vulnerable groups, such as those with severe brain damage but not brain death, or the demented or the retarded. This prediction came true when efforts to retrieve organs from anencephalic infants met legal obstacles, since brainstem activity in such infants renders them legally alive. Proponents of organ retrieval in such cases tried to persuade legislatures to redefine such infants as dead or outside the scope of the brain-death law, so their organs could be retrieved[514].

Esta posição doutrinária demonstra de forma clara que a discussão sobre o transplante de órgãos de anencéfalos não foge da visão utilitarista que permeia esta temática. Dessa feita, a existência de vida em seres humanos anencéfalos seria um obstáculo para a efetivação deste intuito, de modo que apenas a modificação legislativa seria capaz de possibilitar o aproveitamento de órgãos daqueles que certamente não sobreviverão.

Neste mesmo sentido, o autor retromencionado discorre afirmando o que segue:

> Removing organs from infants with anencephaly for the purpose of transplantation seems to be such an eminently desirable activity that for many the controversy over it is puzzling. Potentially hundreds of lives of terminally ill children could be saved with hearts, livers, or kidneys. Much of the pressure for such organ donation in fact comes from parents of anencephalic infants, who tipically see such transplantations as in their interests. Removal of organs would not seem to violate any interests of the anencephalic infant, whose imminent death is certain and who presumably is incapable of experiencing pain or discomfort. And expanding the availability of organs in this way has long been advocated by physicians at the forefront of organ transplantation[515].

Os nascidos anencéfalos encerram em si a complexidade do dilema que envolve a morte encefálica, de modo que Maria Lúcia Fernandes Penna defende a tese de que o feto

---

[514] FOST, Norman apud CRUZ, Manuel Jorge Santos da Silva. **O conceito de morte cerebral numa perspectiva ética**. 2003, 140 f., Dissertação (Mestrado em Bioética e Ética Médica) – Faculdade de Medicina da Universidade do Porto. Porto, 2003. p. 37.

[515] FOST, Norman. **Organs from anencephalic infants**: an idea whose time has not yet come. **The Hastings Center Report**, n. 5, v. 18, p. 5-10, oct.-nov. 1988. Disponível em: http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/3225191. Acesso em: 08 ago. 2011.

anencefálico é um feto morto, tendo em vista prevalecer o conceito de morte neurológica. Ela complementa através das seguintes palavras:

> (...) esse feto, mesmo que levado a termo, não terá nem um segundo de consciência, não poderá sentir dor, ver, ouvir – em resumo, não poderá experimentar sensações. É, portanto, um feto morto porque não há potencialidade de se tornar uma pessoa, não há possibilidade de consciência devido à ausência de córtex cerebral[516].

A morte encefálica, contudo, tal qual concebida nas bases legais atuais não englobaria o anencéfalo, vez que este não apresenta a ausência total das funções cerebrais, preservando aquelas de cunho vegetativo. Dessa feita, Manuel Sabino Pontes discorre:

> (...) na anencefalia, a inexistência das estruturas cerebrais (hemisférios e córtex) provoca a ausência de todas as funções superiores do sistema nervoso central. Estas funções têm a ver com a existência da consciência e implicam na cognição, percepção, comunicação, afetividade e emotividade, ou seja, aquelas características que são a expressão da identidade humana. Há apenas uma efêmera preservação de funções vegetativas que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e as dependentes da medula espinhal. Esta situação neurológica corresponde aos critérios de morte neocortical (*high brain criterion*), enquanto que, a abolição completa da função encefálica define a morte cerebral ou encefálica (*whole brain criterion*)[517].

A lei americana também não inclui os anencéfalos quando trata da morte encefálica. Contudo, um Comitê em Michigan posicionou-se favoravelmente ao ideário de tratar os anencéfalos nascidos como doadores de órgãos, vez que o diagnóstico desta anomalia traz consigo a certeza da inexistência física de uma formação encefálica compatível com algum nível de consciência[518].

Dessa feita, é inegável o impacto que o conceito de morte encefálica tem sobre a situação jurídica dos anencéfalos, tanto em sua fase gestacional quanto após o nascimento. Existem posições em sentidos opostos, o que confirma a ausência de consenso acerca de conceitos basilares em nossa existência, tais quais os próprios conceitos de vida e de morte.

---

[516] PENNA, Maria Lúcia Fernandes. Anencefalia e morte cerebral (neurológica). **Physis. Rev. Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 1, p. 95- 106, jan.-jun. 2005. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1590/S0103-73312005000100005 e http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73312005000100006&script=sci_arttext. Acesso em: 08 ago. 2011.

[517] PONTES, Manuel Sabino. **A anencefalia e o crime de aborto: atipicidade por ausência de lesividade.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 859, 9 nov. 2005. Disponível em: http://jus.uol.com.br/revista/texto/7538. Acesso em: 12 jul. 2011.

[518] ETHICS AND SOCIAL IMPACT COMMITTEE. **Anencephalic infants as sources of transplantable organs by the Ethics and Social Impact Committee**. Transplant Policy Center, Ann Arbor, New York: MI. **Hastings Center Report**, n. 5, p. 28-30, v. 18, 1988.

A personalidade jurídica tem seu fim no exato instante em que também se finda a vida, de modo que qualquer conceito de morte adotado teria o condão de gerar tal consequência.

A morte encefálica, como espécie de morte que é, reserva com seu diagnóstico a lavratura do atestado de óbito, o qual deve vir acompanhado da doação de órgãos e tecidos daquele indivíduo para justificar a aplicação desta lei.

O que se destaca nesta discussão, contudo, é se os critérios de morte encefálica podem ser aplicados ao anencéfalo, o que desde já se ressalta que não. Seja pela sua tenra idade, seja pela presença de atividade do tronco encefálico, o anencéfalo não é um natimorto cerebral, motivo pelo qual se sustenta a presença de personalidade jurídica a lhe resguardar direitos e obrigações consagrados pelo ordenamento, conforme restará comprovado adiante.

5.4. EFEITOS CIVIS DA DECRETAÇÃO DE MORTE

A decretação da morte de um ser humano traz consigo consequências irreversíveis no campo jurídico, sendo responsável pelo fim de diversas relações patrimoniais e não patrimoniais. A morte encerra não apenas uma vida, mas também toda carga adquirida durante a jornada de uma pessoa.

É inegável que, neste momento, as implicações patrimoniais são as de maior relevo, tanto que o Código Civil dedica um de seus livros inteiro a esta temática, ou seja, o Livro V do Código Civil trata exclusivamente da sucessão.

Corroborando este entendimento, afirma Maria Helena Diniz que "a morte natural é o cerne de todo direito sucessório, pois ela determina a abertura da sucessão, uma vez que não se compreende sucessão, sem o óbito do de cujus, dado que não há herança de pessoa viva"[519].

Aliás, ressalta-se que mencionada doutrinadora traça a abertura da sucessão como decorrência da morte natural, transparecendo o entendimento de que outros tipos de morte não operam a transmissão do patrimônio do *de cujus* de forma imediata.

Dessa feita, um dos principais efeitos que decorre da morte de um indivíduo é a abertura da sucessão, de modo que, pelo efeito da *saisine*, todo o patrimônio é

[519] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6, p. 23.

imediatamente passado do *de cujus* para seus herdeiros, não havendo que se falar em intervalo em referida transmissão.

Segundo Kelly Aquotti Ruy,

> (...) o princípio de Saisine tem sua origem na Idade Média. Naquela época, quando ocorria a morte do servo seu patrimônio retornava ao senhor feudal. Este exigia dos sucessores um determinado pagamento para sua respectiva imissão. No entanto, os doutrinadores franceses, por volta do século XIII, chegaram à primeira conclusão doutrinária sobre o princípio de Saisine, marcando como característica básica a transmissão imediata dos bens do 'de cujus' aos seus sucessores. Assim, atualmente o nosso direito contempla este princípio, definindo a passagem de todos os bens do autor da herança, desde o momento em que abrir a sucessão, aos seus sucessores. Isto é, essa aquisição se dá independente de qualquer ato por parte dos herdeiros[520].

Compartilham desta mesma linha de pensamento Baudry-Lacantinerie e Wahl, segundo os quais, a despeito da origem histórica da *saisine* ser obscura, parece inegável que ela não adveio do direito romano, sendo mais coerente a afirmação de que sua fonte encontra respaldo na reação contra os abusos feudais[521].

A aquisição imediata da propriedade e posse dos bens que pertenciam ao falecido é uma das consequências da abertura da sucessão. Esta aquisição ocorre de forma imediata, sem a necessidade da prática de qualquer ato por parte dos herdeiros. A única averiguação feita neste momento diz respeito à capacidade sucessória.

Institutos como o da comoriência assinalam a importância na fixação exata do momento no qual ocorreu o último suspiro do sujeito. Um dos requisitos para que uma pessoa possa ser considerada herdeira de outra é estar viva no momento da morte desta última. Logo, ressalta-se mais uma vez a importância dos marcos que balizam a vida do ser humano, como o início de sua existência e o seu derradeiro momento.

Dessa feita, seguindo as lições de Caio Mário da Silva Pereira, cinco são os efeitos principais do princípio da *saisine*: i) abertura da herança no exato momento do óbito do *de cujus*, ou seja, a mutação subjetiva dos direitos patrimoniais é imediata; ii) transferência aos herdeiros dos direitos possessórios e de propriedade sobre os bens; iii) legitimidade *ad causam* dos herdeiros na defesa do patrimônio herdado; iv) transmissibilidade dos direitos e bens herdados aos sucessores do herdeiro falecido em momento posterior à abertura da sucessão, ainda que não tenha ele aceitado expressamente

---

[520] RUY, Kelly Aquotti. **Qual a origem do princípio de Saisine?** Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090211091038217. Acesso em: 19 jul. 2011.

[521] BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel; WAHL, Albert. **Traité théorique et pratique de droi civil. Des Successions.** Paris: L. Larose & Forcel, 1905. t. I, n. 139 e 141, v. VII, p. 102 e 105.

a herança; e v) consideração da herança como uma universalidade *juris*, sendo indivisível até o momento da partilha, de modo que sua transmissão por ato *inter vivos* deve respeitar esta indivisibilidade[522].

Este mesmo doutrinador esclarece que o direito romanista não previa o *droit de saisine*, nos seguintes termos:

> (...) na Idade Media, institui-se a praxe de ser devolvida a posse dos bens, por morte do servo, ao seu senhor, que exigia dos herdeiros dele um pagamento para autorizar a sua imissão. No propósito de defendê-lo dessa imposição, a jurisprudência no velho direito costumeiro francês, especialmente no Costume de Paris, veio a consagrar a transferência imediata dos haveres do servo aos seus herdeiros, assentada a fórmula: *Le serf mort saisit le vif, son hoir de plus proche*. Com efeito, no século XIII a saisine era referida num Aviso do Parlamento de Paris como instituição vigente e os *établissements* de St. Louis lhe apontam a origem nos Costumes de Orleans[523].

Outro efeito jurídico de suma importância consiste na perda dos direitos patrimoniais, os quais serão em sua integralidade destinados aos seus herdeiros. A vontade do *de cujus* pode até ser considerada no que tange ao destino *post mortem* de seus bens, como ocorre nos casos de existência de testamento.

Imperioso destacar que, mesmo nestes casos, não é a vontade de um sujeito falecido que se respeita, mas sim o desejo manifestado por um sujeito dotado de personalidade, vez que o escrito de última vontade foi vertido em tinta em momento no qual o sujeito não apenas era dotado de personalidade, como também de capacidade para testar.

Neste aspecto, verifica-se que para uma pessoa ser considerada hábil a deixar sua vontade em testamento é necessário que ela tenha capacidade de compreensão e de discernimento. Contudo, ao mesmo tempo em que se exige certa capacidade de direito para formalização de ato tão relevante, a um indivíduo relativamente incapaz é permitido testar sem o respaldo de seu assistente.

Outro efeito de significativa importância é a perda dos direitos patrimoniais pelo *de cujus*, efeito este intrinsecamente relacionado com a abertura da sucessão e com a perda da personalidade, sendo mais um viés econômico decorrente do óbito do indivíduo.

---

[522] PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil.** Direito das sucessões. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 6, p. 14-15.

[523] PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. Direito das sucessões**.** 3. ed. Rio de janeiro: Forense, 1980. v. 6, p. 15.

No que tange às relações contratuais, aquelas de cunho personalíssimo se encerram com o falecimento do indivíduo. Como a própria terminologia indica, nestes contratos não cabe a transferência para outra parte cumprir com os compromissos acordados, vez que a base do acordo de vontades repousa nas características pessoais do contratado.

Neste sentido, eminente julgado solidifica o quanto exposto:

> Civil – Fiança – Contrato *intuitu personae* – Morte do afiançado – Extinção da fiança.
> 1. Segundo a jurisprudência predominante no C. STJ, o contrato de fiança, por ser *intuitu personae*, extingue-se com a morte do afiançado, não podendo o fiador ser responsabilizado por obrigações contraídas após o óbito.
> 2. Embargos acolhidos, para excluir o embargante (fiador) do pólo passivo da ação de execução.
> 3. Sentença confirmada. (TRF-1.ª Reg., REO 5.573/DF 1999.34.00.005573-6, 6.ª T., j. 30.04.2001, rel. Daniel Paes Ribeiro).

Outro efeito de grande importância no que tange à decretação da morte do indivíduo é a extinção do usufruto, direito real sobre coisa alheia, que tem fundamento enquanto o usufrutuário estiver vivo.

Segundo Sílvio de Salvo Venosa, o usufruto é considerado um direito real de caráter transitório, ou seja, ele é feito para ser extinto em algum momento. Ele defere a seu titular os direitos de uso e gozo sobre um bem alheio durante um período, que pode ser vitalício ou, ainda, o condiciona a algum evento. O conceito em questão tem fundamento no artigo 713 do Código Civil de 1916[524].

O artigo 1.410, I do Código Civil estabelece de forma expressa que:

> Art. 1.410. O usufruto extingue-se, cancelando-se o registro no Cartório de Registro de Imóveis:
> I – pela renúncia ou morte do usufrutuário.

Dessa feita, resta evidente que a morte do usufrutuário encerra consigo o direito de usufruto, vez que sua essência personalíssima impede sua transmissão aos herdeiros do *de cujus*. Sendo assim, por mais longo que seja o período de duração do usufruto, não pode ele superar a vida do usufrutuário.

Saindo dos efeitos patrimoniais e adentrando as consequências de ordem extrapatrimonial temos a dissolução do vínculo matrimonial como decorrência da morte de

[524] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil** – Direitos reais cit., p. 423.

um dos cônjuges. O vínculo estabelecido entre duas pessoas pelo casamento é rompido pelo desfecho fatal de uma delas.

Transcreve-se o magistério de Humberto Eustáquio Soares Martins:

> Primeiro, a morte de um dos cônjuges, nela incluída a morte presumida por ausência, e o divórcio extinguem tanto a sociedade conjugal quanto o casamento. Na verdade, dissolver o casamento implica extinguir a sociedade conjugal, quando o inverso não é necessariamente verdadeiro. (...) Recorde-se que o art. 315, parágrafo único, do Código de 1916, expressamente excluía a morte presumida como causa de dissolução do matrimônio. Por mais duradouro que fosse o estado de ausência, ele não dissolvia o vínculo conjugal[525].

Sendo assim, os laços do matrimônio não se sustentam no *post mortem*, de modo que a viuvez garante a possibilidade de contrair novo matrimônio ou união estável, bem como encerra o regime de bens que vigia durante o casamento.

Outro efeito que não pode deixar de ser mencionado é a extinção da punibilidade do sujeito, sendo certo que não existe meio, nem jurídico nem físico, de imprimir uma punição a um sujeito já falecido[526].

Conforme apregoa a Carta Magna de nosso país, em seu art. 5.º, XLV, a pena não passará da pessoa do condenado, o que demonstra que a morte tudo apaga, ou seja, *mors omnis solvit*.

Trazendo à baila a explicação de Luiz Regis Prado:

> (...) a punibilidade é a aplicabilidade da pena, ou seja, a possibilidade jurídica de impor a sanção penal. Dessa forma, a punibilidade é mera condicionante ou pressuposto da conseqüência jurídica do delito (pena/medida de segurança)[527].

Walter Coelho, no que tange à morte do agente como fator extintivo da punibilidade, declara:

> (...) somente o homem, enquanto pessoa viva, poderá ser responsabilizado pela prática de crime, já que, com a morte, deixa ele de ser sujeito de direitos e obrigações, ocorrendo a extinção da punibilidade. Conquanto isso pareça óbvio, convém lembrar que nem sempre foi assim. Nem as pessoas mortas escapavam à fúria repressiva da fase que antecedeu o período humanitário do Direito Penal, como muito bem salienta Edmond Picard, em sua obra 'Le droit pur': 'Um morto é

---

[525] MARTINS, Humberto Eustáquio Soares. **Dissolução da sociedade conjugal no Código civil de 2002**: separação consensual judicial e extrajudicial**.** Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/24454/Dissolu%C3%A7%C3%A3o_Sociedade_Conjugal.doc.pdf. Acesso em: 20 jul. 2011.

[526] Art. 107, I, do CP: "Extingue-se a punibilidade pela morte do agente".

[527] PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro** – Parte Geral**.** 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. v. 1, p. 705.

> também, às vezes, considerado sujeito de direito. Na Idade Média, promoviam-se processos criminais contra cadáveres; a inquisição exumava-os, fazia-os citar, pronunciava contra eles penas póstumas e o confisco de bens que, antes do decesso, constituíam o patrimônio do defunto'[528].

A extinção do pátrio poder é outra consequência da declaração do óbito de um indivíduo. Assim, segundo se depreende do voto de Oetterer Guedes, desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e relator no julgamento da ApCiv 48.030.0/8-00, Comarca de Campos do Jordão, julgado em 01 de julho de 1999:

> Nem toda forma de perda do pátrio poder acarreta sua extinção. Somente aquelas definitivas, como v. g., decorrentes do casamento, da morte, da colação de grau ou da adoção. Daí decorre a conclusão de que a extinção sequer exige declaração judicial, operando-se no momento em que a incide a causa.

Nos dizeres de Maria Berenice Dias, transcritos abaixo:

> Perda é uma sanção imposta por sentença judicial, enquanto a extinção ocorre pela morte, emancipação ou extinção do sujeito passivo. A perda do poder familiar é sanção de maior alcance e corresponde à infringência de um dever mais relevante, sendo medida imperativa, e não facultativa[529].

O artigo 1635, I do CC/02 assenta as bases legais deste efeito, dispondo que:

> Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:
> I – pela morte dos pais ou do filho

Dessa feita, resta evidente que o derradeiro suspiro que separa a vida da morte rompe com a capacidade de ditar os rumos de sua prole, encerrando qualquer poder de determinação sobre os descendentes. Nem por testamento pode um pai ou uma mãe exercer o poder familiar no *post mortem*, vez que neste momento não existe mais tal poder a legitimar tais ordens ou decisões.

No campo dos direitos políticos, também encontramos consequências decorrentes da morte, vez que o *de cujus* não pode mais exercer tais direitos.

O art. 71 do Código Eleitoral, em seu inc. IV, estabelece como causa de cancelamento da inscrição eleitoral o falecimento do eleitor. A exclusão, em conformidade com a redação do art. 74 deste mesmo diploma legal, será processada *ex officio* pelo juiz eleitoral, sempre que este tiver conhecimento de qualquer das causas de cancelamento.

---

[528] COELHO, Walter. **Teoria geral do crime**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. v. 1, p. 48.
[529] DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 394.

Essa perda dos direitos políticos reflete no exercício de mandatos eletivos, sendo relevantes as considerações traçadas por José Afonso da Silva:

> Cassação é a decretação da perda do mandato, por ter o seu titular incorrido em falta funcional, definida em lei e punida com esta sanção.
>
> Extinção do mandato é o perecimento do mandato pela ocorrência de fato ou ato que torna automaticamente inexistente a investidura eletiva, tais como a morte, a renúncia, o não comparecimento a certo número de sessões expressamente fixado (desinteresse, que a Constituição elevada à condição de renúncia), perda ou suspensão dos direitos políticos.[530]

Por derradeiro, o mais importante de todos os efeitos no estudo que se realiza na presente tese é a extinção da personalidade de um indivíduo como conseqüência de seu óbito.

O art. 6.º do Código Civil brasileiro apregoa que "a existência da pessoa natural termina com a morte, presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva". Neste momento se encerram suas obrigações e, apesar de serem garantidos alguns direitos relacionados à memória das pessoas falecidas e ao resquício de sua dignidade, o sujeito que foi um dia de direitos passa a ser considerado, em alguns casos, como objeto de direitos.

Rafael Garcia Rodrigues, analisando o artigo em questão, coloca sua posição acerca da morte, concluindo seu pensamento da seguinte forma:

> (...) marca o término de nossa existência; pelo menos, é desta forma que encaramos a vida e este dado social condiciona o Direito, que, de acordo com o artigo 6.º do Código Civil de 2002, estabelece que a existência da pessoa natural termina com a morte. É este o único fato a possibilitar que cesse a personalidade, pois atualmente as ordens jurídicas modernas não aceitam a morte civil ou *capitis diminutio* como forma de punição ao condenado, resultando na perda do estado de livre ou cidadão e prossegue "apesar da morte em nosso sistema jurídico importar no término da personalidade, o ordenamento jurídico confere tutela à honra, à imagem, ao nome, enfim, a uma série de situações desprovidas de conteúdo patrimonial que são mantidas sob proteção mesmo após a morte do titular[531].

Maria Helena Diniz assevera:

> (...) a existência da pessoa natural cessa com a morte natural, ou presumida, devidamente registrada em registro público (CC, art. 9.º, I e IV), que determina o exato momento da abertura da sucessão, também

---

[530] SILVA, Jose Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 540.
[531] RODRIGUES, Rafael Garcia. Op. cit., p. 8-9.

> designado de devolução hereditária, pois a partir dele os herdeiros recebem, de mediato, a posse e a propriedade da herança[532].

A doutrina espanhola também compartilha deste entendimento, o qual é sedimentado nas palavras de José Manuel L. Del Río:

> (...) sólo el ser humano es persona física. Hoy, todo hombre es persona. De esta doble afirmación se deduce, as vez, una doble consecuencia: primera, que las cosas inanimadas y los animales no pueden ser sujetos (activos o pasivos) de derechos; segunda, que la personalidad únicamente puede reconocerse con la vida (con el nacimiento)[533].

Outra doutrinadora que compartilha deste entendimento é Maria de Fátima Freire de Sá, a qual escreve:

> Sabe-se que, juridicamente, a morte corresponde a fato jurídico, que traz como consequência a extinção da personalidade civil do ser humano, ao mesmo tempo em que acaba com todas as possibilidades de exercício de situações subjetivas, sejam elas direitos subjetivos, faculdades, ônus, direitos potestativos, poderes etc[534].

Roberto Senise Lisboa tem posicionamento análogo, acrescentando que a comprovação do óbito compete àquele que deseja exercer direitos decorrentes do falecimento de um indivíduo[535].

Importante distinguir a personalidade dos direitos que a guarnecem. O fim da existência do ser humano leva consigo a personalidade que lhe dava corpo, sem, contudo, extinguir alguns direitos que a ela estavam atrelados. Neste sentido, Mônica Castro explica que a proteção a estes direitos após a morte não implica a extensão da personalidade para este momento, de modo que este amparo jurídico se justifica "porque é fundamental para a agregação social que seja resguardada a personalidade psíquica, enquanto patrimônio pessoal daquele que feneceu"[536].

---

[532] DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 20. ed., rev. e aum., p. 199.
[533] RÍO, José Manuel Lete Del. Op. cit., p. 50.
[534] SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer**: eutanásia, suicídio assistido. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 72.
[535] "A pessoa física ou natural se extingue com a morte, que pode ser real ou presumida. A presunção de morte somente pode ser considerada por ocasião da declaração judicial de ausência da pessoa e nos termos da lei. Em todos os demais casos, a morte deve ser comprovada pelo interessado em exercer algum direito decorrente do óbito" (LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004. v. 1, p. 323).
[536] CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 72.

Um dos doutrinadores que trata destes dois aspectos em momentos distintos de sua obra é Francisco Amaral, o qual assegura que os direitos da personalidade são inatos, essenciais e permanentes, de modo que a personalidade configura-se em decorrência da existência destes direitos. Assim, a personalidade nasce com a pessoa e a acompanha durante toda sua existência. A intransmissibilidade e a inseparabilidade de seu titular configuram esses direitos como personalíssimos, extinguindo-se com a morte do titular. Por conseguinte, os direitos da personalidade são absolutos, irrenunciáveis, indisponíveis, extrapatrimoniais e imprescritíveis[537].

Desta feita, assevera ele que "a possibilidade de alguém participar de relações jurídicas decorre de uma qualidade inerente ao ser humano, que o torna titular de direitos e deveres" e arremata afirmando que a personalidade jurídica consiste justamente nesta qualidade, de modo que seus titulares denominamos de pessoas[538].

Os direitos da personalidade são, ainda, gerais, de modo que "a generalidade é a característica decorrente de que toda pessoa humana é dotada, a priori, pelo fato de nascer, de direitos da personalidade. Vale dizer: os direitos da personalidade são genéricos a todas as pessoas"[539].

No entanto, quando o assunto é a proteção a direitos da personalidade após a morte do indivíduo, Francisco Amaral explica:

> Discute-se a possibilidade de prolongamento da personalidade após a morte da pessoa para proteger-lhe os respectivos direitos da personalidade, e para justificar a condenação à ofensa moral contra o morto. Procura-se, assim, garantir o seu direito à honra e à reputação, agindo o respectivo cônjuge, ou seus herdeiros, em nome e no interesse do defunto. A personalidade humana existe, assim, antes do nascimento, e projeta-se para além da morte[540].

Os trechos extraídos da obra de Francisco Amaral colocam a dúvida acerca de sua posição quanto à projeção da personalidade jurídica no além túmulo, restando nebuloso qual seria o derradeiro momento de configuração da personalidade de um ser humano.

Parece, no entanto, que o intuito de referido doutrinador foi destacar dois momentos distintos: o da existência efetiva da personalidade e o de proteção aos seus

---

[537] AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 4. ed. cit., p. 247.
[538] AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. cit., p. 218.
[539] CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **Direitos da personalidade**: direito à vida, ao próprio corpo e ao cadáver. 1993, 150 f., Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1993. p. 10.
[540] AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 3. ed. cit., p. 221.

efeitos. Sendo assim, a morte encerraria consigo a personalidade, sem, contudo, apagar a proteção dedicada àquele que um dia foi o seu titular.

Dessa feita, personalidade não há após o óbito da pessoa, mas sua projeção é sentida nas normas jurídicas que amparam o elemento da dignidade que acompanhou aquele ser durante toda a vida. Logo, alguns dispositivos resguardam direitos *post mortem*, como o direito à imagem e à sepultura, sem que isso seja confundido com a existência de uma efetiva personalidade.

Adriano de Cupis reforça este entendimento, dispondo nos seguintes termos:

> (...) o direito não pode existir senão a favor de determinado sujeito, mas a este não é vedado fazer cessar a sua existência. (...) Os direitos de personalidade são, assim, direitos que devem necessariamente permanecer na esfera do próprio titular, e o vínculo que a ele os liga atinge a máximo de intensidade. Na sua maior parte, respeitam ao sujeito pelo simples e único facto da sua qualidade de pessoa, adquirida com o nascimento, continuando todos a ser-lhe inerentes durante toda a vida, mesmo contra a sua vontade, que não tem eficácia jurídica[541].

Sendo assim, a morte encerra consigo a personalidade que nasceu juntamente com a constatação da vida. Esta revelação, a despeito de inequívoca quanto a seu conteúdo, envolve um conceito que, como já mencionado anteriormente, gera grandes discussões, vez que são várias as espécies possíveis de morte.

Dessa feita, a conclusão tão evidente para alguns doutrinadores de que a morte configura não apenas o término da vida, mas também da personalidade jurídica que lhe deu corpo esbarra na problemática da vida vegetativa, ausente de atividade encefálica, cuja manutenção é garantida pela evolução da medicina e seu suporte instrumental.

O fim da personalidade jurídica deve ser entendido como um marco no qual se constata que a pessoa não mais apresenta a necessidade de uma proteção de direitos essenciais a sua existência no seio social. Logo, a personalidade é o invólucro que protege um conjunto de direitos e garantias vitais para o desenvolvimento de um ser enquanto humano.

A morte encefálica configura o derradeiro momento da vida para fins de transplante de órgãos, sendo o exato instante de sua constatação aquele que será registrado no atestado de óbito do sujeito. Contudo, qual o estado jurídico daqueles que não serão doadores de órgãos, cuja existência é mantida por movimentos mecânicos garantidos por aparelhamento médico? Serão estes indivíduos, cuja existência pode ser artificialmente

[541] DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade** cit., p. 48.

sustentada por longos anos, vivos ou mortos para o Direito? Poderia um sujeito prostrado em um leito de unidade de terapia intensiva ser considerado por todos como morto apenas em decorrência da ausência de uma atividade encefálica?

Parece um contrassenso afirmar que a morte encefálica estendida ao longo dos anos, sem que haja uma doação dos órgãos daquele paciente, despoja este ser da proteção de direitos tão essenciais que apenas a presença de uma personalidade jurídica pode garantir. Aliás, é este o momento no qual o indivíduo mais necessita do aparato jurídico a seu favor, vez que sua situação é deveras tão indefinida quanto o momento de sua morte biológica.

A fragilidade do cordão que une a criatura em morte encefálica ao pulsante ar que lhe confere a vida torna sua situação mais carente de proteção estatal em razão da vulnerabilidade que envolve a impossibilidade total de sua manifestação de vontade.

Segundo Adriano de Cupis, "os direitos da personalidade devem necessariamente permanecer na esfera do próprio titular (...) torna-se supérflua qualquer distinção, porque em nenhum caso o tempo pode produzir a extinção dos direitos da personalidade seja qual for a vontade do seu titular" [542], afirmando, ainda:

> (...) nos direitos de personalidade a intransmissibilidade reside na natureza do objecto, o qual, como já dissemos, se identifica com os bens mais elevados da pessoa, situados, quanto a ela, em um nexo que pode dizer-se de natureza orgânica. (...) Nem o ordenamento jurídico pode consentir que o indivíduo se despoje daqueles direitos que, por corresponderem aos bens mais elevados, têm o carácter de essencialidade[543].

Dessa feita, se distinção não pode existir, tampouco pode o titular dispor de tais direitos, com maior razão aquele que se encontra em situação de vulnerabilidade deve ter garantida a proteção aos direitos que formam o sustentáculo da qualidade de pessoa. Não seria correto, então, espoliar o sujeito cujo encéfalo se encontra comprometido da fortaleza que resguarda o íntimo de sua vivência, seja qual for o grau desta.

Gustavo Tepedino ressalta este enfoque ao atestar que a personalidade deve ser considerada um valor jurídico que não pode ser reduzido a uma "situação jurídica-tipo" ou a um rol determinado de direitos subjetivos típicos. Assim, essa ampliação conceitual

[542] Idem, p. 59.
[543] Idem, p. 48.

permite a proteção eficaz e efetiva de inúmeras e variadas situações nas quais pode a pessoa se encontrar, cada uma delas com suas próprias peculiaridades[544].

Conclui-se, portanto, com as palavras de Eroulths Cortiano Júnior:

> (...) objeto do direito de personalidade, portanto, são os diversos modos de ser, tanto físicos como morais, da pessoa. As projeções e atributos de sua personalidade. Protegendo-se aqueles, protege-se esta. Protegida esta, tem o homem condições de viver com a necessária dignidade para alcançar suas aspirações. Mas não se pode dizer que o objeto dos pré-falados direitos é a própria personalidade. Essa é pressuposto de todos os direitos, e, por isso, não pode ser considerada nem direito, nem objeto de direito[545].

[544] TEPEDINO, Gustavo. **Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002**. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 23.
[545] CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **Direitos da personalidade** cit., p. 9.

6

ANENCÉFALO

A anencefalia ocupou o centro do debate jurídico atual, contrapondo vida e morte a partir da atividade encefálica de um indivíduo.

A temática da interrupção da gravidez nestas condições gerou acalorado debate entre doutrinadores de renome, ocupando lugar de destaque em noticiários e Tribunais de Justiça.

Especialistas em diversas áreas relacionadas ao tema foram convidados a se manifestarem perante o STF, explanando, segundo sua área do conhecimento, quais as balizas e marcos que determinam a vida de um ser humano

A presente tese tem na figura dos portadores de anencefalia o centro de seu estudo, destacando características próprias desta anomalia, as quais dimensionam a formação dos fetos e dos indivíduos que por ela são acometidos.

Entender o diagnóstico da anencefalia, bem como analisar as consequências de sua constatação são fundamentais para concluir pela personalidade jurídica presente nos anencéfalos, deitando as bases do entendimento que deve pautar os estudos e os debates que possuem nestes sujeitos seu principal foco.

Muito se escreve acerca da Lei de Transplantes de Órgãos e Tecidos, apregoando-se que a morte encefálica prevista no texto legislativo em questão teria o condão de estabelecer a ausência de vida em portadores de anencefalia. Contudo, o debate cego, sem adentrar as minúcias traçadas pela Medicina e resoluções de seu Conselho Federal, acaba sendo leviano.

Dessa feita, o objetivo central da discussão levantada neste capítulo concentra-se na figura do anencéfalo e dos critérios existentes para determinação da morte encefálica. A partir desta análise, concluir-se-á pela existência não apenas de vida, mas também de personalidade jurídica em portadores de anencefalia.

A desmistificação desta temática, contudo, não encerra a discussão acerca do aborto de fetos em tais condições, vez que a interrupção da gestação pode ser justificada com base em outros critérios que não a ausência de vida do feto, como é o caso do risco de vida à gestante.

Por derradeiro, é imperiosa a elaboração de material legislativo que faça frente a estas indagações, atribuindo segurança jurídica a situações limítrofes, impedindo, assim, o casuísmo das decisões judiciais.

6.1 CONCEITO

A anencefalia consiste em uma anomalia neurológica congênita, configurando-se por uma alteração na formação cerebral como consequência de uma falha ocorrida em etapas ainda precoces do desenvolvimento fetal. Exata má formação é decorrência de uma falha no mecanismo de fechamento do tubo neural, chamado de indução dorsal.

Nos dizeres de Ernesto Beruti:

> Hacia fines de la 3.ª semana del desarrollo, el embrión tiene la forma de un disco aplanado. En la zona media de su cara dorsal se origina la placa neural, conjunto celular que en el periodo al que aludimos, da comiezo a un proceso de plegamiento, de invaginación, que continua con una progresiva elevación de sus bordes hasta juntarse, transformándose en un canal que en sucesivas etapas va cerrándose hasta constituir un tubo totalmente cerrado de orientación longitudinal con respecto a los diámetros del embrión. Una semana después, el tubo neural presenta una región caudal más estrecha que da origen a la médula espinal y tres vesículas cerebrales, más dilatadas, de posición anterior, que dan lugar a la formación del encéfalo o cerebro.
>
> Desde la 4ª semana en adelante, si alguno de estos grupos celulares es dañado por un agente patológico, pueden producirse dos efectos opuestos: o matan al embrión o, de sobrevivir, el daño tenderá a ser definitivo, entre ellos, impedir el cierre total del tubo neural sitio y factor anátomo-topográfico desencadenante del proceso de anencefalia[546].

O termo anencefalia vem do grego *"an"* (privação de) + *"enckephalos"* (cérebro), constituindo anomalia que pode ser definida nas seguintes palavras:

> (...) uma má-formação fetal incompatível com a vida extrauterina em 100% dos casos. O feto não apresenta os hemisférios cerebrais em virtude de um defeito de fechamento do tubo neural. Como a cabeça não se fecha e o cérebro não se desenvolve, o feto apresenta um profundo achatamento da cabeça, o que desfigura sua face. Em linguagem coloquial, os fetos

[546] BERUTI, Ernesto. **Anencefalia (una visión médica y ética)**. Disponível em: http://www.revistapersona.com.ar/Persona28/28Beruti.htm. Acesso em: 08 ago. 2011.

> com esta má-formação são chamados de 'fetos-rãs'. Em linguagem coloquial são fetos sem cérebro[547].

O diagnóstico da anencefalia decorre da ausência de fechamento do neuroporo anterior do tubo neural do embrião, acarretando a malformação ou a ausência dos hemisférios cerebrais, o que pode ser verificado, aproximadamente, no 26º dia de gestação[548].

Transcrevemos trecho da publicação no periódico Pediatrics, Committée on Bioethics:

> Anencephaly is a congenital defect in which the cranium is absent and the cerebral cortex is virtually absent. However, vital organs, such as the heart and kidneys, are often normal. About 1000 to 2000 live anencephalic births occur annually in this country. Brain stem function enables many anencephalic infants to survive for hours or days and, in rare cases, for a few weeks[549].

Neste mesmo periódico destacamos, ainda, o seguinte trecho:

> Customary medical care for anencephalic infants includes warmth and feeding but no major medical interventions. Available medical evidence indicates that these infants cannot consciously experience pain; because they lack a functioning cerebral cortex, they are permanently unconscious. In most cases, anencephalic infants die from cardiorespiratory failure. Because of inadequate perfusion, their organs become medically unsuitable for transplantation. As a result, a change in the treatment of these infants will be necessary if their organs are to be transplanted[550].

O dicionário de Língua Portuguesa, em uma definição leiga e baseada apenas e tão somente na aparência, conceitua a anencefalia como "monstruosidade consistente na falta de cérebro"[551]. Esta definição, com a devida vênia, além de incompleta, insinua que o anencéfalo não teria forma humana, o que, além de inverídico, é indiferente em sua conceituação, vez que a aparência humana não é requisito para que um ser nascido seja considerado pessoa.

A anencefalia consiste, assim, em uma malformação congênita que se verifica em 0,1% das gestações. O termo anencefalia, a despeito de significar "sem cérebro",

---

[547] DINIZ, Débora; PARANHOS, Fabiana. **Anencefalia**: o pensamento brasileiro em sua pluralidade. **Anais**. Brasília: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, out. 2004. p. 91. Disponível em: http://www.anis.org.br/Arquivos/Textos/pluralidade_final.pdf. Acesso em 02 ago. 2011.
[548] CYPEL, S.; DIAMENT, A. **Neurologia infantil**. 3. ed. São Paulo: Atheneus, 1996. p. 742.
[549] **Infants with Anencephaly as Organ Sources**: Ethical Considerations. In: Committée on Bioethics, Pediatrics. n. 6, junho, parte 1, American Academy of Pediatrics, p. 1.116-1.119, 1992, v. 89.
[550] Idem, p. 116.
[551] FERREIRA, A. B. H. **Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995. p. 43.

remete à ausência de algumas partes do cérebro, ressaltando-se que o cérebro-tronco está presente nesses casos, o que garante, no máximo, algumas horas ou dias de vida[552].

A carga genética exerce também influência no diagnóstico da anencefalia, havendo estudos indicando que a porcentagem de recorrência da anencefalia é de 2,7% dos casos para outro diagnóstico de anencefalia ou de 4,6% quando o defeito do tubo neural for diverso. Quando o casal possui o histórico de duas gestações de anencéfalos, a recorrência passa a ser verificada em aproximadamente 11% dos casos[553].

No entanto, é de se ressaltar que a maior parte dos casos em que se constata esta anomalia não se verificam antecedentes patológicos familiares, sendo de apenas 5% o índice de anomalias do tubo neural que decorrem de uma carga genética.

O Brasil ocupa o quarto lugar no *ranking* de países com maior incidência de casos de anencefalia, perdendo posição apenas para o México, Chile e Paraguai[554].

Uma das possíveis causas desta falha é a exposição a temperaturas elevadas durante a gravidez[555].

Outra causa provável da anencefalia é a deficiência de ácido fólico no organismo da gestante, o que acaba por destacar como fundamental um tratamento alimentar adequado realizado por pelo menos um mês e meio antes da gestação[556].

Verifica-se, assim, que o fechamento do tubo neural, assim como o processo de sua formação é muito delicado, estando sujeito a diversos erros responsáveis por malformações no sistema nervoso. Estas malformações podem ser de graus distintos, sendo letais quando incompatíveis com a vida; severas quando responsáveis por anormalidades, morte precoce ou retardo no desenvolvimento físico ou mental; e menores quando relacionadas a deformidades ou doenças que não impedem, ao menos, um determinado tempo de vida[557]. O grau mais elevado destas anomalias ocorre quando há total falha da neurulação primária, acarretando a craniorraquisquise total, de modo que o nenonato acometido desta malformação, quando sobrevive, permanece por poucas horas vivo, vez que todo seu sistema nervoso central encontra-se exposto e malformado[558].

---

[552] Disponível em: http://www.anencephalie-info.org/p/index.php. Acesso em: 02 ago. 2011.
[553] CYPEL, S.; DIAMENT, A. **Neurologia infantil** cit., p. 750.
[554] Dados da OMS – Organização Mundial da Saúde apresentados por CANTARINO, Carolina. **Mulher ou sociedade**: quem decide sobre o aborto. Disponível em: http://www.comciencia.br/rportagens/2005/05/05_impr.shtml. Acesso em: 25 ago. 2008.
[555] LABOMBARDA, Pablo Martín. Op. cit., p. 21.
[556] Idem, p. 24.
[557] CYPEL, S.; DIAMENT, A. **Malformações cerebrais**. Rio de Janeiro: Guanabara-Koogan, 1977. p. 62.
[558] CYPEL, S.; DIAMENT, A. **Neurologia infantil** cit., p. 741.

A anencefalia é fatal e enquadra-se entre as mais graves malformações fetais. Isso porque há um afundamento ou a ausência da calota craniana e dos tecidos que a envolve, havendo a formação do tronco encefálico, bem como de partes do diencéfalo[559].

No lugar da massa encefálica encontra-se uma área cérebro-vascular que fica exposta, sendo o cerebelo ausente em 85% dos casos e o tronco cerebral em 75% das ocorrências. Esta área é composta por tecido conectivo vascular e esponjoso, canais de sangue, colágeno, glias, cistos, plexos coroides irregulares e hemorragias, sendo coberta por um saco epitelial. Ressalta-se que em 46% dos casos não existem hemisférios cerebrais e nos outros 54% existem apenas rudimentos destes hemisférios[560].

As características físicas desta anomalia consistem na ausência de testa, pescoço curto, orelhas de implantação baixas, base do crânio diminuída pela alteração do osso esfenoide, fossa posterior com diâmetro transverso aumentado, nariz longo e aquilino, boca pequena, pavilhões oculares malformados, irregularidades das vértebras cervicais, sobras de pele nos ombros, fenda palatina e globos oculares protuberantes. Entretanto, mesmo diante de tantas anomalias, o anencéfalo responde a certos estímulos, como aqueles de ordem dolorosa[561], auditiva ou vestibular, apresentando diversos reflexos presentes em qualquer neonato, além da manobra de Gamstorp, consistente na elevação do tronco a partir da posição de decúbito dorsal ou a compressão dos membros inferiores contra uma superfície[562].

Por derradeiro, importante destacar que existem outras anomalias graves que não se confundem com a anencefalia, como é o caso da merocrania. Esta é uma malformação raríssima que implica um defeito na formação da caixa craniana, havendo um resquício de cérebro encoberto por uma membrana cerebrovasculosa, diferente da anencefalia, em que não há presença de cérebro. Até hoje só foram constatados 10 (dez) casos na literatura médica. A despeito de tal defeito ser menos acentuado do que o existente na anencefalia, sua presença é também incompatível com a vida e implica no diagnóstico de morte encefálica, de modo que o portador deste diagnóstico pode ter garantida uma curta sobrevida vegetativa, em virtude da membrana cerebrovasculosa [563].

---

[559] BRASILEIRO FILHO, G. **Bogliolo patologia**. 6. ed. Rio de Janeiro: Guanabara-Koogan, 2000. p. 766.
[560] CYPEL, S.; DIAMENT, A. **Neurologia infantil** cit., p. 743.
[561] Maria Lúcia Fernandes Penna discorda deste entendimento destacando, conforme já mencionado, que "esse feto, mesmo que levado a termo, não terá nem um segundo de consciência, não poderá sentir dor, ver, ouvir" (PENNA, Maria Lúcia Fernandes. Op. cit., p. 101).
[562] CYPEL, S.; DIAMENT, A. **Neurologia infantil** cit., p. 745.
[563] IWASSO, Simone; LEITE, Fabiane**.** Junta diz que Marcela não era anencéfala. **O Estado de São Paulo.** Disponível em: http://www.ccr.org.br/a_noticias_detalhes.asp?cod_noticias=4041. Acesso em: 05 ago. 2011.

Dessa feita, a ausência cerebral pode ser classificada como i) holocrania ou holocefalia, na qual inexiste tecido nervoso cerebral e ii) merocrania ou meroanencefalia, anomalia que conta com a presença de um tecido cerebral remanescente. Em ambos os casos a incompatibilidade com a vida extrauterina está presente[564].

O famoso caso da menina Marcela foi uma típica ocorrência de merocrania, segundo Thomaz Gollop, especialista em medicina fetal e professor da USP, o qual afirmou em entrevista:

> Acabei de fazer uma junta médica com um especialista em anatomia e neurologia pediátrica com os exames em mãos. Ela tinha um defeito menos grave na formação do crânio e o resquício de cérebro presente, ao contrário dos anencéfalos que não têm nada, é coberto com uma membrana chamada cerebrovasculosa[565].

Sendo assim, a anencefalia é uma anomalia incompatível com a vida extrauterina, de modo que a ausência de uma caixa craniana e seu conteúdo configura sua característica primordial.

6.2 POSIÇÕES MÉDICAS SOBRE ANENCEFALIA

Na literatura médica verifica-se que a anencefalia não é a mais grave das anomalias decorrentes desta falha, ocupando o segundo lugar, logo após a craneoraquisquise. Esta última é responsável pela morte fetal precoce, de forma que a anencefalia não induz necessariamente a morte do feto, mas impede uma significativa sobrevida após o parto[566].

Transformando estes dados em percentuais, a mortalidade intrauterina, em casos de anencefalia, chega a 75% dos casos, com alguns episódios em que a morte se consuma no mesmo dia do nascimento[567].

Nos Estados Unidos, a anencefalia está presente em 0,03% das gestações, de modo que 92% dos nascidos morrem no primeiro dia de vida extrauterina, de 5 a 8%

---

[564] CORONEL, Juan Carlos. **Interrupción del embarazo em la anencefalia y la violación**. Disponível em: http://www.amfra.org.ar/TRABAJOS/body_trabajos.html. Acesso em: 16 nov. 2008.
[565] IWASSO, Simone; LEITE, Fabiane**.** Op. cit.
[566] BAVIO, Paula Severino. Op. cit., p. 116.
[567] LABOMBARDA, Pablo Martín. Op. cit., p. 22.

conseguem viver mais de uma semana e apenas 1% sobrevive por mais de 3 meses, mas sob cuidados médicos extremos[568].

Essa sobrevida após o parto pode até ser significativa em alguns casos, o que poderia levar ao reforço das posições contrárias ao aborto do ser anencefálico. Contudo, segundo Paula Severino Bavio, esta possibilidade não tem o condão de atribuir ao anencéfalo uma capacidade que ele jamais irá vir a ter. Existe uma incapacidade originária, absoluta e irreversível de existir[569].

Na anencefalia, a malformação trazida pela doença torna seu portador carecedor de grande parte do sistema nervoso central. Entretanto, como existe a preservação de parte do tronco encefálico, uma parte de suas funções vitais vegetativas é mantida. Assim, apenas os reflexos rudimentares são mantidos, vez que independem de uma função encefálica mais complexa.

O anencéfalo não possui funções que dependam do córtex e dos hemisférios cerebrais, os quais estão relacionados à vida psíquica, vida relacional, emotividade, sensibilidade, afetividade, integração com o meio, cognição, consciência, mobilidade etc., ou seja, este ser é desprovido de funções superiores do sistema nervoso central[570].

Dessa feita, a ausência de hemisférios cerebrais e córtex faz com que o anencéfalo deixe de apresentar todas as funções superiores do sistema nervoso central que possuem ligação não apenas com sua parte motora, mas também com a existência de consciência. Assim, mantêm-se apenas funções vegetativas, sem qualquer possibilidade de um relacionamento existente entre a criança e o mundo que a cerca. O anencéfalo não apresenta capacidade de desenvolver funções afetivas, cognitivas, comunicativas, emotivas, entre outras que denotam a presença de "vida".

Apenas as funções que controlam parcialmente a respiração, as vasomotoras e as que dependem da medula espinhal são precariamente mantidas. Aliás, não é improvável que o tronco responsável pelo estímulo de vários reflexos, como os reflexos pulmonares e cardíacos, funcione por um curto período, possibilitando o fenômeno das ações vestibulares, de sucção e de pressão em alguns anencéfalos, além de reagir a determinados estímulos considerados dolorosos. Tudo isso é apenas um reflexo do tronco encefálico, sem qualquer apreciação sensível do estímulo produzido[571].

Desta forma, conforme ensinamentos de Paula Severino Bavio:

---

[568] Idem, p. 25.
[569] BAVIO, Paula Severino. Op. cit., p. 133.
[570] DINIZ, Débora; PARANHOS, Fabiana. Op. cit., p. 101.
[571] LABOMBARDA, Pablo Martín. Op. cit., p. 23.

> Un feto o posteriormente un nacido anencéfalo carece por completo y de forma irreversible de funciones motoras y cognoscitivas: la anencefalia es el equivalente en los niños al estado vegetativo permanente (EVP) que implica la pérdida absoluta de conciencia, la afectividad y la comunicación, con conservación de los ciclos sueño-vigilia, reflejos y movimientos oculares, respiración espontánea, reflejos protectores del vómito y la tos. Estos niños anencefálicos no tiene ninguna posibilidad de convertirse en seres autoconscientes, lo que llamamos personas; estos "niños" nunca se convertirán en seres capaces de valorar o experimentar emociones o sensaciones, de tener conciencia de sí o de otros, de relacionarse[572].

Shewmon, contudo, discordando desta constatação, atesta:

> (...) não se trata, obviamente, da possibilidade por parte do tronco de suprir as funções do córtex faltante, mas de admitir que a neuroplasticidade do tronco poderia ser suficiente para garantir ao anencéfalo, pelo menos, nas formas menos graves, uma certa primitiva possibilidade de consciência. Deverá, portanto, ser rejeitado o argumento que o anencéfalo enquanto privado dos hemisférios cerebrais não está em condições, por definição, de ter consciência e provar sofrimentos[573].

A ausência de ossos cranianos, tanto o occipital quanto o frontal e o parietal, caracteriza a anencefalia, que também conta com a ausência de hemisférios e córtex cerebral. As únicas partes que se conservam são a medula espinhal e o tronco cerebral, os quais, por vezes, apresentam algum problema como a falha no fechamento da medula, conhecida por mielomeningocele[574].

Um traço distintivo dos pacientes anencefálicos, como já mencionado, é o seu aspecto de "rã" derivado da ausência total de ossos na calota craniana, bem como a ausência também de cobertura das demais estruturas neurológicas restantes, de maneira que esta cobertura fica a cargo de uma grossa membrana do estroma angiomatoso. Esta proteção nunca será feita por ossos ou pele normais[575].

O embrião humano sem defeitos de ordem genética tem sua placa neural desenvolvida aproximadamente 18 dias depois da fertilização. No 26.º dia, temos o fechamento total do crânio, desde o centro até os extremos da cavidade craniana,

---

[572] BAVIO, Paula Severino. Op. cit., p. 117-118.
[573] SHEWMON, D. A. **Anencephaly**: selected medical aspects. New York: Hastings Center Report, 1988. n. 5, v. 18, p. 325.
[574] BAVIO, Paula Severino. Op. cit., p. 116.
[575] Idem, p. 116.

formando-se, assim, o tubo dos nervos. A anencefalia surge como resultado da interrupção do processo normal de fechamento dos tubos neurais[576].

Cumpre ressaltar, ademais, que as enfermidades relacionadas a defeitos encefálicos podem apresentar-se de diversas formas, tais como: a) excencefalia (possuem o cérebro incompleto e fora do lugar); b) acrania (não possuem a caixa craniana e tampouco a massa encefálica, possuindo, no lugar, uma massa angiomatosa com restos de tecido nervoso) e c) anencefalia (nos quais nenhum tecido substitui a massa cerebral ausente). A anencefalia ainda apresenta como característica a presença de um pescoço diminuto, escassas vértebras cervicais, além de a parte espinhal padecer de importantes defeitos. Assim, a exposição do tecido neurológico acarreta constantes hemorragias e conta com estruturas ósseas pouco definidas[577].

Dessa forma, a anencefalia não se confunde com outras patologias que não são consideradas tão drásticas, como é caso da excenfalia, inencefalia, cefaloceles, mieloceles e mielomeningoceles. Nestas duas últimas patologias a gravidade do caso clínico irá depender também do desenvolvimento de hidrocefalia, de modo que mais de 50% do pacientes com este diagnóstico requerem a colocação de uma válvula de derivação. As funções cognitivas e intelectuais possuem um bom prognóstico nestes casos[578].

Esta exposição de anomalias não esgota, infelizmente, a ampla gama de possibilidades que existem de malformação congênita por defeito no tubo de indução central, como é o caso da hidranencefalia e da holoprosencefalia, na qual o tecido cortical é substituído por líquido cefalorraquídeo em razão de um infarto ou uma infecção uterina, permanecendo íntegra a calota craniana[579].

Diante de todo o exposto, encontramos alguns posicionamentos no sentido de que o desenvolvimento de um feto anencéfalo não poderia ser considerado um processo de vida, mas sim um processo de morte, de modo que não teríamos um nascituro, mas sim um "morituro", ser carente de sinais de vida reais, o que acarretará uma morte inevitável. Este ser apresenta uma inviabilidade absoluta, configurando uma estrutura humana que apenas espera sua morte, frente à inaptidão biológica que lhe é inerente[580].

No que tange às posições dos profissionais da medicina quanto a estas questões, sobretudo quando se envolve um problema que pode acarretar até mesmo uma

---

[576] LABOMBARDA, Pablo Martín. Op. cit., pp. 22-23.
[577] Idem, p. 23.
[578] GHERARDI, Carlos; KURLAT, Isabel. **Anencefalia e interrupción del embarazo**. Nueva Doctrina Penal, Separata, 2000-B. p. 24.
[579] Idem, p. 26.
[580] ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. **Derecho Genético**. 4ª edição. Lima: Gijley, 2001. p. 176.

responsabilização no campo penal, verificamos a presença de uma medicina defensiva. Esta prática configura uma forma de resguardo do médico frente a eventuais demandas judiciais que possam lhe acarretar responsabilidades, tanto na seara cível e penal, quanto em âmbito administrativo. Logo, o médico atua levando em consideração uma posição defensiva, em vez de visar ao bem estar pleno do paciente[581].

É por este mesmo fundamento que não há que se falar de prática eugênica. Nesta, o que se tem é a privação da vida de um ser que possui deficiência ou malformação, mas é capaz de existir. O aborto ou a prática eugênica retira da pessoa a possibilidade de vivenciar sua doença ou deformidade, de vivenciar o que teria sido o seu tempo de vida[582]. Será ele carecedor de uma percepção, sentimentos, vivência, afetividade, estando ausente qualquer capacidade de entender e se comunicar segundo este entendimento. Estes traços tornam sua existência precária, além de efêmera[583].

Isso não é o mesmo que ocorre no caso dos portadores de anencefalia, na medida em que estes não conseguiram experimentar, por sua própria constituição (ou pela ausência desta), qualquer dano ou benefício, de maneira que o melhor para o atendimento do bem-estar da criança nestas condições não seria um fazer viver, mas sim um deixar morrer[584].

Ademais, cumpre transcrever as palavras de uma doutrinadora argentina sobre esta questão médica, deixando mais clara a situação biológica do portador de anencefalia:

> (…) la ausencia o destrucción del cerebro es sustituida por una masa rudimentaria de tejido mesenquimático y ectodérmico. Alrededor del 75% de los fetos afectados muere intraútero y del 25% del restante nacido vivos, de los cuales el 57% fallece dentro de las primeras horas e alrededor del 15% fallece dentro de los tres días, las sobrevidas más largas son excepcionales[585].

Com relação a esta sobrevida excepcional, referida autora faz referência a um caso argentino de uma menina chamada Milagros, a qual com alimentação e respiração assistida sobreviveu até os 10 meses de vida.

Em dezembro de 2005 solicitou-se parecer do Conselho Diretor do Instituto do Coração do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo referente à possibilidade de transplantar criança portadora de hipoplasia do coração

---

[581] GHERARDI, Carlos; GHERARDI, Natalia. La medicina defensiva: un problema social. In: SOROKIN, Patricia (coord.). **Bioética**: entre utopías y desarraigos. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002. p. 515.
[582] BAVIO, Paula Severino. Op. cit., p. 133.
[583] LIMA, Carolina Alves de Souza Lima. Op. cit., p. 18.
[584] BAVIO, Paula Severino. Op. cit., p. 133-134.
[585] Idem, p. 117.

esquerdo, sendo um anencéfalo seu doador. O procedimento em questão já contava com a autorização da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo bem como do Ministério da Saúde. Contudo, como não são poucas as controvérsias que cercam este fato, a equipe de transplantes cardíaco submeteu a questão à direção do InCor, de forma que referido procedimento não seria realizado sem concordância desta[586].

Esse caso, por ser bastante emblemático na questão da anencefalia, merece ser analisado cuidadosamente. O documento do Ministério da Saúde que foi apresentado junto com a solicitação deste parecer pela Diretoria Clínica do InCor, datado de 13 de janeiro de 2005, colocava o caso nos seguintes termos:

> (...) esta coordenação-geral do Sistema Nacional de Transplantes considera que , em conformidade com a Lei vigente, não é possível admitir anencéfalo como cadáver e declara improcedente a doação de órgãos em caso de anencefalia e a realização de captação de órgãos nesses casos, em território nacional, salvo após para cardíaca irreversível ou falência de todo o encéfalo, caracterizando situação de doação de órgãos de cadáver[587].

No mesmo sentido foi o parecer exarado pelo Sistema Estadual de Transplantes da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo, emitido por seu coordenador na data de 08 de dezembro do ano de 2005.

O Conselho Federal de Medicina, contudo, apresenta a Resolução 1.752/2004, que trata da regulamentação do uso de órgãos retirados de doador anencéfalo[588], na qual se considera o anencéfalo como natimorto cerebral, o que dispensaria por si só a aplicação dos critérios de morte encefálica para estes quadros clínicos. Diante desta consideração, conclui-se pela possibilidade do transplante de órgãos com doador anencéfalo, sendo tal procedimento autorizado por esta Resolução.

O que se discutia no caso concreto levado à apreciação da Comissão de Bioética do Hospital das Clínicas era a possibilidade de se ter um anencéfalo nascido como doador de órgãos, frente à autorização dada por seus pais para a realização deste procedimento.

---

[586] ZOBOLI, Elma Pavoni (rel.); GARCIA, Maria (rev.). Op. cit., p. 159.

[587] Idem, p. 159.

[588] Logo nas primeiras considerações feitas por esta resolução está estabelecido o seguinte: "CONSIDERANDO que os anencéfalos são natimortos cerebrais (por não possuírem os hemisférios cerebrais) que têm parada cardiorrespiratória ainda durante as primeiras horas pós-parto, quando muitos órgãos e tecidos podem ter sofrido franca hipoxemia, tornando-os inviáveis para transplantes;
CONSIDERANDO que para os anencéfalos, por sua inviabilidade vital em decorrência da ausência de cérebro, são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica". Disponível em: **Projeto de Lei 4.360**, de 2004. Autor: Dep. Dr. Pinotti. Disponível em: http://www.ghente.org/doc_juridicos/pl4360.htm. Acesso em: 04 abr. 2009.

A relatora deste parecer, Elma Pavoni Zoboli, colocou, logo de início, que fica afastada do caso concreto toda e qualquer discussão acerca da possibilidade de interrupção da gestação nestes casos, vez que esta discussão requer outros argumentos éticos, técnicos e legais que não viriam ao caso naquele momento[589].

De fato, a possibilidade de aborto do feto anencéfalo é uma questão bastante debatida hoje em dia, em especial pelo aguardado julgamento da ADPF 54 que está em trâmite no STF. Contudo, há que se fazer um corte epistemológico com relação a isso, uma vez que a situação colocada não é referente a uma gestação em curso, mas sim uma criança já nascida que padece de anencefalia, o que amplia a discussão dos direitos que se atribuem a esta criança.

Kipper e Hossne colocam que a vontade dos pais da criança nascida anencéfala no sentido de doar seus órgãos para fins de transplante merece pleno respeito e acolhida, sendo irrelevantes as razões que os levaram a tanto[590].

Neste sentido, a problemática da doação de órgãos por anencéfalos é demonstrada no periódico *Pediatrics* nos seguintes termos:

> One option some have suggested would be to modify the statutory standards for determining death to include all anencephalic infants. This would be consistent with the view held by some philosophers and legal commentators that cortical death should constitute legal death. These individuals argue that the irreversible absence of cognitive function represents the absence of personhood. They claim that human beings in this state fail to possess the moral value we assign to living persons; because such patients are unconscious and lack cognitive capacities, they cannot be harmed by a decision to end their biological functioning. Under this definition, permanently unconscious patients would also be classified as legally dead.
>
> Another view held by some is that anencephalic infants are sufficiently 'brain-absent' to be treated as if they were brain dead. A refined version of this approach suggests that because anencephalic infants lack integrated brain function and will inevitably die within a short time, they are conceptually very close to being brain-dead individuals-close enough to be considered brain dead. Conversely, because conditions such as persistent vegetative state, microcephaly, and hydranencephaly are not always accompanied by imminent somatic death and the absence of integrative brain function, they should be excluded from the brain death category[591].

[589] ZOBOLI, Elma Pavoni (rel.); GARCIA, Maria (rev.). Op. cit., p. 160.
[590] KIPPER, Délio; HOSSNE, Williarn Saad. Op. cit.
[591] **Infants with Anencephaly as Organ Sources** cit., p. 118.

As questões que parecem estar envolvidas neste caso concreto dizem respeito aos critérios de determinação de morte encefálica para os casos de anencefalia, viabilidade de tecidos e órgãos, demanda de órgãos de crianças, escassa oferta de doador nestas condições, sofrimento pelo prolongamento da vida até que a retirada dos órgãos seja efetivada e custos. Já com relação à natureza ética que envolve este caso temos a consideração moral que deve ser dedicada às crianças portadoras de anencefalia, diante da impossibilidade de vida relacional e do reduzido tempo de sua expectativa de vida dado o estado atual da ciência[592].

Diante do exposto, percebe-se que a existência de vida no ser anencefálico não é pacífica. A própria pulsação que irradia da figura do neonato impede que, em uma consideração superficial, se entenda pela ausência de vida, até mesmo quando levados em consideração os limites traçados por nossa legislação no que tange ao curso vital de uma pessoa.

Assim, a Medicina não encontrou ainda um consenso a respeito da existência de vida em anencéfalos, editando resoluções e pareceres divergentes entre si, o que enceta sobre o assunto a polêmica que habita a seara jurídica.

6.3 POSIÇÕES JURÍDICAS SOBRE ANENCEFALIA

É constante a desconsideração da figura do anencéfalo, fundamentada na ausência de uma atividade encefálica, o que vem de encontro com a interpretação apressada da lei de transplantes.

A questão da anencefalia adentrou o cenário jurídico em decorrência da discussão sobre a possibilidade do aborto nestas condições, sendo certo que muito se discutiu acerca da existência de vida em tais seres humanos.

A inviabilidade da vida extrauterina, aliada à eventual constatação de morte encefálica, fundamentou o ideário de grandes juristas na defesa dos direitos das gestantes, hasteando a bandeira do aborto de fetos anencéfalos.

Ainda que seja defensável a interrupção de uma gestação anencéfala, há uma distorção dos argumentos utilizados nesta discussão. O aborto em tais situações não decorre de forma inexorável da constatação da ausência de vida daquele ser, mas sim da

[592] ZOBOLI, Elma Pavoni (rel.); GARCIA, Maria (rev.). Op. cit., p. 160.

inviabilidade de desenvolvimento de um vínculo com o mundo que o cerca ou do risco que a gravidez nestas condições representa à gestante. Assim, a questão do aborto de anencéfalos é uma questão de saúde pública e pode ser discutida com base no aborto terapêutico, sendo desnecessária a construção que lhe retira o caráter vital de sua existência.

A gestação de anencéfalos é de alto risco, representando um perigo à saúde e à vida daquela que carrega em seu ventre tal ser humano. O grande volume do feto que se desenvolve, bem como o aumento do líquido amniótico são entraves para uma gestação sadia, configurando fundamento suficiente para embasar o pleito da autorização judicial do aborto[593].

Potter propõe uma contraproposta no que tange ao tratamento conferido até então ao anencéfalo, dando a ele uma posição dentro das relações simbólicas que superam as meras eficiências instrumentais. Ele deve ser considerado como ser humano em formação, na medida em que é fruto de uma gestação biológica humana, motivo pelo qual suas limitações físicas e genéticas não constituem motivo suficiente para que se permita sua destruição ou utilização de seus órgãos. O anencéfalo, como ser humano que é, deve ser respeitado em seus próprios limites, de modo que respeitá-lo é respeitar nossa própria condição, já que todos somos resultado de um processo comum de formação de nosso próprio ser[594].

Carolina Alves de Souza Lima orienta-se pela existência de vida a despeito da anencefalia. Coloca que se ele é um ser humano durante a gestação, seria considerado nascituro, com direitos e garantias protegidos pelo ordenamento pátrio. Demais disso, sendo portador de deficiência, teria certos direitos especiais, cuja tutela é assegurada a essa

---

[593] Dessa feita, alguns problemas enfrentados pela gestante de um anencéfalo são: período gestacional mais prolongado, aumento do líquido amniótico (acarretando dificuldades de respiração e de batimentos cardíacos), aumento da pressão arterial, ausência da dilatação necessária para levar a efeito um parto normal. Aliás, segundo Ana Clélia de Freitas "a Febrasgo – Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia enumera tais complicações maternas, dentre elas: eclâmpsia, embolia pulmonar, aumento do volume do líquido amniótico e até a morte materna. Complicações maternas durante a gestação de fetos anencéfalos: A) prolongamento da gestação além de 40 semanas; B) associação com polihidrâmnio, com desconforto respiratório, estase venosa, edema de membros inferiores; C) associação com DHEG (Doença Hipertensiva Específica da Gestação); D) associação com vasculopatia periférica de estase; E) alterações comportamentais e psicológicas; F) dificuldades obstétricas e complicações no desfecho do parto de anencéfalos de termo (parto entre 38 e 42 semanas de gestação, tempo considerado normal); G) necessidade de apoio psicoterápico no pós-parto e no puerpério; H) necessidade de registro de nascimento e sepultamento desses recém-nascidos; I) necessidade de bloqueio da lactação; 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" (FREITAS, Ana Clélia de et al**.** Existe aborto de anencéfalos? **DireitoNet**, São Paulo, 18 mar. 2005. Disponível em: http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1969/Existe-aborto-de-anencefalos. Acesso em: 02 set. 2008.).

[594] ZOBOLI, Elma Pavoni (rel.); GARCIA, Maria (rev.). Op. cit., p. 162-163.

forma de vulnerabilidade. Desse modo, nascendo com vida, teria direito a todo suporte legal e médico para se manter vivo, uma vez que toda criança é titular de direitos, existindo até mesmo um diploma especialmente criado para esta tutela, qual seja o Estatuto da Criança e Adolescente[595].

José Renato Nalini compartilha deste entendimento, expressando seu posicionamento nos seguintes termos:

> A Constituição do Brasil de 1988 enfatizou a vida como o supremo bem, pressuposto exclusivo para a fruição de qualquer direito. Tanto que todos os bens são chamados "bens da vida". Sem a vida, não há sentido se falar em liberdade, em igualdade, em propriedade e em segurança, os quatro direitos fundamentais dos quais todos os outros se irradiam.
>
> Mas o que é a vida? Muitos tentam defini-la. Ellen Sturgis Hooper observou: 'Dormi, e sonhei que a vida era Beleza. Despertei, e descobri que a vida era Dever'. O primeiro dever de quem tem vida é proteger a própria vida. E a ordem jurídica, fundamento da sociedade civilizada, disso cuidou à perfeição. Além do pacto fundante, a garantir a inviolabilidade do direito à vida, o Brasil firmou o Pacto de São José da Costa Rica. Por ele, que integra a ordem constitucional vigente, por força do § 2º do artigo 5º da CF, a vida começa no momento exato da concepção.
>
> Firmado esse tratado internacional, cessa no direito positivo brasileiro a discussão que separou natalistas e concepcionistas. A vida não começa com o nascimento, mas com a fecundação. Por isso é que ao nascituro se garantiram direitos e não meras expectativas de direito.
>
> A partir daí, está claro que não se admite qualquer interrupção da vida, um ciclo que tem início no exato momento em que o espermatozoide fecunda o óvulo e que se encerra naturalmente, sem a intervenção humana para abreviá-lo.
>
> O homem não é dono da vida. Não pode tirá-la em qualquer hipótese. Isto resta claro na ordem positiva, que veda a pena de morte, admitida excepcionalmente para a hipótese de guerra externa. Todo atentado contra a vida é crime, por ferir de forma mais profunda o regramento do convívio. Homicídio, infanticídio e aborto são os delitos mais abomináveis na história da humanidade.
>
> Diante da clareza do ordenamento brasileiro, insólito se pregue a possibilidade de interrupção da vida do anencéfalo. Compreende-se o sentimento de compaixão que deve envolver a mãe de um ser que talvez não tenha uma vida longa. Todavia, o sofrimento materno não legitima o sacrifício de uma vida.
>
> Por mais que se argumente com a inviabilidade da vida do anencéfalo, ninguém consegue sustentar que ele não seja provido desse milagre da vida. Ao termo da gestação esta criança que talvez não tenha cérebro terá

[595] LIMA, Carolina Alves de Souza Lima. Op. cit., p. 18.

> todos os membros, feições humanas, conformação que a identifica à sua espécie. Haverá quem tenha a coragem de lhe recusar o tributo à sua dignidade?
>
> (...) A vida não é um tema singelo. É inerente à condição humana enfrentar adversidades, frustrações e misérias. Mesmo assim, a humanidade não pode renegar sua espécie, nem se portar com irracionalidade e tratar seus exemplares mal formados como se foram lixo hospitalar. Exatamente por ostentarem debilidades e insuficiências, tais seres merecem amor redobrado. E quem a eles dedicar afeição e respeito crescerá em humanismo, se elevará acima da fraqueza e das baixezas dos desprovidos de consciência.
>
> Se algo existe insuscetível de graduação é a vida. Não por acaso foram vencidos os que gostariam que a Constituição Cidadã garantisse a 'vida digna'. Prevaleceu o direito intangível à vida. Sem qualificativos. Vida não se vincula a lapso temporal. Por breve seja e se reveste da plenitude de seus atributos. Dos quais o primeiro é a dignidade[596].

Entretanto, esta voz não é uníssona no mundo acadêmico, havendo posição diametralmente oposta. Segundo José Antônio Peres Gediel, pelo estágio atual da ciência, o anencéfalo é considerado como um ser morto, destacando:

> Assim, qualquer que seja o critério legal adotado, deve ser visto como transitório, pois a Medicina poderá alterar tais critérios e tornar possível a continuação da vida de pacientes que, para o atual estágio de desenvolvimento da Ciência, são considerados mortos, tais como anencéfalos, ou ainda trabalhar com questões complexas suscitadas por estados clínicos, a exemplo dos estados comatosos prolongados[597].

Maria Lúcia Fernandes Penna esclarece, conforme retro mencionado, seu posicionamento, afirmando:

> Defendemos a tese de que o feto anencefálico é um feto morto, segundo o conceito de morte neurológica. Esse feto, mesmo que levado a termo, não terá nem um segundo de consciência, não poderá sentir dor, ver, ouvir — em resumo, não poderá experimentar sensações. É, portanto, um feto morto porque não há potencialidade de se tornar uma pessoa, não há possibilidade de consciência devido à ausência de córtex cerebral[598].

---

[596] NALINI, José Renato. A gestante tem o direito de interromper a gravidez de feto anencéfalo? **Jornal do Advogado**, OAB-SP, edição de agosto de 2004. Disponível em: http://www.oabsp.org.br/jornal/ e http://www.portaldafamilia.org/artigos/artigo271.shtml. Acesso em: 02 ago. 2011.

[597] GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000. p.168.

[598] PENNA, Maria Lúcia Fernandes. Op. cit.

Esta corrente de pensamento fundamentou a doação de órgãos por neonatos anencéfalos, datando de 1988 o primeiro caso registrado[599]. Referida situação escancara a consideração dos anencéfalos como mortos, vez que sem tal construção doutrinária impossível pensar na doação de órgãos.

Samantha Buglione compartilha deste entendimento, colocando que:

> (...) para se ter direito à vida, é preciso estar vivo; (...) somente é possível proteger a vida, havendo vida. Isso pode parecer demasiadamente óbvio, mas não é. A discussão que ocorre no Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a antecipação de parto de fetos anencefálicos remete, exatamente, a este ponto. Um feto anencefálico é um feto vivo? O direito, pela Lei de Transplantes, na qual se define que morte é morte cerebral, diz que não. O que temos no caso do feto anencefálico é um organismo que vive. Da mesma forma que um coração que está sendo transplantado vive. Daí a pergunta: o direito à vida também existe para fetos que jurídica e tecnicamente estão mortos? Fora do útero um feto nestas condições vive tanto quanto alguém em morte cerebral vive sem os aparelhos. Sendo assim, uma vez havendo a ausência de vida, a interrupção da gravidez de feto anencefálico não pode ser classificada como aborto. E, não sendo caso de aborto, a última decisão do STF sobre a admissibilidade da argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) é totalmente legítima, porque não se trata de criar uma nova excludente de punibilidade no Código Penal, mas de afirmar que estes fetos, face a sua condição, estão mortos, logo em situação de atipicidade, e permitir, assim, que mulheres e casais possam escolher entre levar esta gestação até o final ou antecipar o parto[600].

A ADPF 54 foi responsável por difundir esta discussão nos bancos acadêmicos e no palco forense, de modo que a justificativa para a autorização judicial de abortos em casos de gestação anencefálica funda-se na ausência de vida deste feto. Esta antecipação terapêutica do parto teria justificativa na constatação da morte encefálica do nascituro, não havendo que se falar em aborto.

Dílio Procópio Drummond de Alvarenga traçou em seu discurso a seguinte opinião:

> (...) tem-se que, à luz da legislação brasileira, o feto anencefálico é um morto cerebral que, se chegar a termo, só está à espera do nascimento para morrer clinicamente. A gravidez, então, pode ser interrompida sem os contrangimentos da ameaça penal. Por sinal, diga-se que os órgãos do produto da intervenção podem, sem nenhum impedimento, ser aproveitados para fins de transplante ou tratamento. Dogmaticacamente, a

---

[599] ALATIS, A. J. Organ harvesting from anencephalic infants: health management over a sinkhole. **Health Matrix**, n. 4, v. 6, p. 3-11, California, Owings Mills, Md.: National Law Publishing affiliated with National Health Publishing,1988-1989. p. 6.

[600] BUGLIONE, Samantha. **Em defesa da vida.** Disponível em: http://www.portalbioetica.com.br/adm/artigos/anencefalia_samantha.pdf. Acesso em: 08 ago. 2011.

> razão da impunibilidade do aborto do feto anencefálico – que é um morto cerebral, prende-se à ausência de tipicidade, fundada em três causas: falta de objeto jurídico, falta de sujeito passivo próprio e falta de objeto material. O fato não é mais do que um quase-crime, na modalidade de crime impossível[601].

Em Michigan, um Comitê foi favorável à doação de órgãos por anencéfalos, mesmo diante do fato de a legislação responsável pelo conceito de morte encefálica não os incluir em seu conteúdo, atestando a morte destes seres face à ausência de uma formação encefálica que lhes permita desenvolver consciência[602].

Diante desta lacuna legislativa surgiram algumas propostas no sentido de serem criadas categorias jurídicas capazes de abarcarem estas situações, caso de Norman Fost, que propõe a denominação "cérebro ausente" pra definir esta categoria de seres humanos[603].

Alan Shewmon, contudo, criticando este posicionamento, argumentou pela desnecessidade de criação de uma nova categoria, vez que referida anomalia, além de muito rara, muitas vezes acaba culminando na interrupção da gestação[604]. Dessa feita, a ocorrência diminuta de casos de anencéfalos nascidos vivos torna desnecessária a criação de uma nova categoria dentro da já existente, a qual alberga os casos de morte encefálica.

É inegável, então, a divergência que encerra o assunto da anencefalia, sendo certo que a maior parte dos escritos se orienta para a discussão travada acerca do aborto nestas circunstâncias. A situação daquele que sobreviveu ao longo período gestacional, contrariando todas as estatísticas, resta ainda muito nebulosa na doutrina. A incompatibilidade do anencéfalo com a vida extrauterina seria capaz de por si só configurar o nascimento de um natimorto que chora, é amamentado, tem batimentos cardíacos e respira?

Os motivos que justificam a interrupção de uma gestação que possui como fruto um ser humano anencéfalo, por mais contundentes e juridicamente perfeitas que sejam, não se sustentam face ao nascimento deste ser, cuja presença de vida se busca anular.

As posições jurídicas que se imiscuem no tecnicismo médico desconsideram que a morte encefálica implica ausência de atividade do tronco encefálico, atividade esta presente na configuração do anencéfalo. Aliás, é justamente este tronco encefálico que lhe

---

[601] ALVARENGA, Dílio Procópio Drummond de. Anencefalia e aborto**. Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 324, 27 maio 2004. Disponível em: http://jus.uol.com.br/revista/texto/5167. Acesso em: 08 ago. 2011.
[602] ETHICS AND SOCIAL IMPACT COMMITTEE. Op. cit., p. 29.
[603] FOST, Norman. Op. cit.
[604] SHEWMON, D. A. Op. cit., p. 15.

permite ser dotado de reflexos rudimentares, garantindo uma existência, ainda que efêmera, independente de um suporte mecânico que lhe faça às vezes de gerenciador central de suas funções.

Dessa feita, estivessem corretos os argumentos jurídicos utilizados para embasar a autorização do aborto de anencéfalos, o registro correto a ser realizado quando de seu nascimento seria o de natimorto e não o de nascido vivo, expurgando-o da carapaça que protege o ser humano contra arbitrariedades e desmandos dos detentores de poder.

Os argumentos sustentados pelos defensores da interrupção da gestação de fetos anencéfalos devem ser aplicados tanto durante o período gestacional quanto o período posterior ao parto, de modo que esta simbiose parece ser esquecida por alguns imediatistas que propõem uma solução capaz de responder aos anseios de apenas um período, olvidando-se por completo que o desenvolvimento fetal culmina inevitavelmente com o nascimento.

6.3.1 Existência de vida

Uma das características do feto anencéfalo é justamente o irreversível processo que o leva a morte, que pode ocorrer ainda dentro do útero materno ou poucas horas após o parto[605].

No que tange ao exato momento em que o óbito se verifica, interessante notar que muitas são as sentenças na cidade de Buenos Aires que alegam ser o aborto do anencéfalo apenas o momento de sua morte e não a causa da mesma. Assim, nas autorizações de antecipação de partos de fetos não estaríamos frente a uma situação de eugenia, mas sim em face de situação na qual se busca evitar o nascimento de um feto sem vida[606].

Mais interessante ainda é constatar que não existe um consenso, de modo que nesta mesma cidade outros julgadores pensam de modo oposto, defendendo a impossibilidade de abortamento de fetos anencéfalos.

Foi justamente neste sentido o voto do Ministro Eduardo Lázzari, o qual declarou que "la vida, cualquiera sea el modo en que esté exteriorizada, merece respeto". No que tange ao ser anencefálico, entende ele que "con todos los defectos que su desarrollo

[605] BAVIO, Paula Severino. Op. cit., p. 121.
[606] Idem, p. 126.

demuestra sigue siendo persona humana. Y la vida, por más dificultades que presente y por más limitada que se exhiba, siempre es preferible a la no vida"[607].

O julgamento feito pelo Dr. Ernesto Ghione, neste mesmo caso concreto, foi no sentido de que "en nuestro derecho la vida no se define ni por su calidad ni por su deración. Es un bien jurídico en sí mismo"[608].

Cumpre destacar que referido julgado foi revogado pela Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina em 07 de dezembro de 2001 e que a Suprema Corte de Justiça da Província de Buenos Aires teve nova oportunidade de se manifestar acerca de caso semelhante ocorrido no "Hospital Interzonal de Agudos Eva Perón de Gral", quando manteve a decisão do Tribunal de Família de San Matín, autorizando, por conseqüência, a antecipação do parto de um anencéfalo[609].

A Declaração de Mônaco sobre Bioética e Direitos da Criança de abril de 2000 coloca mais um fator de divergência nesta discussão, dispondo que:

> O uso de dados médicos genéticos e fetais deve respeitar o princípio de não discriminação e não deve visar à redução ou eliminação da diversidade humana, nem à do elemento acaso, intrínseco à vida.
>
> A incapacidade de uma criança, independente da sua gravidade, nunca deve ser considerada como uma desvantagem[610].

Referida disposição legislativa reafirma o cuidado que deve ser adotado quando o assunto é estabelecer a existência ou não de vida de um ser humano recém-nascido, ainda que em função de uma malformação intrinsecamente relacionada com sua atividade encefálica.

É inegável a necessidade de estabelecer e adotar critérios de morte encefálica que se enquadrem melhor à situação peculiar do anencéfalo, permitindo, com isso, que aqueles que necessitem de seus órgãos para fins de transplante sejam atendidos em suas necessidades de concretização das possibilidades de viver, sem que isso signifique imposição de sofrimento, tratamento indigno ou adoção de princípios meramente utilitaristas em relação aos portadores desta anomalia[611].

---

[607] LABOMBARDA, Pablo Martín. Op. cit., p. 72.
[608] Idem, p. 72-73.
[609] Idem, p. 73.
[610] **Declaração de Mônaco**: considerações sobre a bioética e os direitos da criança. Disponível em: http://www.ulbra.br/pesquisa/docs/declarmonaco.doc. Acesso em: 03 abr. 2009.
[611] ZOBOLI, Elma Pavoni (rel.); GARCIA, Maria (rev.). Op. cit., p. 163.

Hoje, diante dos critérios existentes para diagnosticar a morte encefálica, segundo a Comissão de Bioética do Hospital das Clínicas da faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo e o Ethics and Social Impact Committee de Michigan, não há como permitir a doação de órgãos pelo anencéfalo com base única e exclusivamente nesta condição genética que lhe caracteriza. Em razão de não ser aceito o critério clínico, sem realização de exames complementares, a doação de órgãos do bebê diagnosticado com anencefalia apenas será possível quando da ocorrência da parada cardiorrespiratória, ainda que se corra o risco de inviabilizar a manutenção das condições de doação de seus órgãos. A constatação desta parada, cumpre ressaltar, não exclui a necessidade de autorização dos pais para que se viabilize a doação dos órgãos da criança[612].

Outro ponto de grande valia para esta temática é a constatação de que a dignidade humana independe da constatação de sinais eletroencelográficos, sendo referida proteção deferida, inclusive, às pessoas já falecidas.

Impende salientar que, segundo alguns doutrinadores, o reconhecimento da dignidade humana do anencéfalo proíbe a abreviação do seu curto tempo de existência, da mesma forma que impede o emprego de meios extraordinários de manutenção artificial de sua vida, prolongando-a indefinidamente[613].

Por outro lado, esta mesma dignidade reconhecida aos seres humanos é entendida por outros doutrinadores como aquela que tende ao desenvolvimento de uma vida isenta de sofrimentos físicos e psíquicos, fundamentado na condição humana da pessoa[614]. Assim, a mesma dignidade que sustenta a tese da impossibilidade do aborto é aquela que serve de fundamento para permitir a interrupção da gestação, o que demonstra, de forma clara, como a ciência jurídica é elástica, servindo um mesmo argumento para respostas opostas.

Lenise Aparecida Martins, professora do Departamento de Biologia Molecular da Universidade de Brasília (UnB) e presidente do Movimento Nacional da Cidadania em Defesa da Vida – Brasil sem Aborto, afirma que as hipóteses de diagnóstico de anencefalia não implicam um "tudo ou nada". Em suas palavras:

> A anencefalia apresenta variedades. Cada anencéfalo apresenta a sua anencefalia. Isso se mostra nas diferentes sobrevidas. Um por cento dos anencéfalos sobrevive cerca de três meses e, ocasionalmente, eles sobrevivem de sete a dez meses. Marcela foi chamada de recordista, mas

[612] Idem, p. 163-164.
[613] Idem, p. 164.
[614] LABOMBARDA, Pablo Martín. Op. cit., p. 80.

> não é. Temos casos de crianças no Brasil que sobreviveram por mais tempo[615].

Outrossim, a complexidade do diagnóstico de anencefalia acarretou divergências entre médicos acerca da doença da menina Marcela de Jesus. A questão que se colocou foi se ela de fato apresentava anencefalia ou qualquer outro tipo de malformação cerebral. O exame de ressonância magnética não pacificou a discussão, de modo que referido exame, realizado em momento posterior ao seu nascimento, não estabeleceu um consenso.

Como já mencionado acima, Thomaz Gollop, especialista em medicina fetal e professor da USP, concluiu, em reunião realizada com uma junta médica, que a anomalia apresentada por Marcela era menos grave que o diagnóstico da anencefalia[616].

Lenise, em sua exposição, indaga "se seria possível ter certeza do diagnóstico quando o feto ainda está dentro do útero da mãe?", e responde: "não temos condições de dizer que o anencéfalo não tem consciência. Eu nunca vi um morto cerebral ter crise epiléptica, o que geralmente acontece antes deles morrerem. Pode existir um certo grau de consciência, que permite a interação com a mãe. Foge à verdade dizer que a criança com anencefalia tem morte encefálica. Ela só pode morrer porque está viva". Assim, ela conclui que no momento em que o Supremo Triunal Federal permitir o aborto de anencéfalos, realizando uma flexibilização das normas positivadas, estar-se-ia estatuindo que "uma vida fragilizada não merece viver". Com isso, o Judiciário acaba questionando a seara ética, que rege a Constituição[617].

Ricardo D. Rabinovich-Berkman, neste sentido, afirma que:

> La anencefalia, pues, es compatible con la vida extrauterina, si bien no con una vida extrauterina larga, ni mucho menos feliz. La bebita Karg parece haber tenido, según vimos, momentos de paz. Pero no puede decirse que esa sea la regla, y en el propio caso de Mary Elizabeth, su padre, con gran sinceridad y honradez, describe lo agónico de su breve existencia.
>
> Pero, ¿es el sufrimiento de alguien una razón válida para matarlo, o acortarle deliberadamente la vida, por limitadas que sean sus expectativas? Nótese que, al tratarse de criaturas recién nacidas, siempre estaríamos ante supuestos de decisión exógena. Es decir, tomada por otros. Sería un típico cuadro de "eutanasia heterónoma", derivada de la

---

[615] Disponível em: http://www.hojenoticias.com.br/direito/aborto-em-casos-de-anencefalia-esta-ligado-a-pratica-da-eutanasia-diz-deputado/. Acesso em: 21 set. 2009.
[616] IWASSO, Simone e LEITE, Fabiane. Op. cit.
[617] Disponível em: http://www.hojenoticias.com.br/direito/aborto-em-casos-de-anencefalia-esta-ligado-a-pratica-da-eutanasia-diz-deputado/. Acesso em: 21 set. 2009.

> consideración de la vida del bebé con anencefalia como lebensunwertes Leben, en la ominosa terminología de Karl Binding y Alfred Hoche, tan empleada por los ideólogos nazis: "vidas que no merecen ser vividas".[618]

O Supremo Tribunal do Estado da Flórida entendeu, em um de seus julgados, que não haveria como estender o conceito de morte encefálica para abranger o feto anencéfalo, de modo que seu nascimento configuraria, sem sombra de dúvidas, nascimento de um ser vivo. A questão da aplicabilidade da morte encefálica aos casos de anencefalia seria, então, questão de política pública, uma vez que não se encontrou qualquer base jurídica capaz de equiparar, por analogia, a anencefalia ao conceito de morte[619].

Aliás, ao tratar do tema da analogia, Maria Helena Diniz afirma:

> (...) encontra-se na igualdade jurídica já que o processo analógico constitui um raciocínio baseado em razões relevantes de similitude, fundando-se na identidade de razão que é o elemento justificador da aplicabilidade da norma a casos não previstos, mas substancialmente semelhantes, sem contudo ter por objetivo perscrutar o exato significado da norma, partindo, tão-só, do pressuposto de que a questão *sub judice*, apesar de não se enquadrar no dispositivo legal, deve cair sob sua égide por semelhança da razão[620].

Pela visão de Márcio Fabri:

> O conceito de morte nos casos de anencefalia é outro aspecto que merece atenção. É preciso notar aqui, por um lado, um dado biológico e técnico, transformado em grande parte em atual consenso, segundo o qual a morte se entende como cerebral e não apenas encefálica. Fetos e neonatos anencéfalos são, portanto, seres vivos até que se lhes ocorra a morte cerebral. Para efeito de transplante, encontram-se neste sentido em paridade de situação com pessoas adultas em estado de morte encefálica, mas não cerebral, sobre as quais não se admite a retirada de órgãos. Por outro lado, os casos de anencefalia permitem perceber como manejamos a morte nas situações-limite. Duvido que, se houvessem recursos técnicos para tanto, eticamente devêssemos fazer esforços para prolongar a vida de um neonato anencéfalo. Como também seria eticamente inaceitável, se houvesse meios, prolongar sua vida para torná-lo um banco de órgãos em disponibilidade. Isto significa que há um respeito por sua condição humana, e ao mesmo tempo uma acolhida à sua morte previsível e admissível[621].

---

[618] RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D.. **Una aproximación a la problemática jurídica de la anencefalia**. Disponível em: http://www.revistapersona.com.ar/Persona26/26Rabinovich.htm. Acesso em: 15 abr. 2011.

[619] **Caso TACP**, j. 12.11.1992. Disponível em: http://courses.dce.harvard.edu/~phils4/tacp.html. Acesso em: 15 abr. 2011.

[620] DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 411-412.

[621] KIPPER, Délio; HOSSNE, Williarn Saad. Op. cit.

Segundo Pablo Martín Labombarda, as estruturas encefálicas que estão presentes no anencéfalo emitem sinais inequívocos de atividade, não havendo como atestar a ausência total de movimento bioelétrico. Logo, não há como considerar o ser anencéfalo nascido como natimorto, uma vez que a legislação, ao mencionar o conceito de morte encefálica, não enquadra aqueles que possuem uma mínima atividade cerebral. O anencéfalo é, então, um ser vivo, ainda que sua vida seja considerada efêmera[622].

Hossne e Segre também compartilham desta indignação, esposando o pensamento de que

> Consideram-se inaceitáveis as práticas, realizadas em alguns centros médicos, inclusive no Brasil, em que se mantém em vida o feto inviável, artificialmente, com o objetivo único de preservar a integridade dos tecidos a serem transplantados. Menospreza-se, nessa situação, o sofrimento que o feto, certamente tem, já sendo dotado de sistema nervoso central[623].

Essa, contudo, não é a opinião da FIGO (Federação Internacional de Ginocologia e Obstetrícia), para a qual se admite que o propósito da doação de órgãos constitua uma base ética para que a gestante faça a opção por continuar a gravidez de um feto anencéfalo, desde que tenha sido corretamente informada e aconselhada. Isso significa que, quando ocorre o nascimento de uma criança anencéfala, a qual possui sinais vitais, mas não possui o desenvolvimento do encéfalo, esta deve ser vista como morta cerebral, de modo que, com a autorização dos genitores, ela deverá ter sua vida mantida artificialmente com fito de servir para a doação de órgãos[624].

Aliás, essa nova perspectiva da doação de órgãos poderia, segundo alguns doutrinadores, servir como sentido a esta gestação fadada ao insucesso, sendo uma forma de minorar o sofrimento da família que aguarda o nascimento daquele ser[625].

Cumpre ressaltar que, no entanto, é comum que fetos anencéfalos apresentem outras malformações que tornem inviável a doação de órgãos[626]. Aliás, permitir que eles sirvam como doadores de órgãos é uma forma de imediatizar o ser humano, conferindo a ele um valor apenas e tão somente em função da utilidade que dele se pode obter[627].

---

[622] LABOMBARDA, Pablo Martín. Op. cit., p. 90-91.
[623] SEGRE, Marco; HOSSNE, William Saad. Op. cit.
[624] LABOMBARDA, Pablo Martín. Op. cit., p. 87.
[625] Idem, p. 72.
[626] ARRIBALZAGA, Eduardo. Transplante de órganos: ¿Puede ser el feto anencefálico um donante potencial? In: **Anales de la Facultad de Medicina.** Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2001. n. 4, v. 62, p. 355 e ss.
[627] LABOMBARDA, Pablo Martín. Op. cit., p. 90.

Segundo Paulo César Busato, se a falta de atividade cerebral possui o condão de determinar a morte de um ser humano, não haveria como proteger o bem jurídico "vida" onde ela não existe. Dessa feita, havendo um conceito médico de morte cerebral, capaz de determinar o momento em que se encerra a existência da pessoa humana, não haveria que se falar em aborto punível nos casos em que o feto não possui tal atividade encefálica, vez que a vida não estaria presente[628].

No que tange, então, à responsabilidade penal, esta deve ser condizente com o restante da legislação, conceito este chamado de tipicidade conglobante por Zaffaroni.

A morte encefálica, assim, segundo Maria Auxiliadora Minahim,

> (...) corresponde à morte clínica e instala-se quando, além de lesionada a área cortical, o tronco encefálico é também atingido de forma irreversível. Neste estado, não há como se comandar as demais funções do organismo, que podem ser mantidas, provisoriamente, por suportes artificiais, embora já se tenha iniciado um processo irreversível de deterioração dos diversos órgãos. No Brasil, tal conceito foi introduzido com a primeira lei de transplantes de órgãos, Lei 5.479, de 1968, e permanece na Lei 9.434/97, com as alterações impostas pela Lei 10.211/2001. No que tange ao paciente nesta situação, embora possam ser feitas restrições ao critério de morte encefálica, o desligamento de aparelhos não configura homicídio ou eutanásia, porque o bem jurídico vida já não existe, ou, ao menos, não existe na forma convencionada[629].

Sendo assim, frente a todo o exposto, não há como aplicar os critérios de diagnóstico de morte encefálica ao anencéfalo. A despeito de posicionamentos contrários, a atividade do tronco encefálico impede a constatação do óbito em seres humanos portadores desta anomalia.

Não bastasse isso, como já restou destacado, o diagnóstico de morte encefálica apenas é passível de ocorrer após o sétimo dia de vida de um indivíduo, sendo certo que muitos anencéfalos sequer chegam a completar este período de existência para que fosse possível a realização de referido diagnóstico.

Logo, é patente a existência de vida nos portadores de anencefalia, vez que inviável seu diagnóstico de morte encefálica, por ausência dos critérios que a determinam. O viés utilitarista que direciona posicionamento contrário deve buscar na reforma legislativa a resposta aos seus anseios, não sendo possível desconsiderar o ordenamento

---

[628] BUSATO, Paulo César. Tipicidade material, aborto e anencefalia. **Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas**, RECJ 01.04.2004. Disponível em http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/25.%20Anencefalia_e_%20aborto.pdf. Acesso em 15 abr. 2011.

[629] MINAHIM, Maria Auxiliadora. **O direito penal na regulação da vida e da morte ante a biotecnologia.** 2005, 239 p. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005. p. 156-157.

jurídico vigente, enterrando a segurança jurídica que o permeia, apenas e tão somente para viabilizar o transplante de órgãos e tecidos de neonatos anencéfalos.

6.3.2 Interrupção da gestação

O grande dilema que enceta a questão da anencefalia reside justamente na interrupção da gestação em tais condições. A necessidade de autorização judicial e a ausência de material legislativo a amparar esta conduta têm conformado decisões díspares no que tange a esta temática, ceifando a segurança jurídica que se espera de um Estado Democrático de Direito.

Gabriel Mazzinghi entende que a dificuldade em continuar com a gestação de um anencéfalo, apesar de requerer condutas tidas por heroicas, não pode servir de fundamento para uma decisão que implique a morte de um ser inocente. Em contraposição a este argumento, Paula Severino Bavio salienta que em um estado republicano seria absurdo exigir, como parâmetro de conduta, atitudes heroicas, deixando expresso também seu repúdio ao uso da palavra "inocente", já que seu contraposto seria uma "vida culpável"[630]

Gil Dominguez coloca que não existe um preceito decorrente do bloco de constitucionalidade que estabeleça um direito à vida desde a concepção que seja absoluto, inalienável, natural. Desde a concepção a vida humana deve ser, sem sombra de dúvidas, protegida, mas não existe uma proteção que seja absoluta. Desta feita, é plenamente possível que, diante do conflito de interesses, prevaleça outro direito constitucionalmente protegido sobre o direito à vida do feto em formação[631].

Em um caso julgado pela Corte Suprema de la Nación Argentina, denominado *S.T. c/ Gob. de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo*, entendeu-se que o eventual falecimento do ser anencéfalo não seria consequência natural do seu nascimento, mas sim da patologia grave que ele carrega. Dessa feita, é da própria condição da patologia que sua maior dimensão será verificada quando da separação do feto do seio materno, vez que este

[630] BAVIO, Paula Severino. Op. cit., p. 123.
[631] DOMÍNGUEZ, Andrés Gil. **La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y el parto inducido de una vida humana en formación**: de cuando las convicciones personales se imponen a los valores constitucionales en el ejercicio de la jurisdicción constitucional. Buenos Aires: La Ley, 2001. p. 1293-1.298.

momento último evidencia de forma cabal sua inaptidão para desenvolver uma vida autônoma[632].

Ante o exposto, o falecimento do ser anencefálico seria uma decorrência exclusiva da patologia congênita que possui. A antecipação do parto, então, não possuiria o condão de determinar sua morte, garantindo-se, assim, a proteção a sua vida desde a concepção nos exatos termos declarados pelos direitos fundamentais[633].

Neste mesmo caso, o voto proferido pelo Dr. Julio Nazareno destacou que a patologia em questão é posterior à concepção, ou seja, é ulterior ao momento em que teria começado a existência da pessoa, de modo que teríamos uma pessoa por nascer que padece de um "acidente", qual seja a anencefalia, o qual não altera sua condição. Dessa forma, o diagnóstico da inexistência de cérebro ou sua malformação não possui o condão de transformar os seres que carregam esta anomalia em produtos subumanos. Logo, o ser anencefálico é uma pessoa por nascer como qualquer outra, merecendo o respaldo da legislação[634].

Luis Fernando Veríssimo, em frase ilustre, mostra-nos a contradição que encerra este tema: "É 'de esquerda' ser a favor do aborto e contra a pena de morte, enquanto direitistas defendem o direito do feto à vida, porque é sagrada, e o direito do Estado de matá-lo se ele der errado"[635].

Segundo Mário Quintana "o aborto não é, como dizem, simplesmente um assassinato. É um roubo... Nem pode haver roubo maior. Porque, ao malogrado nascituro, rouba-se-lhe este mundo, o céu, as estrelas, o universo, tudo. O aborto é o roubo infinito"[636].

Para Fernando Sabino, "matar não é tão grave como impedir que alguém nasça, tirar a sua única oportunidade de ser. O aborto é o mais horrendo e abjeto dos crimes. Nada mais terrível do que não ter nascido!"[637].

Demonstrada a divergência, a antecipação do parto, possível apenas a partir da 24.ª semana de gestação, surge como alternativa para conciliar os direitos do nascituro com os direitos garantidos à gestante.

---

[632] Caso Silvia Tanus contra GCBA sobre amparo (art. 14 CCABA) (LABOMBARDA, Pablo Martín. Op. cit., p. 75-76).
[633] Idem, p. 77.
[634] Idem, p. 76.
[635] Disponível em: http://www.pensador.info/p/morte/1/. Acesso em: 04 abr. 2009.
[636] Disponível em: http://www.pensador.info/p/vida_e/1/. Acesso em: 04 abr. 2009.
[637] Idem.

É justamente neste sentido o conteúdo da Lei 1.044 da Cidade de Buenos Aires, segundo a qual, em seu art. 6.º, permite-se a antecipação do parto em gestações de fetos que apresentem incompatibilidade com a vida, desde que alcançada a 24.ª semana de gestação[638].

O maior problema que esta opção não soluciona é o tempo de espera que a gestante terá que aguardar para poder proceder à antecipação do parto. O diagnóstico da anencefalia corresponde a uma malformação que pode ser detectada desde a 10.ª semana de gestação[639].

Segundo Cypel e Diament, o diagnóstico da anencefalia pode ser obtido por um exame de ultrassonografia ou da dosagem de alfafetoproteína, de modo que esta última decorre da análise do soro materno e do líquido amniótico por volta da 12.ª a 16.ª semana de gestação[640].

Dessa forma, as demais 14 semanas, até atingir a 24.ª semana gestacional, continuam sendo um problema sem solução à luz do direito argentino e daqueles que entendem pela antecipação do parto como resposta bioética para o drama vivenciado por estas mães que aguardam, no dia que deveria ser o mais feliz de suas vidas, o que será marcado como o mais triste de sua jornada.

Ressalta-se, ainda, que a expressão *antecipação terapêutica do parto* foi cunhada por Diaulas Costa Ribeiro com o intuito de diferenciar este procedimento daquele denominado aborto. Segundo referido autor, no aborto existe uma intenção deliberada em causar a morte do feto, o que não se verifica na antecipação terapêutica do parto. Nesta última, o óbito do ser concebido é decorrência da anomalia da qual é portador e não de sua retirada precoce do útero materno[641].

Impende destacar que a legislação brasileira não conta com a permissão expressa para a antecipação do parto nestas condições. Caso uma gestante queira levar a

---

[638] Referida lei se encontra nos anexos à presente tese.

[639] A respeito deste assunto recomenda-se o acesso ao site: http://www.anencephalie-info.org/p/perguntas.php, segundo o qual "um especialista experiente usando um exame de ultrassom de alta resolução pode detectar a anencefalia logo pela 10.ª semana. Em circunstâncias não ideais, contudo, a anencefalia não pode ser detectada ou excluída por um exame de ultra-som até a 16.ª semana de gravidez. Os níveis de Alfa Feto Proteína podem ser medidos por exame do soro materno (exame de sangue). Se os níveis são altos, há o risco que a criança possa sofrer de um DSTN. Testes posteriores devem ser feitos exame de ultra-som ou amniocentese (punção do útero para retirada de amostra de líquido amniótico) para determinar se há realmente um problema. Os exames devem ser feitos entre a 15.ª e a 20.ª semana, sendo a melhor época a 16ª semana". Acesso em 15 abr. 2011.

[640] CYPEL, S.; DIAMENT, A. **Neurologia infantil** cit., p. 751.

[641] RIBEIRO, Diaulas Costa. Op. cit., p. 106.

efeito este direito reconhecido em ordenamentos alienígenas, segundo entendimento majoritário, será necessária uma autorização prolatada por um magistrado brasileiro.

A lacuna presente no direito positivo é sanada por alguns doutrinadores, vestidos das vestes talares de juízes, tomando-se por base a ausência de atividade encefálica dos fetos anencéfalos, e, com o recurso da analogia, concluem a inexistência de vida, impossibilitando, dessa feita, a tipificação do delito de aborto.

As decisões neste sentido, imbuídas do espírito prático e utilitarista de Jeremy Bentham, desconsideram os critérios traçados pela medicina para a constatação da morte encefálica, elevando a inviabilidade de uma vida longa a elemento determinante de suas razões de decidir[642].

Verifica-se que a divergência presente na doutrina também reflete na jurisprudência, sendo certo que não há uma uniformidade de entendimentos no sentido da autorização ou não da antecipação do parto de anencéfalos.

Contudo, aquelas decisões que trilham sua *ratio decisis* na Lei de Transplantes de Órgãos e Tecidos estão desprovidas do amparo legislativo, fundamentando seus argumentos em bases arenosas e movediças, cuja construção não possui a solidez que se espera de uma jurisprudência.

A autorização do aborto ou da antecipação de parto de anencéfalos, como já se registrou, é plenamente possível com base no risco à vida da gestante, hipótese esta já prevista em nosso ordenamento como excludente de ilicitude. Não é necessário um malabarismo jurídico para permitir tais situações, tampouco autorização judicial.

A analogia, então, deve ser aplicada apenas e tão somente a hipóteses semelhantes, nas quais o mesmo fundamento jurídico esteja presente. Não é o que se verifica na questão da anencefalia, na qual a atividade do tronco encefálico, aliada à tenra

---

642 "Penal – *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário – Interrupção terapêutica da gravidez – Patologia considerada incompatível com a vida extrauterina – Feto anencéfalo – Atipicidade da conduta – liberdade ambulatorial – Princípio da dignidade humana – Gestação em estágio avançado para a realização do aborto – Ordem prejudicada. 1. A via do *habeas corpus* é adequada para pleitear a interrupção de gravidez fora das hipóteses previstas no Código Penal (art. 128, I e II), tendo em vista a real ameaça de constrição à liberdade ambulatorial, caso a gestante venha a interromper a gravidez sem autorização judicial. 2. Não há como desconsiderar a preocupação do legislador ordinário com a proteção e a preservação da vida e da saúde psicológica da mulher ao tratar do aborto no Código Penal, mesmo que em detrimento da vida de um feto saudável, potencialmente capaz de transformar-se numa pessoa (CP, art. 128, I e II), o que impõe reflexões com os olhos voltados para a Constituição Federal, em especial ao princípio da dignidade da pessoa humana. 3. Havendo diagnóstico médico definitivo atestando a inviabilidade de vida após o período normal de gestação, a indução antecipada do parto não tipifica o crime de aborto, uma vez que a morte do feto é inevitável, em decorrência da própria patologia. 4. Todavia, considerando que a gestação da paciente encontra-se em estágio avançado para a realização do aborto, deve ser reconhecida a perda do objeto da presente impetração. 5. Ordem prejudicada" (STJ, HC 88.720/RS, 5.ª T., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJ* 15.10.2007)

idade do feto, impede um diagnóstico de morte encefálica nos parâmetros traçados por nosso ordenamento.

Dessa feita, a interrupção da gestação, seja ela pelo aborto ou pela antecipação do parto, deve ser fundamentada nos ensinamentos médicos e na legislação vigente, única capaz de garantir um piso de segurança jurídica apta a fazer frente aos anseios de uma comunidade construída sob as sólidas bases de um sistema normativo positivo.

6.3.2.1 Tipificação do aborto e suas excludentes de ilicitude

A etimologia da palavra aborto impõe a ideia de privação do nascimento, vindo da conjugação dos termos *ab-ortus*. Enquanto *ab* indica privação, *ortus* refere-se a nascimento, o que, juntos, sugerem a interrupção da vida fetal. Sua verdadeira origem, contudo, encontra-se na palavra latina *aboriri,* cujo significado é "separar do lugar adequado", representando "a interrupção da gravidez com ou sem a expulsão do feto, resultando na morte do nascituro"[643].

O aborto era definido no direito canônico como a *ejectio foetus humani immaturi ex utero matris*, que, traduzindo, significa expulsar o feto humano imaturo do útero materno. Aborto é, portanto, a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção.

A evolução do tratamento concedido ao aborto foi no mesmo sentido da proteção concedida aos direitos humanos, ou seja, a valorização da vida humana em todas as suas formas fez com que o aborto passasse de fato atípico para crime praticado pela própria mãe ou por terceiro. Isso é melhor ilustrado com o direito romano, ordenamento no qual o aborto não era punido, uma vez que o embrião era visto como *mulieris portio vel viscerum*.

Contudo, em aparente contramão de uma evolução, que parecia até então irrefreável, passou-se a discutir novamente a legalidade do aborto, dando uma nova roupagem aos seus argumentos. O foco, que estava na vida do embrião quando da criminalização desta conduta, passou para a dignidade e liberdade da mãe em determinar o destino de sua própria vida e, mais, de seu próprio corpo.

O aborto, então, de fato típico, punível e culpável, passou a ser permitido em legislações alienígenas, de modo que valores e direitos foram contrabalanceados, tornando

[643] DE PAULO, Antônio (org). **Pequeno dicionário jurídico**. Rio de Janeiro: Ed. DP&A, 2002. p. 13.

referida conduta atípica. O direito nada mais é do que uma tábua de valores que cristaliza critérios socialmente aceitos em uma determinada comunidade, sendo a possibilidade de retirada do embrião do ventre materno, com o encerramento de sua vida, uma opção que passa pelo crivo social.

Dessa feita, os direitos fundamentais mudaram de perspectiva, o que não deve ser entendido como uma involução ou um retrocesso, vez que há uma contraposição de normas protetivas, elegendo-se aquelas que focam sua base na gestante.

Marilena Chauí afirma que o debate acerca do aborto sustenta-se em três eixos. O primeiro deles é o religioso, que indaga sobre o pecado; o segundo é o jurídico, cujo questionamento refere-se ao crime e; o terceiro é o biológico, que relaciona o aborto à morte. Identifica-se uma função repressiva do feto, olvidando-se os direitos e vontades da gestante quando o assunto é a interrupção de uma vida. Este panorama, segundo a autora, justifica-se em uma visão machista, que impõe à mulher o fardo da culpa por sua decisão, resumindo a sexualidade humana ao aspecto restrito da reprodução[644].

Por outro lado, Antônio Chaves entende que "não constituímos, cada um de nós, senão um elo dessa imensa corrente fluida que é a vida e que, por isso mesmo não temos o direito de interromper", concluindo seu raciocínio no sentido de que o aborto deve ser considerado crime, salvo em casos excepcionais[645].

A questão da tipificação do aborto e das excludentes da sua ilicitude é justamente a temática que traz o assunto da interrupção da gestação de anencéfalos para a seara do direito penal. A despeito de posições contrárias ao tratamento jurídico da questão, é fato que os magistrados possuem o dever constitucional de intervir em situações nas quais haja colidência de direitos fundamentais, preservando e equilibrando direitos e garantias positivados em nossa Constituição, não podendo, contudo, olvidar-se que tais decisões devem ser tomadas em um prazo útil, sob pena de ineficácia desta intervenção[646].

Insta salientar a diferenciação que deve ser feita entre aborto e parto prematuro. A medicina considera como aborto a interrupção da gravidez realizada antes da 24.ª semana de gestação, de modo que após, este prazo, qualquer intervenção no sentido de retirar o feto do útero materno será considerada como parto prematuro ou induzido[647].

Neste sentido, o Observatório Argentino de Bioética recomenda que os casos de gravidez de fetos que apresentem incompatibilidade com a vida sejam interpretados

---

[644] CHAUÍ, Marilena. **Repressão sexual**: essa nossa (des)conhecida. São Paulo: Brasiliense, 1984. p. 212.
[645] CHAVES, Antônio. **Direito à vida** cit., p. 25.
[646] LABOMBARDA, Pablo Martín. Op. cit., p. 102.
[647] Idem, p. 26.

como casos de aborto não puníveis, vez que a saúde física e psicológica da mulher gestante se em encontra em risco[648].

O perigo à saúde da gestante pode ser entendido como um estado de necessidade justificante, configurador do aborto terapêutico, causa excludente da ilicitude. Contudo, para o doutrinador Sebastián Soler, o aborto terapêutico praticado preventivamente é figura distinta da situação de necessidade, uma vez que esta última sempre pressupõe uma situação de urgência[649].

Alguns países, em conformidade com a evolução médica e tecnológica, admitem o aborto de fetos que apresentem alguma malformação grave, sendo exemplo a Colômbia, na qual, diante da inviabilidade da vida, se eleva a dignidade humana da gestante a um patamar superior em relação ao feto que ela carrega[650].

Outro caso de relevo foi o *K.N.L.H. v. Peru*, julgado pelo Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, o qual culminou com a condenação do Estado em questão pela não realização do procedimento de aborto em uma menor de 17 anos[651].

O ordenamento jurídico penal brasileiro, corroborando o comando Constitucional, protege a vida do ovo, do embrião ou do feto, criminalizando a conduta da

---

[648] **Salud Pública y Anencefalia**. Buenos Aires, publicado por FLACSO Argentina e CEDES, 2004. Disponível em: http://www.flacso.org.ar/uploaded_files/Publicaciones/dt1_Salud.Publica.y.Anencefalia.pdf. Acesso em: 05 ago. 2010.

[649] SOLER, Sebastián. **Derecho penal argentino**. 2. ed. Buenos Aires: TEA, 1963. t. III. p. 110-113.

[650] "Sentencia C-355/06 de la Corte Constitucional – Sentencia que despenaliza parcialmente el aborto en Colombia

El 10 de mayo de 2006, la Corte Constitucional de Colombia produjo un fallo histórico a favor de los derechos humanos de las mujeres en el país. Mediante la Sentencia C-355/06 del 10 de mayo de 2006, la Sala Plena del Tribunal Constitucional decidió despenalizar la práctica del aborto en tres circunstancias específicas:

a) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; b) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; c) cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

(…) La dignidad humana se constituye así en un límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal, aun cuando se trate de proteger bienes jurídicos de relevancia constitucional como la vida.

En tal medida, el legislador al adoptar normas de carácter penal, no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especia humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear.". Disponível em: http://www.despenalizaciondelaborto.org.co/Sentencia-C-355-06-de-la-Corte. Acesso em: 19 abr. 2011.

[651] "4.2.4 Abortion (p. 465): In its first case involving abortion, the Human Rights Committee held that the refusal by State medical authorities to authorize a therapeutic abortion, after a gynaecologist and obstetrician recommended the procedure, violated the International Covenant on Civil and Political Rights. In K.N.L.H. v. Peru, the Committee determined that the refusal to grant the abortion, which caused the author to witness her newborn daughter's deformities and subsequent death shortly following birth, as well as to suffer a deep state of depression, constituted violations of articles 7, 17 and 24, in conjunction with article 2 of the Covenant. (Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 40 (A/61/40), vol. II, annex V, sect. BB, communication No. 1153/2003, K.N.L.H. v. Peru.)". Disponível em: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training9add1.pdf, p. 24. Acesso em 19 abr. 2011.

gestante que provoca o aborto em si mesma, ou consente que outrem lho provoque, bem como do terceiro que, com ou sem o consentimento daquela que carrega a vida intrauterina, interrompe a gravidez com a morte do produto da concepção. Veja-se, portanto, que o ordenamento jurídico inicialmente protege a vida, impondo o dever de não abortar.

A criminalização do aborto, por si só, não tem o condão de proteger a vida, como pretende o legislador. Isso porque a penalização torna-se inoperante diante da vontade irrefreável da extirpação do produto concebido, o que ocorre pelos mais variados motivos que assolam a gestante, tanto de cunho psicológico, como econômico, cultural ou social[652].

Como bem asseverou Mariângela Gama de Magalhães Gomes, não há ameaça criminal capaz de impedir o aborto diante da decisão tomada. A intenção abortiva cede passo e prepondera sobre o instinto gestacional. O medo imposto pela tipificação criminal é menor do que a possibilidade do nascimento de uma criança[653].

Consciente dessa condição humana, o legislador pátrio retirou o rigor da pena e possibilitou, em algumas exceções, a prática legal do aborto. Dentro da proporcionalidade da vida e da condição psicológica, da saúde e da vontade da gestante, estas preponderam em relação à nova vida.

O art. 128, do Código Penal, deixa de punir o aborto, tornando-o lícito, se praticado por médico em duas situações, quais sejam: se não há outro meio de salvar a vida da gestante e se a gravidez resultar de estupro.

A primeira hipótese, segundo Júlio Fabbrini Mirabete, é a do aborto necessário ou terapêutico, que, para parte da doutrina, corresponde à espécie de estado de necessidade, consistente na eliminação da vida fetal em favor da vida da gestante. Isso porque a vida da gestante corre perigo de perecer[654].

Significa dizer que, diante da ponderação de bens, a vida da gestante prevalecerá diante dos riscos impostos pela gravidez. A vida da gestante, por se encontrar em desenvolvimento pleno, merece guarida com a interrupção da gravidez, contrapondo-se a álea da vida daquele que está para nascer. A gestante não está obrigada a sacrificar a sua vida pela do feto. Privilegia-se, portanto, a sua dignidade.

---

[652] DA COSTA, Helena Regina Lobo. **Mulher e direito penal**. São Paulo: Forense, 2007. p. 221.
[653] GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Descriminalizar é salvar vidas. Boletim IBCCrim, n. 151, v. 13, p. 19, São Paulo, jun. 2005.
[654] MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código Penal interpretado**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 981.

A segunda hipótese de aborto lícito previsto pelo ordenamento penal é no caso de gravidez resultante de estupro. Na visão de Júlio Fabbrini Mirabete, trata-se do aborto sentimental, ético ou humanitário. Para ele, a norma permissiva justifica-se porque a mulher não deve ficar obrigada a cuidar de um filho resultante de coito violento, não desejado, além do risco de problemas hereditários de saúde mental[655].

A vida cede passo à vontade da gestante, que não é obrigada a garantir a maturidade do período gestacional em prejuízo de sua dignidade, como mulher que fora violentada. A manutenção da vida corresponderia à renovação constante dos momentos de humilhação sexual que originaram a concepção de um novo ser.

Visando preservar a vida e a dignidade da gestante, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 4.725/2009, de autoria do Deputado Federal Flávio Bezerra, que dispõe sobre a assistência para a mulher vítima de estupro que vier a optar por realizar o aborto legal[656]. Segundo a proposta legislativa, toda mulher vítima de estupro que optar por realizar o aborto legal terá direito a uma bolsa auxilio por um período de três meses. Igual benefício terá a mulher que sofre aborto espontâneo, desde que a concepção seja originária de uma relação criminosa.

O autor do projeto justificou a sua elaboração com a seguinte proposição:

> O Código Penal Brasileiro, desde 1940, permite o aborto, desde que se não há outro meio de salvar a vida da gestante ou se a gravidez decorre do estupro. No Brasil a lei relativa ao abortamento é restritiva e permitida, nas duas exceções que estão previstas no artigo 128, I do Código Penal, que aqui transcrevo.
>
> **Art. 128 -** Não se pune o aborto praticado por médico:
>
> **I** – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
>
> **II** – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.
>
> Em relação às consequências da violência sexual deferida contra a mulher, a gravidez destaca-se pela complexidade das reações psicológicas, sociais e biológicas sofridas durante e após a gestação. Em decorrência desta violência, a gestação indesejada ou forçada é encarada como uma segunda violência, uma vez seria um ônus desmesurado a gravidez, nesta situação, que tende a gerar um

[655] Idem, p. 982.
[656] **Bolsa aborto.** Disponível em: http://www.conteudo.com.br/providafamilia/bolsa-aborto. Acesso em: 12 jul. 2011.

> enorme sofrimento, dor e angústia prejudicando diretamente a gestante.
>
> Fato que se agrava ao pensarmos na perspectiva da mulher de ter um filho da pessoa que a violentou, o que não se encerra com o parto, pelo contrário, com o nascimento tende a se complicar na relação entre a mãe e seu filho. Portanto, o direito da mulher grávida em exercer o seu direito de abortar é um direito da mulher e já é garantido pela nossa legislação através do Código Penal em seu artigo 128, inciso II e deve ser respeitado e cumprido de acordo com os ditames legais e em acordo com os procedimentais médicos corretos.
>
> (...) É importante ressaltar que as mulheres que sofrem violência sexual, merecem respeito e conforto. Cabe ao Estado oferecer as condições necessárias para que o direito ao aborto legal seja exercido adequadamente. E assim, diante das tantas histórias de dor, sofrimento e luta por seus direitos, essas mulheres transformam em resistência o medo e o preconceito que são obrigadas a suportar para fazer valer seu direito ao aborto legal previsto em nossa legislação.
>
> (...) Assim ao tomar a decisão de fazer o aborto legal, ela terá que conviver com o fato de ter retirar um fruto da violência sexual e ao mesmo tempo de retirar um filho de suas entranhas, portanto, faz-se necessário auxiliar e ajudar esta mulher, assistindo-a com uma bolsa-auxílio para que tenha acesso a um tratamento médico e psicológico em período de grandes conflitos emocionais decorrentes da violência[657].

Extrai-se, portanto, que o legislador justifica o projeto de lei em questão no intuito de proteger a mulher, oferecendo meios qualitativos para proteção de sua vida diante da irrefreável prática do aborto em hipóteses de estupros, com o oferecimento de incentivos, não à prática do aborto, mas do aborto "legal".

As mencionadas hipóteses previstas pelo legislador autorizam, então, o aborto diante da necessidade de proteger a mulher em seus direitos fundamentais, em especial a sua dignidade.

A situação da anencefalia enquadra-se, como retromencionado, na primeira hipótese de exclusão da ilicitude nos casos de aborto. Isso porque a gestação de feto anencéfalo representa riscos à vida da gestante, a qual não pode ser obrigada a completar o período gestacional em detrimento de sua vida e saúde.

---

[657] Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=424086. Acesso em 06 set. 2011.

Dessa feita, toda tinta vertida para justificar a interrupção da gestação em casos de anencefalia encontra solução na própria legislação vigente, a qual, combinada com os conhecimentos da medicina, chega a um precedente confiável e seguro, amparado pela legislação vigente e pela autoridade do conhecimento científico.

6.3.2.2 Aborto eugênico e aborto social

O legislador pátrio, ao tratar das causas de exclusão da tipificação do crime de aborto, silenciou sobre outras espécies desta prática.

Assim, a lei não prevê a licitude do aborto eugênico (ou engenésico, ou eugenético, ou piedoso) e o aborto social (ou econômico). O primeiro ocorre nas hipóteses em que há a prova ou a suspeita de que o filho nascerá com anomalias graves ou fatais, enquanto o segundo é realizado para impedir que a condição de penúria, pobreza ou de miséria da gestante se agrave[658].

O aborto eugênico, apesar de não expressamente permitido, é objeto de pedidos judiciais, cabendo ao Poder Judiciário, diante da interpretação constitucional, permiti-lo ou não. O aborto social, por outro lado, não merece guarida em qualquer pleito. Isso porque ao invés do aborto, o Estado deve garantir meios à gestante de criar o nascente, com a introdução de mecanismos protecionistas sociais. Na proporcionalidade entre a questão social ou econômica de um lado e a vida de outro, esta deve prevalecer.

Nos dizeres de Fernando Capez, "o aborto social ou econômico é cometido no caso de famílias muito numerosas em que o nascimento agravaria a crise financeira e social. Nosso ordenamento não admite. Haverá crime, no caso"[659].

Com relação ao aborto eugênico, conceito que muito interessa ao debate da anencefalia, a Constituição Europeia, cuja relação de princípios, liberdades e direitos possuem origem na Carta de Niza, datada de 2000, prevê em seu artigo II-63, 2, b a proibição das práticas eugênicas, em particular as que possuem como finalidade a seleção de pessoas[660].

---

[658] MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código Penal interpretado** cit., p. 982-983.
[659] CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. Parte especial: dos crimes contra a pessoa. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 124.
[660] ROMEO-CASABONA, Carlos María. La Constituición Europea, un núcleo de los derechos humanos de la Medicina y la Biología. **Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, ano 2, n. 3, p. 5-7, Coimbra, Coimbra Editora, jan.-jun. 2005.

Carlos María Romeo-Casabona faz uma crítica à forma como foi feita esta previsão na Constituição Europeia, colocando que a proibição não deveria recair unicamente nas práticas seletivas, mas sim em práticas de timbre eugênico em geral. Assim, o conteúdo de tal proibição deveria ter sido mais bem delimitado[661].

Ademais, adverte referido autor que se admite hoje certas práticas e técnicas com dimensão eugênica, as quais comportam, ao mesmo tempo, uma seleção de pessoas futuras. Seriam exemplos os diagnósticos pré-implantatórios e pré-natais. Logo, a interpretação de referida proibição deve ser feita com o cuidado de delimitá-la apenas no campo de práticas eugênicas indesejáveis[662].

Quando o assunto é a eugenia, não se pode deixar de falar de Nuremberg, posto que, devido às atrocidades ocorridas, houve uma forte reprovação das condutas eugênicas. Contudo, assim como a dor que assola uma alma depois de um forte trauma, o tempo deixa as cicatrizes mais escondidas e as marcas lentamente vão sendo apagadas. Não é diferente o que ocorre na história, de forma que o passar dos anos fez com que aos poucos os abortos de índole eugênica voltassem a ser aceitos em determinadas circunstâncias.

No que diz respeito às causas de justificação presentes no ordenamento jurídico em relação ao aborto, cumpre ressaltar a posição de José de Faria Costa, o qual entende não existir uma permissão ao legislador ordinário para criar causas de exclusão de ilicitude específicas, em tom restritivo. Assim, toda vez que presentes os pressupostos materiais para os quais vale a causa de exclusão, deverá a mesma ser aplicada[663].

Claus Roxin também compartilha desta linha de pensamento, colocando a impossibilidade de estabelecer como *numerus clausus* os princípios que norteiam as causas de justificação, tampouco uma sistematização fechada e conclusiva a respeito de tais causas[664].

Vale dizer que o ordenamento jurídico não estabelece restritivamente as hipóteses de abortos lícitos. Isso porque os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, e da liberdade da mulher em dizer o destino de seu corpo, devem ser

---

[661] Idem, ibidem.
[662] Idem, p. 8.
[663] COSTA, José de Faria. O direito penal económico e as causas implícitas de exclusão da ilicitude. In: CORREIA, Eduardo et al (orgs.). **Direito penal económico e europeu**: textos doutrinários. Problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v.1, p. 420.
[664] ROXIN, Claus. **Derecho penal.** Parte general. Madrid: Civitas, 1997. t. I, § 14, IV, p. 575. No mesmo sentido, Jescheck entende que não seria possível nem desejável uma enumeração legal ou doutrinária das causas de exclusão da ilicitude, de forma que, em sede de justificação, deve-se atender aos imperativos não apenas do Direito Positivo, mas também do Direito Natural, do Direito Costumeiro, do Direito Internacional. (JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal. Parte general**. Granada: Editorial Comares, 1993.§ 31, III, 2, p. 294).

interpretados pontuando-se proporcionalmente os valores do caso concreto e do momento de desenvolvimento social e cultural de determinada sociedade.

Nessa tessitura, Jorge de Figueiredo Dias entende que o consentimento e a vontade da gestante devem ser os primeiros elementos analisados nos casos de aborto. Assim, cabe a gestante decidir, exprimindo sua decisão pelo seu consentimento, concluindo se dará preferência ao nascituro, aceitando os riscos da continuação da gravidez e do nascimento, ou se arcará com os riscos da interrupção[665].

Tal necessidade, ou seja, do consentimento da gestante, é bem descrita pelo legislador pátrio ao estabelecer no artigo 128, II, do Código Penal que a excludente da ilicitude estará presente "se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal". Nesta hipótese, o médico poderá praticar o aborto sem que este seja considerado criminoso.

O consentimento, portanto, é ato pessoal. Compete à gestante decidir livremente se quer ou não prosseguir com a gestação resultante do estupro. Este consentimento pessoal deixar de existir apenas nas hipóteses de incapacidade civil. Nesse caso, prepondera a vontade do representante legal da gestante.

Na Alemanha, caso uma gestante deseje colocar fim a sua gravidez, poderá ela assim decidir e executar desde que o faça até que a gestação complete 12 semanas, época em que ocorrerá a nidação. Logo, o aborto levado a efeito antes de estar completa a nidação não recebe amparo do direito penal alemão, sendo esta uma conduta permitida por referido ordenamento jurídico. A fundamentação dada a esta posição é que não seria correto exigir da mulher a continuação de uma gravidez indesejada às expensas de sua própria vida e saúde[666].

Ademais, o ordenamento jurídico alemão autoriza a interrupção da gravidez além deste prazo de 12 semanas nos casos de indicação médica em que seja constatada alguma deficiência fetal. O abortamento, nestes casos, poderá ser realizado até o momento do nascimento da criança, ou seja, até o instante em que se inicia o trabalho de parto[667].

A legislação francesa permite a interrupção voluntária da gravidez até que estejam completas as primeiras 12 semanas de gestação, além do aborto terapêutico, o qual é permitido sem qualquer limitação de ordem temporal. Este aborto tido como terapêutico

---

[665] DIAS, Jorge de Figueiredo. **Comentário conimbricense do Código Penal.** Parte especial. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. t. I, p. 192.
[666] TAUPITZ, Jochen.Op. cit., p. 6.
[667] Idem, p. 7.

é permitido não apenas diante de riscos à saúde da gestante, mas também em face de deficiências no feto, que podem ser desde as mais graves até as mais triviais[668].

Importante destacar que o médico, por razões éticas, pode se opor à realização de determinados procedimentos, mesmo que conte com o amparo legal e com o consentimento do paciente. A isso damos o nome de "cláusula de consciência", a qual pode ser usada para fundamentar a recusa do médico em realizar procedimentos como o aborto, técnicas de reprodução assistida etc[669].

Alguns países, contudo, não aceitam esta escusa médica, de modo que o profissional que se recusar a realizar o aborto em casos legalmente permitidos pode ser responsabilizado civilmente pelos danos materiais e morais sofridos pelos pais (que tiveram sua opção pelo abortamento retirada) e pela criança que nasceu deficiente (que terá que conviver com este sofrimento).

Em nosso país, o Código de Ética Médica, em seu Capítulo III, que cuida da responsabilidade profissional, dispõe em seu art. 43 que "descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou tecidos, esterilização, fecundação artificial e abortamento"[670]. O artigo em questão transparece, assim, a inexistência de referida possibilidade no Brasil.

A despenalização do aborto cometido durante as primeiras semanas de gestação é chamada de "solução dos prazos"[671].

Impende destacar que existem doutrinadores que consideram que a interrupção da gravidez por razões eugênicas, bem como os deveres médicos que se orientam a esta possibilidade, deve possuir como norte a proteção da mãe, livrando-a de ter que suportar um peso que seria superior ao normal[672].

O simples fato de a saúde e a vida da mãe da criança estarem em risco já seria suficiente para que fosse realizado um aborto por indicação médica. Contudo, isso não se dá nos casos em que se pretende um aborto com fundamento em deformidades

---

[668] Há registros de pedido de interrupção da gravidez de feto que apresentava como deficiência apenas um dedo a menos (HERMITTE, Marie A. **L'embryon**. Conferência realizada em 27 de junho de 2002 no Seminário "Sujets et objets de droit dans les lois de bioethique et leur revision". Centro Franco Argentino de Altos Estúdios, UBA).

[669] MUÑOZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antônio Carvalho. O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira et al (orgs.). **Iniciação à bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 61.

[670] Disponível em: http://www.abctran.com.br/Conteudo/codigo_etica_medica.pdf. Acesso em: 07 abr. 2009.

[671] PINTO, Paulo Mota. Indemnização em caso de "nascimento indevido" e de "vida indevida" ("wrongful birth" e "wrongful life"). **Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, ano 4, n. 7, p. 13, Coimbra, Coimbra Editora, jan.-jun. 2007.

[672] Idem, p. 16.

apresentadas pelo feto, caso em que eventual aborto seria realizado por indicações eugênicas. Assim, muitas ações de *wrongful birth* foram rejeitadas com o fundamento de que o aborto nestes casos seria ilegal, já que o mesmo não poderia ser utilizado como o único remédio à disposição dos pais para afastar a situação de deformidade da criança[673]. Essa situação ocorreu no caso *Gleitman v. Cosgrove*[674].

Sendo assim, nos casos de deformidade fetal, a legalidade do aborto apenas deverá ser reconhecida diante da temida possibilidade de ocorrência de complicações à saúde da mãe. Normalmente isso apenas será verificado em casos de graves deformidades no feto[675].

Nestes casos de graves deformidades ou de problemas genéticos, existe uma corrente minoritária que propaga a ideia da possibilidade de uma demanda fundada na responsabilidade civil, em que se pede a compensação dos danos imateriais sofridos pela criança face a existência de um "direito a não nascer com graves deformidades"[676].

O Código Penal português, ao lado das chamadas "indicações fetopáticas", apenas prevê a impunibilidade da interrupção da gravidez perpetrada diante de seguros motivos para acreditar que o nascituro virá a sofrer de grave doença genética ou má-formação[677].

Em Portugal, o diploma legal que cuida das possibilidades lícitas de interrupção da gravidez é a Lei 6/84, de 11 de maio, com as alterações trazidas pela Lei 90/97, de 30 de julho. Assim, o legislador português, ao estabelecer os chamados "modelo das indicações", empregou termos imprecisos e indeterminados[678], de forma que a

---

673 MORAITIS, Anastasios. Op. cit., p. 43.

674 "The sanctity of the single human life is the decisive factor in this suit in tort. Eugenic considerations are not controlling. We are not talking here about the breeding of prize cattle. It may have been easier for the mother and less expensive for the father to have terminated the life of their child while he was an embryo, but these alleged detriments cannot stand against the preciousness of the single human life to support a remedy in tort." (Justice Proctor, Gleitman v. Cosgrove, 1967, 227 A.2d 689, 690 (N.J. 1967). Ver também Phillips v. United States, 508 F. Supp. 537, 541 (S.C. Dist. Ct. 1980).

675 MORAITIS, Anastasios. Op. cit., p. 46.

676 GEORG, Faerber. **Wrongful Life**: Die Deliktsrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes Dem Kind Gegenuber Eine Rechtsvergleichende Darstellung des Amerikanischen, Britischen und Deutschen Rechts, Verlag: Mainz, G, 1988.

677 DIAS, Jones de Figueiredo. Op. cit., p. 184 e ss.

678 Art. 142 do CP de Portugal: "Interrupção da gravidez não punível

1 – Não é punível a interrupção da gravidez efectuada por médico, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina:

a) Constituir o único meio de remover perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida;

b) Se mostrar indicada para evitar perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida e for realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez;

concretude de seu conceito apenas se verificará no caso concreto, a partir de um juízo de valor a ser realizado pelo aplicador da norma[679].

Desta forma, o legislador português delegou às autoridades médicas e aos aplicadores do direito a tarefa de realizar complexos juízos de ordem técnica, de maneira a preencher conteúdos indeterminados como "malformação congênita incurável" ou "inviabilidade do feto".

Segundo Margarida Cortez, esta aplicação de conceitos indeterminados configura um ato de humildade do legislador, que reconhece sua incapacidade de regulamentar de maneira exaustiva determinada matéria, reconhecendo que cada caso concreto possui especificidades que fogem a capacidade abstrata de imaginação do legislador[680].

O Governo português, diferentemente do que ocorre no Brasil, tendo em vista a situação especial de cautela que requer a interrupção da gravidez em face dos direitos do nascituro, criou Comissões Técnicas de Certificação da Interrupção da Gravidez. A estes órgãos, compostos de profissionais da área médica, incluindo obstetra e neonatologista, compete a verificação da presença de especiais circunstâncias que autorizem a interrupção da gestação. Configuram verdadeiros órgãos deliberativos, de maneira que sua decisão implica na autorização ou não da realização da interrupção. A negativa da autorização,

---

c) (*) Houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, comprovadas ecograficamente ou por outro meio adequado de acordo com as leges artis, excepcionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo;
d) (*) A gravidez tenha resultado de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual e a interrupção for realizada nas primeiras 16 semanas.
2 – A verificação das circunstâncias que tornam não punível a interrupção da gravidez é certificada em atestado médico, escrito e assinado antes da intervenção por médico diferente daquele por quem, ou sob cuja direcção, a interrupção é realizada.
3 – O consentimento é prestado:
a) Em documento assinado pela mulher grávida ou a seu rogo e, sempre que possível, com a antecedência mínima de 3 dias relativamente à data da intervenção; ou
b) No caso de a mulher grávida ser menor de 16 anos ou psiquicamente incapaz, respectiva e sucessivamente, conforme os casos, pelo representante legal, por ascendente ou descendente ou, na sua falta, por quaisquer parentes da linha colateral.
4 – Se não for possível obter o consentimento nos termos do número anterior e a efectivação da interrupção da gravidez se revestir de urgência, o médico decide em consciência face à situação, socorrendo-se, sempre que possível, do parecer de outro ou outros médicos.
(*) Redacção da Lei 90/97, de 30.07".

[679] CORTEZ, Margarida. Comissões Técnicas de Certificação da Interrupção Voluntária da Gravidez. **Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, ano 1, n. 1, p. 27, Coimbra, Coimbra Editora, jan.-jun. 2004.

[680] Idem, p. 28.

quando verificada, configura a ilicitude do aborto realizado em desconformidade com esta decisão[681].

Assim, a jurisdicionalização de determinadas matérias nem sempre são boas para a sociedade, vez que tal procedimento enrijece conceitos e possibilidades, uma vez que os operadores do direito, em sua grande maioria, não são peritos em áreas como a medicina. Assim, cristalizam-se questões que fogem ao campo de atuação do jurista, impedindo que uma evolução tecnocientífica possa ser incorporada de maneira mais rápida e eficiente em nosso dia a dia.

Esta situação afeta também os profissionais da medicina, que em troca de uma ilusória segurança cedem espaço de decisão ao Judiciário, o que gera a indagação se seriam estas decisões naturais da atividade de um juiz[682].

Permitir que um profissional da área do direito, que no máximo chegou a conhecer das ciências médicas por livros de medicina forense, sem qualquer conhecimento mais aprofundado na área, seria arriscado, vez que nem sempre será ele a autoridade mais adequada para decidir casos tão complexos.

Eventual alegação da possibilidade que o juiz tem de recorrer a perícias técnicas como forma de dar suporte às suas decisões não são suficientes para afastar esta crítica, até mesmo pelo fato de que o magistrado não está vinculado a qualquer parecer ou laudo elaborado pelo perito quando do julgamento da causa.

Diante desta constatação, Carlos Gherardi e Isabel Kurlat defendem a possibilidade dos médicos e profissionais da área da saúde de realizarem práticas médicas perfeitamente adequadas ao estado atual das ciências médicas, independentemente de qualquer autorização judicial. No caso de feto anencefálico, esta situação deveria ser adequadamente comunicada aos pais, de forma que o médico estaria legitimado a proceder ao aborto ou a antecipação da gravidez frente ao seu consentimento. Desta forma, existiria uma indicação de ordem terapêutica que legitima a conduta do médico[683].

A positivação de normas jurídicas é essencial para garantir segurança às relações sociais. Contudo, a elaboração legislativa deve ser cuidadosa para não adentrar searas alheias à ciência jurídica, delegando, na redação normativa, determinados conceitos e balizas para o campo específico de tratamento da matéria.

---

[681] Idem, p. 29-30.
[682] BAVIO, Paula Severino. Op. cit., p. 120.
[683] GHERARDI, Carlos; KURLAT, Isabel. Op. cit., p. 121.

Do ponto de vista da autorização judicial para a interrupção da gestação de fetos diagnosticados como anencéfalos existem duas conclusões que vão de encontro à desnecessidade de qualquer participação do Judiciário na decisão sobre a possibilidade ou não do aborto:

i) Ou se trataria de uma autorização para realizar uma conduta permitida pelo direito, o que caracterizaria a falta de necessidade de se obter uma decisão judicial favorável àquela conduta, uma vez não estar esta revestida de qualquer sanção penal. Falta necessidade a este pedido.

ii) Ou o que se pede é autorização para realizar uma conduta considerada, *a priori*, ilegal, enquadrando-se num tipo penal, situação em que esta autorização não deve ser concedida sob o fundamento de que não cabe ao juiz conceder permissão para delinquir, o que caracteriza a impossibilidade jurídica do pedido[684].

Dentro desta matéria atinente à possibilidade do aborto de um anencéfalo é fundamental nos questionarmos sobre algumas premissas: seria este um aborto? Em caso afirmativo, seria ele voluntário, terapêutico ou eugenésico? Seria legítimo algum desses tipos de aborto?

Também deveria estar presente a análise se, frente à patologia do feto, seria a interrupção de sua gestação uma prática abortiva e se matar seria equivalente a deixar morrer. Ademais, seria o caso de atribuirmos a este feto uma proteção referente à inviolabilidade da pessoa humana ou uma proteção que mais se aproxime daquela conferida ao cadáver, ou ainda a uma pessoa em estado vegetativo permanente?

Por outro lado, frente a esta mesma patologia, seria o caso de indagar se não deveria ser conferida uma proteção jurídica mais elevada em razão da situação de fragilidade deste feto? Para aqueles que defendem esta posição, o feto anencéfalo, em função de sua deficiência, mereceria a mais alta proteção do ordenamento jurídico, sendo fundamental tutelar sua vida [685].

Neste sentido, os votos que autorizam a antecipação terapêutica do parto nos casos de anencefalia resgatam o direito a dignidade da pessoa humana, resguardando o direito a uma morte digna. Com isso, surge uma forte preocupação de sucatear as práticas de abortos terapêuticos ou, ainda, cair na falácia das práticas eutanásicas. A sobrevida após o parto dependerá de suportes mecânicos e tecnológicos que assegurem a vida fora do ventre materno, mas no caso de anencéfalos o que se verifica é que tais medidas de suporte

[684] BAVIO, Paula Severino. Op. cit., p. 122.
[685] Idem, p. 126.

vital não lhe serão aplicadas. Isso se dá pelo fato de que o uso de tais instrumentos apenas se justifica quando o quadro do paciente pode ser revertido e quando o uso de tais suportes é transitório, o que não ocorre com o ser que dependerá deles por toda a vida para sobreviver, sem qualquer chance de desenvolver um cérebro em seu lugar[686].

Dessa feita, a interrupção da gestação de fetos anencéfalos corresponde a uma prática abortiva, vez que ceifa a vida derivada da fecundação ocorrida no ventre materno. Sua prática, contudo, não deveria corresponder a uma sanção penal, pois amparada pela excludente de ilicitude do aborto terapêutico.

A proteção dedicada ao anencéfalo deve corresponder aos anseios que protegem a dignidade humana, conferindo respaldo normativo suficiente a tutelar sua fragilidade e sua deficiência. Se o princípio da igualdade apregoa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade, com maior rigor deve ser conferida proteção ao anencéfalo, diferente em sua constituição e em sua saúde.

O aborto levado a efeito em tais condições não seria, então, de ordem eugênica, já que o eugenismo prega a extirpação de seres humanos deficientes ou diferentes em sua constituição. O fundamento da interrupção da gestação de anencéfalos não é a disparidade constitutiva de seus portadores, mas sim os riscos que referida gravidez representa à vida e a saúde da gestante. Assim, o fundamento eugênico cede espaço à garantia de proteção à vida e à saúde maternas.

Insta salientar que os princípios da celeridade e da eficiência, positivados em nossa Constituição Federal, são de fundamental importância quando estamos tratando do aborto anencefálico, já que muitas vezes a demora no trâmite de ações judiciais configura o mesmo que a denegação da Justiça, de forma que a dilação processual acaba por permitir o escoar do período gestacional até o seu final.

Conforme já ressaltado, a excludente de ilicitude do aborto terapêutico teria o condão de, por si só, autorizar a realização do aborto em gestantes de anencéfalos, mas prevalece hoje o entendimento segundo o qual é necessária autorização judicial para levar a efeito esta interrupção. Aliás, é uma garantia do médico exigir referida autorização antes de realizar a manobra abortiva, vez que a ausência de uniformidade no tratamento da matéria causa sensação de insegurança aos profissionais habilitados a realizar tais procedimentos.

---

[686] Idem, p. 128.

6.3.2.3 Aborto anencefálico

A intenção do legislador em criminalizar a conduta abortiva foi assegurar o direito à vida em qualquer circunstância (intra ou extrauterina). Diante disso, indaga-se: e se esta vida não for viável? O que fazer quando a certeza de efemeridade daquela vida estiver presente?

Parece que o escopo do legislador pátrio estremece diante dessas indagações, uma vez que a casuística mostra, diuturnamente, que não existe apenas a vida e a morte, havendo estágios intermediários que nos colocam em face de dilemas morais, médicos e jurídicos da mais alta complexidade.

O legislativo não está passivo quanto aos clamores sociais a respeito da questão da anencefalia, de modo que o deputado Dr. Pinotti já apresentou o Projeto de Lei 4.360/2004, com vistas a alterar o art. 128 do Código Penal (Dec.-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940), incluindo um terceiro inciso, o qual irá acrescentar a terceira causa excludente de ilicitude aos casos de aborto, qual seja: "se o feto é portador de anencefalia, comprovada por laudos independentes de dois médicos"[687].

Destaca-se que a exposição de motivos exige, para realização da manobra abortiva em tais casos, o "consentimento da gestante, ou quando menor, incapaz ou impossibilidade de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro".

Luiz Vicente Cernicchiaro, analisando a postura da Comissão retromencionada expôs o que segue:

> A Comissão, sensível à realidade dos fatos, dado o Direito ser complexo normativo, atenta ao contexto axiológico da sociedade, distinta do Brasil dos anos 40, conferiu particular atenção ao Título I – Dos Crimes Contra a Pessoa. No Capítulo I – Dos Crimes Contra a Vida – analisou as modalidades delituosas de aborto (mantido o *nomen iuris*, não obstante sugestões para substituí-lo por – abortamento). Relacionou, ademais, dada a delicadeza do tema, os casos reunidos sob o *nomen iuris* – Exclusão da ilicitude – Anotado no art. 128, III: 'há fundada probabilidade, atestada por dois médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias que o tornem inviável'[688].

Referido autor, ao tratar do aborto de anencéfalos, ainda destaca:

---

[687] Projeto de Lei 4.360, de 2004. Autor**:** Deputado Dr. Pinotti. Disponível em: http://www.ghente.org/doc_juridicos/pl4360.htm. Acesso em: 04 abr. 2009. Texto completo nos anexos.

[688] CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Interrupção da gravidez e o anteprojeto de Reforma do Código Penal. **Revista Jurídica Consulex**, ano VIII, n. 174, p. 27, Brasília, Consulex, 2004.

> Não se trata de sacrifício de futuro ser humano, em circunstâncias injustificadas. Ao contrário, antecipa-se à natureza, cientificamente demonstrada, que a gravidez não levará a reprodução a bom termo. Com isso, evitar-se-á também o trauma da decepção de haver concebido um ser anômalo, com os dias contados de vida[689].

Luiz Regis Prado reforça esta corrente de pensamento, alegando que "em situações como essa, o feto não pode ser considerado tecnicamente vivo, o que significa que não existe vida humana intrauterina a ser tutelada"[690].

O posicionamento de Luiz Augusto Coutinho é no mesmo sentido, atestando que "obrigar uma mulher a conservar em seu ventre, por longos meses, o filho que não poderá ter, impõem a ela sofrimento inútil e cruel. Adiar o parto, não será uma celebração de vida, mas um ritual de morte, viola a integridade física e psicológica da gestante, em situação análoga à da tortura"[691].

Outro doutrinador que adota esta corrente de pensamento é Sérgio Habib, cujas palavras transcrevemos:

> (...) negar à mulher o direto de praticar o abortamento de um indivíduo que não traz consigo características humanas, a capacidade de conhecer o mundo, entende-lo, de amá-lo ou odiá-lo, não parece ser a trilha mais justa. O Estado não pode ser intervencionista e esse ponto, sob pena de, em nome de um pretenso direito à vida, negar outro direito não menos importante, o da liberdade[692].

Na Argentina, especificamente na cidade de Buenos Aires, desde 21 de julho de 2003 existe a Lei 1.044, que permite à gestante de um feto anencéfalo interromper sua gravidez. Referida lei estabelece quais devem ser os procedimentos adotados pelos estabelecimentos assistenciais do setor de saúde para realizar a interrupção da gravidez nas condições de feto inviável, demonstrando, com isso, o respeito que deve ser dedicado à mulher que se encontra nessa situação[693].

Interessante ressaltar que o artigo 8.º da referida Lei 1.044 da Cidade de Buenos Aires garante a objeção de consciência dos médicos, de modo que esta deve ser contornada pela instituição hospitalar com substituições médicas para aquele caso

---

[689] Idem, p. 24.
[690] PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. v. 2, p. 126.
[691] COUTINHO, Luiz Augusto. **Aborto nos caos de anencefalia**: crime ou inexigibilidade de conduta diversa**.** Disponível em: http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/aborto_anencefalia_17-03.htm. Acesso em: 15 set. 2007.
[692] HABIB, Sérgio. O aborto por anencefalia e a cassação da liminar do Ministro Marco Aurélio. **Revista Jurídica Consulex,** ano VIII, n. 188, Brasília, Consulex, 2004. p. 08.
[693] Ley 1044 – Anencefalia – B.O. 21.07.2003 CABA. Disponível em: http://www.intermunicipios.com/noticias/municipalnl/article_2003_07_25_1615.html. Acesso em: 04 abr. 2009. Texto completo nos anexos.

concreto, garantindo à gestante que sua gravidez seja interrompida, já que isso passa a ser um direito seu frente à inviabilidade do feto que carrega.

Luiz Flávio Gomes tece o seguinte comentário:

> Os que sustentam (ainda que com muita boa-fé) o respeito à vida do feto devem atentar para o seguinte: em jogo está a vida ou a qualidade de vida de todas as pessoas envolvidas com o feto mal formado. E até em caso de estupro, em que o feto está bem formado, nosso Direito autoriza o aborto, nada justifica que idêntica regra não seja estendida para o aborto anencefálico. Lógico que a gestante, por suas convicções religiosas, pode não querer o aborto. Mas isso constitui uma decisão eminentemente pessoal (que deve ser respeitada). De qualquer maneira, não se pode impedir o exercício do direito ao abortamento para aquelas que não querem padecer tanto sofrimento[694].

Este mesmo doutrinador destaca seu entendimento nos seguintes dizeres:

> (...) não há resultado jurídico desvalioso quando o resultado não é desarrazoado. Esse é o fundamento jurídico para não se reconhecer crime na conduta de quem pratica o aborto anencefálico e prossegue quando há interesse relevante em jogo, que torna razoável a lesão ao bem jurídico vida, não há que se falar em resultado jurídico desvalioso (ou intolerável). Ao contrário, trata-se de resultado juridicamente tolerável, na medida em que temos, de um lado, uma vida inviável (todos os fetos anencefálicos morrem, em regra poucos minutos após o nascimento), de outro, um conteúdo nada desprezível de sofrimento (da mãe, do pai, da família etc.)[695].

O voto do Min. Carlos Ayres Brito, do Supremo Tribunal Federal, no bojo da ADPF 54 transparece posicionamento no mesmo sentido:

> (...) Quero dizer: o crime deixa de existir se o deliberado desfazimento da gestação não é impeditivo da transformação de algo em alguém. Se o produto da concepção não se traduzir em um ser a meio caminho do humano, mas, isto sim, em um ser que de alguma forma parou a meio ciclo do humano. Incontornavelmente empacado ou sem qualquer possibilidade de sobrevida (ainda uma vez, locução tomada de empréstimo à mesmíssima resolução do CFM), por lhe faltar as características todas da espécie. Uma crisálida que jamais, em tempo algum, chegará ao estádio de borboleta. O que já importa proclamar que se a gravidez 'destinada ao nada' – a figuração é do ministro Sepúlveda Pertence –, sua voluntária interrupção é penalmente atípica. Já não corresponde ao fatotipo legal, pois a conduta abortiva sobre a qual desaba a censura legal pressupõe o intuito de frustrar um destino em perspectiva ou uma vida humana in fieri. Donde a imperiosidade de um conclusivo raciocínio: se a criminalização do aborto se dá como política legislativa

[694] GOMES, Luiz Flávio. **Nem todo aborto é criminoso**. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, ano V, n. 28, p. 35-36, out.-nov. 2004.
[695] GOMES, Luiz Flávio. **Aborto anencefálico**: exclusão da tipicidade material. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8561. Acesso em: 22 nov. 2007.

> de proteção à vida de um ser humano em potencial, faltando essa potencialidade vital aquela vedação penal já não tem como permanecer. Equivale a dizer: o desfazimento da gravidez anencéfala só é aborto em linguagem simplesmente coloquial, assim usada como representação mental de um fato situado no mundo do ser. Não é aborto, contudo, em linguagem depuradamente jurídica, por não corresponder a um fato alojado no mundo do dever-ser em que o Direito consiste[696].

Neste contexto, também se destaca o quanto afirmado por Débora Diniz, segundo quem, ampliando a discussão para a temática do aborto como um todo, declara que "as mulheres devem ser livres para decidir sobre sua reprodução"[697].

A verdade é que a questão da anencefalia é um daqueles casos tidos como "difíceis", ou seja, aqueles que não se subordinam diretamente a uma norma, havendo mais de uma resposta tida como correta para a solução do caso. Nestes embates, é inevitável que se admitam soluções baseadas na razão, em acordos parciais, tessituras de equilíbrio[698].

No que tange ao aborto do feto anencéfalo é fato que as posições são as mais divergentes possíveis, adentrando-se uma infindável gama de soluções. Dentre estes desfechos considerados como resposta para a angústia da mãe que carrega em seu ventre um ser desprovido de cérebro, encontramos a posição argentina, a qual, a despeito de proibir o aborto do feto anencéfalo, permite a antecipação do parto quando a gestação completa 24 semanas.

A justificativa dos idealizadores desta solução se envereda no sentido de que não se pode impor a morte a um ser humano, mas é possível antecipar seu nascimento para um momento no qual, em condições normais, um recém-nascido teria condições de viver fora do útero materno. Desse modo, não seria a antecipação do parto capaz de retirar o direito à vida do neonato, mas sim sua incapacidade de manter-se vivo longe do aparato que o ventre materno lhe confere.

Um dos defensores desta posição é Jorge Alberto Gowland, o qual entende que a antecipação do parto é mais coerente com o melhor humanismo, uma vez que, se um ser humano há de morrer, pois que morra naturalmente. Isso porque não se pode privar alguém

---

[696] Como votou Carlos Britto no caso de aborto de anencéfalo. **Revista Consultor Jurídico**, 28 abr. 2005. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2005-abr-28/votou_carlos_britto_aborto_anencefalo?pagina=3. Acesso em: 08 set. 2011.

[697] DINIZ, Débora, RIBEIRO, Diaulas Costa**. O**p. cit., p. 41.

[698] AMATRIAIN, Roberto Cataldi. Alcances del principio de autonomia en medicina. In: ENGELHARDT, Dietrich Von; MAINETTI, José Alberto; AMATRIAIN, Roberto Cataldi et al (orgs.). **Bioética y humanidades médicas**. Buenos Aires: Biblos, 2004. p. 167-169.

do direito à vida, tampouco decidir quando deve esta ser ceifada, alterando a natureza das coisas e a ordem natural dos fatores[699].

Assim, se a existência é inviável, que tal inviabilidade fale por si, interrompendo o fluxo da vida pelos seus próprios meios e não por manobras exteriores.

Segundo Jorge Luis Manzini, "no hace falta descalificar al feto anencefálico como persona para justificar la interrupción del embarazo. Basta, insisto, com reconocer el conflicto de intereses y decidir bien cuál es el que haya que priorizar"[700]. A Suprema Corte de Justiça da Cidade de Buenos Aires no caso "B.A. s/ Autorización judicial", com sentença datada de 22 de junho de 2001, proferida pelo Tribunal de Família n. 2 del Departamento Judicial de La Matanza, acolheu o pedido formulado pela autora para que seu parto fosse induzido, antecipando o nascimento de seu filho anencéfalo. Foi interposto recurso pela Assessora de Menores e Incapazes, de sorte que, dentre os votos proferidos no julgamento de referido recurso, destaca-se o de Eduardo Petiggiani, segundo quem:

> (...) no estamos haciendo outra cosa que provocando la muerte precoz de un ser humano por el solo hecho de ser diferente a la mayoría de sus congêneres...
>
> (...) Frente a la situación de angustia que manifesta padecer la madre aparecen claramente delineadas dos patologías, optándose por atender únicamente la de aquélla, sin intentar la búsqueda de medios alternativos para su contención psicológica.

Outra preocupação daqueles que rejeitam a possibilidade do aborto do feto anencéfalo reside no retorno de um darwinismo social, impondo que deficiências genéticas ou malformações sejam capazes de excluir determinados membros do seio comunitário.

O mundo ocidental já participou deste ensaio laboratorial, no qual seres humanos eram sacrificados sob o império de um purismo de raça, buscando uma seleção nada natural de indivíduos que possuíssem características genéticas consideradas pelos líderes de determinadas nações como essenciais para manutenção da qualidade racial.

Este passado sombrio, não tão distante, ainda assombra nossas vidas, de sorte que, qualquer discurso que contenha uma manifestação pela seleção de vidas em função de características genéticas, traz consigo o alarde do nazismo e das atrocidades que o mundo

---

[699] GOWLAND, Jorge Alberto. **Anencefalia:** los platillos de la balanza. El Derecho, p. 209-186 apud LABOMBARDA, Pablo Martín. Op. cit., p. 70.

[700] MANZINI, Jorge Luis. **Aportes para una discusión bioética acerca de la interrupción de embarazo anencefálico** apud LABOMBARDA, Pablo Martín. Op. cit., p. 121.

já assistiu, atormentado pela ausência de limites ou de explicações racionais que justificassem as determinações superiores neste sentido.

A Sociedade Argentina de Ética Médica e Bioética entende que a discriminação por malformações genéticas ou adquiridas seria um ato de antiecologia humana, de modo que o darwinismo social permaneceria vivo na mente de muitos julgadores[701].

Outra entidade a se posicionar contra tais medidas foi a Organização Pro-Vida Argentina, segundo a qual a autorização de aborto de anencéfalos seria uma discrimanação dos débeis segundo um standard de qualidade. Nesse sentido, Roberto Castellano atesta: "La ciencia y el Estado tienen que estar al servicio de garantizar que por limitada o corta que sea la vida, la persona pueda vivirla". Dessa maneira, a permissão de aborto por anencefalia é equivalente a "la desaparición forzada de un bebé. Es el asesinato de un chico indefenso, con el argumento de que es enfermo"[702].

Impende destacar que existem certas opções que merecem o respaldo do corpo social, ainda que sejam eticamente ruins na visão de certos grupos sociais, apenas e tão somente pelo fato de o ser humano ser dotado de dignidade. A escolha pela interrupção de uma gestação de feto anencéfalo é uma destas escolhas, cabendo à gestante esta difícil opção, a qual merece respeito e amparo. Assim, a vida em sociedade consiste justamente na busca constante dos meios que tornem possível a convivência de diversos projetos de vida ou realização pessoal, construindo-se os mínimos morais, os quais fixam um conteúdo do que seja obrigatório para todos os membros de uma sociedade[703].

A democracia consiste justamente na possibilidade de que cada um manifeste sua opinião ou adote determinada solução para seu problema com o respeito dos seus pares, ainda que estes discordem dos motivos que levaram àquela escolha ou que não compactuem do mesmo pensamento filosófico ou religioso. Aliás, convém relembrar a célebre frase de Voltaire, a qual resume em seu conteúdo o sentido da democracia: "Não concordo com uma única palavra do que dizeis, mas defenderei até a morte o vosso direito de dizê-la".

John Stuart Mill complementa este pensamento ao afirmar:

---

[701] LABOMBARDA, Pablo Martín. Op. cit., p. 70.

[702] **Pro-Vidas denuncian aborto por anencefalia como 'regresión moral' y 'canibalismo'**. Disponível em: http://www.aciprensa.com/noticia.php?n=5252. Acesso em: 12 abr. 2011.

[703] BRUSSINO, Silvia L. Bioética, racionalidad y principio de realidad. **Cadernos de Bioética (versão digital)**, Seção Doutrina. Disponível em: www.bioetica.org/cuadernos/doctrina7.htm. Acesso em: 08 abr. 2011.

> (…) el género humano no es infalible; que sus verdades, en la mayoría de los casos, no son más que verdades a medias; que no es deseable la unanimidad de opinión, a menos que surja como resultado de la más completa y libre comparación de criterios contrarios, y que la diversidad no es un mal, sino un bien, hasta el momento en que la humanidad esté mucho más capacitada que en la actualidad para aceptar todos los aspectos de la verdad, son todos ellos principios tan aplicables a los modos de actuar de los hombres como a sus opiniones. De igual modo que es útil que, mientras que la humanidad sea imperfecta, haya diferencias en cuanto a las opiniones, también lo es que haya diferentes formas de vivir; que las diferentes formas de ser dispongan de un camino libre, con tal de no perjudicar a los demás, y que haya posibilidad de demonstrar, en la práctica, la validez de esos diferentes modos de vida, si alguien cree que eso es lo que le conviene. En una palabra, es deseable que en todo aquello que no afecta, en principio, a los demás se imponga la individualidad. Allí donde la norma de conducta no la constituye el proprio carácter de la persona, sino las tradiciones o costumbres de otros, falta uno de los principales elementos de la felicidad humana, y el más importante, sin duda, para el progreso individual y social[704].

Há de se registrar que Pontes de Miranda, comentando o assunto asseverou:

> (…) Ora, se bem admitirmos que os médicos sacrifiquem os seres que não devem viver (e as leis eugênicas ganham terreno dia a dia), como os havemos de ter, pelo menos a estes, como pessoas? Ou tais medidas ferem de frente o 'direito de personalidade', ou esse direito não surgiu, por lhe faltar a condição principal. A última solução serve melhor à estrutura lógica e ao sistema do direito civil[705].

O aborto anencefálico, assim, enceta o dilema das antinomias entre direitos fundamentais, mais especificamente entre a gestante e o feto que carrega.

Impende destacar, contudo, que a problemática a respeito desta questão reside em políticas públicas pautadas no respeito à dignidade humana e na autonomia reprodutiva da mulher.

Os riscos gerados por uma gravidez de anencéfalo são suficientes para permitir uma prática abortiva em consideração à saúde e à vida da gestante. Não fosse este argumento suficiente, tal conduta não seria culpável, na medida em que impossível exigir atitude diversa de uma mãe que carrega em seu ventre um ser humano fadado a morrer em poucos minutos.

Aliás, é neste sentido o parecer da Febrasgo:

---

[704] MILL, John Stuart. **Sobre la libertad**. Trad. Gregório Cantera. Madri: Biblioteca Edaf, 2004. p. 136-137

[705] MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 133.

> As complicações maternas são claras e evidentes. Deste modo, a prática obstetrícia nos tem mostrado que: A) A manutenção da gestação de feto anencéfalo tende a se prolongar além de 40 semanas. B) Sua associação com polihidrâmnio (aumento do volume no líquido amniótico) é muito freqüente. C) Associação com doença hipertensiva específica da gestação (DHEG). 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 pósparto e no puerpério. H) Necessidade de registro de nascimento e sepultamento desses recém-nascidos, tendo o cônjuge que se dirigir a uma delegacia de policia 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 obstetrícias do parto de termo[706].

Dentre todas as alternativas, contudo, não é possível argumentar uma interrupção de gestação em tais condições com base na ausência de atividade encefálica e sua equiparação à morte nos exatos termos traçados pela Lei de Transplantes. Isso porque o diagnóstico em questão exige criteriosa análise médica, não se enquadrando o anencéfalo nos parâmetros exigidos para tal constatação.

A vida humana, por mais frágil que seja, merece o respaldo da lei, não se desconsiderando a opção materna de interromper a gestação. Dessa feita, quando a decisão dos genitores for pelo prosseguimento de referida gravidez, não cabe alternativa à lei senão amparar a vida gerada, concedendo ao nascido com anomalias cerebrais as mesmas garantias que a dignidade humana reconhece às pessoas.

6.4 POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS SOBRE O ABORTO ANENCEFÁLICO

O Plenário do STF, em caso emblemático pela indignação manifestada por seus Ministros[707], julgou, no dia 04 de março de 2004, prejudicado o pedido de *habeas corpus* realizado no HC 84.025, que foi impetrado em favor de G.O.C., contra decisão do STJ que a impediu de interromper a gestação de feto com anencefalia (cabeça fetal com ausência de calota craniana e cérebro rudimentar), conhecida como malformação que torna inviável a sobrevivência do nascente após o parto.

---

[706] **Publicação do Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia**, Salvador, 2004. p. 104-105.

[707] A repercussão deste caso foi de tal ordem que chegou a servir de exemplo em artigos internacionais que trataram sobre o tema, citando-se como exemplo artigo de Vera Lúcia Raposo (Direitos reprodutivos. **Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, ano 2, n. 3, p. 130, Coimbra: Coimbra Editora, jan.-jun. 2005).

Ficou prejudicado o habeas corpus por falta de objeto, já que, segundo informações apuradas durante o julgamento pelo relator da matéria, Ministro Joaquim Barbosa, e o presidente do Supremo, Ministro Maurício Corrêa, a criança nasceu no sábado anterior ao julgamento, dia 28 de fevereiro de 2004, e sobreviveu apenas por sete minutos. Segundo notícia divulgada no jornal "A Gazeta de Teresópolis", o bebê foi registrado com o nome de Maria Vida.

Celso de Mello, inconformado com o desfecho que tomou o caso em questão, pronunciou-se no seguinte sentido:

> "O dogmatismo religioso, e digo isso porque a decisão que motivou esse *habeas corpus* foi provocada – e não questiono as razões do impetrante – mas foi provocada por um sacerdote católico, que postulou a adoção de medida diametralmente oposta àquela perseguida por essa jovem gestante. O dogmatismo religioso revela-se tão opressivo à liberdade das pessoas quanto a intolerância do Estado, pois ambos constituem meio de autoritária restrição à esfera de livre arbítrio e de autodeterminação das pessoas, que hão de ser essencialmente livres na avaliação de questões pertinentes ao âmbito de seu foro íntimo, notadamente em temas do direito que assiste à mulher, seja ao controle da sua própria sexualidade, e aí surge o tema dos direitos reprodutivos, seja sobre a matéria que confere o controle sobre a sua própria fecundidade.

O histórico desta decisão contou com o indeferimento em 1.ª instância do pedido de G.O.C. de interrupção de sua gravidez diante da constatação de anencefalia do feto, sob o argumento de falta de previsão legal para a antecipação do parto. Contudo, ao recorrer ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a gestante obteve a concessão judicial para interromper sua gravidez em 19 de novembro de 2003.

Diante da ampla divulgação de tal caso pela imprensa, o padre Luiz Carlos Lodi da Cruz, presidente da Associação Pró-Vida, em Anápolis (GO), inconformado com a decisão, impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça visando à desconstituição de referida autorização. Assim, em 25 de novembro de 2003, a Min. Laurita Vaz, relatora da ação, concedeu liminar para sustar a decisão que autorizou a antecipação terapêutica do parto até que fosse apreciado o mérito do *habeas corpus*.

Foi decidido, ao final, pela concessão do pedido, impedindo a interrupção da gravidez. Em sua fundamentação o STJ afirmou:

> (...) a eventual ocorrência de abortamento fora das hipóteses previstas no Código Penal acarreta a aplicação de pena corpórea máxima, irreparável, razão pela qual não se há falar em impropriedade da via eleita, já que, como é cediço, o writ se presta justamente a defender o direito de ir e vir, o que, evidentemente, inclui o direito à preservação da vida do nascituro.

Mais uma vez diante da repercussão que o caso tomou, Fabiana Paranhos, diretora do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS), impetrou *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal alegando a coação da liberdade da gestante por proibição de antecipação do parto.

A manifestação do procurador-geral da República, Cláudio Fonteles, foi pelo não conhecimento do pedido feito no habeas corpus, uma vez que a impetrante não representa o interesse real de G.O.C., utilizando via processual inadequada para desenvolver tese pessoal. Acrescentou Fonteles que "há entidades dos mais vários credos que se dedicam exatamente, nessas situações, a buscar casais e conversar sobre a valia, num certo sentido, de uma sociedade que não quer se sacrificar, que é hedonista e profundamente materialista, mas a valia de um sacrifício"

Na Argentina, no decorrer do ano de 2001, tornaram-se públicos vários casos de anencefalia, nos quais se solicitava uma autorização judicial para interromper a gestação ou induzir prematuramente o parto do feto nestas condições. O mais emblemático destes casos foi o da Sra. S.T., que percorreu uma longa jornada nos Tribunais argentinos em busca desta autorização, a qual ao final foi concedida apenas pelo Tribunal Superior da Cidade de Buenos Aires, decisão esta confirmada pela Corte Suprema de Justiça[708].

Em sentença prolatada em 17 de dezembro de 2001 pela Dra. Mabel dos Santos, ficou decidido que, frente ao diagnóstico de anencefalia, da indicação médica de antecipação do parto e da decisão livremente tomada pelos pais da criança, deveria ser realizada a prática recomendada[709].

No Brasil há precedente do Superior Tribunal de Justiça considerando atípica a interrupção da gestação em face da inviabilidade da vida do feto após seu nascimento. O julgamento realizado por este Superior Tribunal no HC 56572/SP, da Quinta Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 25 de abril de 2006 é bastante elucidativo:

> Penal e processual penal − *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário − Indeferimento de liminar no *writ* originário − Manifesta ilegalidade − Cabimento de habeas corpus perante o Superior Tribunal de Justiça − Interrupção de gravidez − Patologia considerada incompatível com a vida extrauterina − Atipicidade da conduta − Gestação no termo final para a realização do parto − Ordem prejudicada.
>
> 1. A via do *habeas corpus* é adequada para pleitear a interrupção de gravidez fora das hipóteses previstas no Código Penal (art. 128, incs. I e II), tendo em vista a real ameaça de constrição à liberdade ambulatorial, caso a gestante venha a interromper a gravidez sem autorização judicial.

[708] BAVIO, Paula Severino. Op. cit., pp. 115-116.
[709] G. C. E. c/ Clínica y Maternidad Suizo Argentina s/ amparo.

> 2. Consoante entendimento desta Corte, é admitida a impetração de *habeas corpus* contra decisão denegatória de liminar em outro writ quando presente flagrante ilegalidade.
>
> 3. *Não há como desconsiderar a preocupação do legislador ordinário com a proteção e a preservação da vida e da saúde psicológica da mulher ao tratar do aborto no Código Penal, mesmo que em detrimento da vida de um feto saudável, potencialmente capaz de transformar-se numa pessoa (CP, art. 128, incs. I e II), o que impõe reflexões com os olhos voltados para a Constituição Federal, em especial ao princípio da dignidade da pessoa humana.*
>
> *4. Havendo diagnóstico médico definitivo atestando a inviabilidade de vida após o período normal de gestação, a indução antecipada do parto não tipifica o crime de aborto, uma vez que a morte do feto é inevitável, em decorrência da própria patologia*.
>
> 5. Contudo, considerando que a gestação da paciente se encontra em estágio avançado, tendo atingido o termo final para a realização do parto, deve ser reconhecida a perda de objeto da presente impetração.
>
> 6. Ordem prejudicada. (Grifos nossos)

Contudo, tal decisão não é o resultado de um entendimento pacífico sobre o tema nas mais altas Cortes do País, havendo divergência de posicionamento dentro deste mesmo Tribunal. A constatação em questão pode ser corroborada por um julgado proferido pelo próprio Superior Tribunal de Justiça em outra oportunidade, no julgamento do HC 32159/RJ, apreciado pela Quinta Turma, rel. Min. Laurita Vaz, em 17 de fevereiro de 2004:

> *Habeas corpus* − Penal − Pedido de autorização para a prática de aborto − Nascituro acometido de anencefalia − Indeferimento − Apelação − Decisão liminar da relatora ratificada pelo colegiado deferindo o pedido − Inexistência de previsão legal. Idoneidade do writ para a defesa do nascituro.
>
> *1. A eventual ocorrência de abortamento fora das hipóteses previstas no Código Penal acarreta a aplicação de pena corpórea máxima, irreparável, razão pela qual não há se falar em impropriedade da via eleita, já que, como é cediço, o writ se presta justamente a defender o direito de ir e vir, o que, evidentemente, inclui o direito à preservação da vida do nascituro.*
>
> 2. Mesmo tendo a instância de origem se manifestado, formalmente, apenas acerca da decisão liminar, na realidade, tendo em conta o caráter inteiramente satisfativo da decisão, sem qualquer possibilidade de retrocessão de seus efeitos, o que se tem é um exaurimento definitivo do mérito. Afinal, a sentença de morte ao nascituro, caso fosse levada a cabo, não deixaria nada mais a ser analisado por aquele ou este Tribunal.

> 3. A legislação penal e a própria Constituição Federal, como é sabido e consabido, tutelam a vida como bem maior a ser preservado. As hipóteses em que se admite atentar contra ela estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva, tampouco analogia *in malam partem*. Há de prevalecer, nesse casos, o princípio da reserva legal.
>
> 4. O Legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto, previstas no art. 128 do Código Penal, o caso descrito nos presentes autos. O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão, mas nunca exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que fora excluída de forma propositada pelo Legislador.
>
> 5. Ordem concedida para reformar a decisão proferida pelo Tribunal *a quo*, desautorizando o aborto; outrossim, pelas peculiaridades do caso, para considerar prejudicada a apelação interposta, porquanto houve, efetivamente, manifestação exaustiva e definitiva da Corte Estadual acerca do mérito por ocasião do julgamento do agravo regimental (grifos nossos).

Outro julgado que ilustra a controvérsia sobre a tipificação do crime de aborto quando o feto é anencefálico foi proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, colocando como da competência das Varas Criminais do Júri o julgamento de eventuais pedidos de interrupção da gestação nestas condições:

> Conflito negativo – Pedido de autorização judicial, para aborto de feto anencéfalo – Divergência de competência entre o Juízo Cível e o Juízo da Vara do Júri – Discussão que, sem dúvida, diz respeito a direitos fundamentais: direito à dignidade e à saúde da gestante e direito à vida (ainda que inviável) do nascituro – Hipótese em que a avaliação recairá sobre a exclusão da tipicidade prevista no artigo 124 do C. Penal – Competência do Juízo do Júri, para apreciação dos crimes dolosos contra a vida – Previsão do art 5.º, inciso XXXVIII, alínea d, da Constituição Federal – Conflito procedente – Competência do Juízo suscitante.
>
> (...) Trata-se de pedido de aborto de feto anencefálico, hipótese em que a medicina anuncia como inviável a vida pós-parto. A discussão, sem dúvida, traz o confronto entre os direitos fundamentais da dignidade humana e da saúde (inclusive psíquica) da gestante e o direito à vida do nascituro.
>
> E é certo que, como ressaltou o Juízo suscitante, não se trata de discussão acerca das hipóteses em que o aborto não é considerado antijurídico, expressamente pela legislação penal, ou seja, nos casos em que a gravidez é resultante de estupro ou representa risco de vida à gestante (art. 128 do Código Penal).
> Mas isso não é suficiente para afastar a competência do Juízo Criminal para avaliação da questão, pois o legislador constitucional previu que é do Júri a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (art. 5.º, XXXVIII, alínea d).

E em tese, o aborto, ou seja, a interrupção da gravidez, com a morte do feto, em nosso País, ainda é considerado crime contra a vida.

Não importa que a lei penal não tenha considerado o aborto de feto anencefálico como causa de exclusão da antijuridicidade, como fez com os casos acima já mencionados, já que, nesta hipótese, discute-se a existência da própria vida sob proteção e a análise deverá recair na própria tipicidade da conduta.

Por outro lado, a ação ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal, que visa o reconhecimento da legalidade desse tipo de aborto e cujo mérito ainda não foi apreciado, trata do assunto de forma difusa.

De qualquer maneira, como bem salientou o ilustre Procurador de Justiça, até o presente momento, dado o bem jurídico tutelado, a hipotética criminalização do aborto e a competência do Juízo Criminal, para apreciação da exclusão da antijuridicidade dos outros tipos de aborto (artigo 128 do Código Penal), impõe-se o reconhecimento da competência do Juízo do Júri, que, aliás, vem sendo reiteradamente aceita para apreciação de pedidos como este.

Nesse sentido, aliás, já foi julgado por este Egrégio Tribunal,

'... Feita essa observação, entende a turma julgadora que a Seção de Direito Privado deste Tribunal não é competente para conhecer do recurso interposto pela requerente, circunstância essa que agora não irá ocasionar maiores prejuízos à recorrente, pois se danos houve com a demora já se verificaram.

Mas importa, a esta altura, fixar, em casos como o dos autos, a competência para o julgamento de recursos interpostos contra decisões que concedem ou negam autorização para a prática de aborto quando o feto apresenta anencefalia.

Nenhuma norma legal, no âmbito do direito privado, permite ao juiz autorizar a prática de aborto, seja para garantir a integridade física da gestante, seja para interromper a gravidez em que está sendo gerado um ser sem possibilidade de nascer com vida ou de sobreviver após o parto.

Nessas circunstâncias, qualquer autorização dada para a prática de aborto, por um magistrado em processo de natureza civil, data vênia, além de ilegal, configura, em tese, um ilícito penal.

Desse modo, só o juiz competente para julgar crimes praticados contra a vida é que poderá apreciar se determinada conduta, tida em tese como ilícita no campo penal, pode ser autorizada ou não e se, embora típico e antijurídico o fato, há causa excludente dessa antijuridicidade.
Assim sendo, a competência recursal para casos como o dos autos è do Tribunal ou de sua Seção que julgue, em grau de recurso, as ações penais relativas a crimes praticados contra a vida. No caso específico do Estado de São Paulo, caberá à Seção Criminal do Tribunal de Justiça julgar o recurso interposto nestes autos, já que competente para os crimes da competência do Tribunal do Júri.

> Diante disso, não se conhece do recurso, determinando a remessa dos autos à Seção Criminal desta Corte. (ApCiv 188.859-4/7, 1.ª Câm. Dir. Priv., j. 24.04.2001, rel. Des. Guimarães e Souza, voto 13.575).
>
> Ante o exposto, pelo meu voto, julgo procedente o conflito, para reconhecer a competência do MM. Juízo suscitante (Juízo da Vara do Júri da Comarca de Guarulhos – SP). (CJur 1707240000, Câm. Esp., j. 30.03.2009, rel. Des. Maria Olívia Alves).

Este mesmo Tribunal de Justiça proferiu decisão no MS 0019869-66.2011.8.26.0000, de relatoria de Penteado Navarro, 9.ª Câmara de Direito Criminal, julgado em 14.04.2011, nos seguintes termos:

> Mandado de segurança – Pedido para a interrupção de gravidez – Feto anencefálico – Malformação cerebral do embrião incompatível com a vida extrauterina – Anomalia irreversível – Manutenção da gravidez trazendo inevitáveis danos psíquicos à impetrante – Legitimidade do aborto em exame – Ordem concedida, com a expedição de alvará para a interrupção da gestação.

Outro julgado no mesmo sentido foi proferido no MS 0011516-37.2011.8.26.0000, de relatoria de Francisco Bruno, julgado pela 9.ª Câmara de Direito Criminal, em 24.03.2011:

> Mandado de segurança – Aborto de indicação "eugênica" – Feto anencefálico – Interrupção da gravidez requerida pelos pais – Aplicação analógica, nos termos do art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil, do art. 128, II, do Código Penal (que, dizendo respeito a feto saudável, claramente se aplica, com ainda maior razão, ao caso). Ordem concedida.

Por outro lado, é decisão deste mesmo Tribunal, proferida na ApCrim 990.1 0.326609-9, de relatoria de Ivan Marques, da 2.ª Câmara de Direito Criminal, cujo julgamento ocorreu em 18.10.2010:

> Recorrem requerendo lhes seja concedida a autorização judicial, uma vez que provada a anencefalia e a total impossibilidade de sobrevivência do feto após o parto (fls. 94/100).
>
> (...) A questão é complexa. Tanto que o Colendo Supremo Tribunal Federal vem postergando decisão a respeito do tema há anos.
>
> Assim sendo, deve ser enfrentada de acordo com a lei vigente, pouco importando a opinião pessoal do julgador.
> (...) Logo, não se aplicam as hipóteses legais que autorizam o aborto.
>
> E, com o devido respeito, não se pode simplificar questão tão complexa quando nem mesmo os atestados médicos se revestem de segurança sobre a anencefalia e quando o órgão máximo de preservação da Constituição

> Federal vem retardando a apreciação da questão para melhor estudo da mesma
>
> E, pelo que me consta, a questão é totalmente controvertida também no campo médico, havendo corrente ponderável que discorda veementemente da interrupção da gestação por tal motivo.
>
> Assim sendo, *não havendo amparo legal para a pretensão e não se tratando de questão incontroversa que autorizasse decisão no vácuo legal, não vejo como modificar a decisão apelada.*
> *Por isso, nego provimento ao apelo*, comunicando-se. (Grifos nossos)

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também apresenta divergência em seus julgados acerca do aborto de anencéfalos. Assim, na ApCrim 70040663163, relator Nereu José Giacomolli, Terceira Câmara Criminal, julgada em 30.12.2010, restou decidido:

> "Apelação – Pedido de interrupção de gestação – Feto anencéfalo e com múltiplas malformações congênitas – inviabilidade de vida extrauterina comprovada por exames médicos – princípio da dignidade da pessoa humana – aplicação do artigo 128, I, do Código Penal, por analogia *in bonam partem*. Comprovadas por variados exames médicos a anencefalia e as múltiplas malformações congênitas do feto, de modo a tornar certa a inviabilidade de vida extrauterina do nascituro, é possível a interrupção da gestação com base no Princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e, por analogia *in bonam partem*, no artigo 128, I, do Código Penal. No caso dos autos, exames médicos demonstram, inequivocamente, estar o feto com seus órgãos vitais (encéfalo, coração, estômago, fígado e alças intestinais) em contato com o líquido amniótico, para fora da caixa torácica. O aborto eugênico, embora não autorizado expressamente pelo Código Penal, pode ser judicialmente permitido nas hipóteses em que comprovada a inviabilidade da vida extra-uterina, independente de risco de morte da gestante, pois também a sua saúde psíquica é tutelada pelo ordenamento jurídico. A imposição de uma gestação comprovadamente inviável constitui tratamento desumano e cruel à gestante. 3. Parecer favorável do Ministério Público, nas duas instâncias. Recurso provido (TJRS, Ap Crim 70040663163, 3.ª Câm. Dir. Priv., rel. Nereu José Giacomolli, j. 30.12.2010)

Outro, contudo, foi o entendimento esposado em sede de *habeas corpus*:

> *Habeas corpus* – Anencefalia – Antecipação de parto – Aborto – Pedido indeferido em primeiro grau – Admissão do 'habeas corpus' em função de precedente do STJ – Ausência de previsão legal – Risco de vida para a gestante não demonstrado – Eventual abalo psicológico não se constitui em excludente da criminalidade – Ordem denegada. por maioria. (TJRS, HC 70020596730, 1.ª Câm. Crim., j. 25 jul. 2007, rel. Ivan Leomar Bruxel).

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina também exarou seu posicionamento em julgado de 18 de junho de 2008:

> "Apelação criminal – Pedido de autorização para interrupção de gravidez de feto anencefálico deferido – Recurso do ministério público pretendendo a reforma da decisão – Lei 9.434/97 que estabeleceu o conceito de morte a partir da paralisação das atividades do encéfalo. deformidade que exclui o conceito jurídico de vida – Cessação da gestação que não configura crime de aborto ante a ausência do bem jurídico tutelado pela norma incriminadora – *Decisum* mantido – Recurso desprovido – Expedição *incontinenti* de alvará judicial autorizando a intervenção terapêutica de gravidez (ApCrim 2008.021736-2, 3.ª Câm. Crim., rel. Des. Torres Marques)

Este mesmo Tribunal, em sede de mandado de segurança, decidiu:

> Aborto – Autorização – Feto portador de anencefalia – Deformidade no crânio, com ausência de cérebro e olhos – Impossibilidade de sobrevida – Segurança concedida para a interrupção da gravidez. (TJSP, rel. Des. David Haddad, *Lex*, set. 2000, 232/391)

O Tribunal de Alçada de Minas Gerais possui decisão no seguinte sentido:

> Autorização judicial – Interrupção de gravidez – Feto portador de anencefalia – Direito da gestante.
> Tendo em vista o dever do Estado de assegurar o bem comum, promovendo a saúde e atendendo aos fins sociais da lei, admissível a interrupção da gravidez, comprovando-se que o feto é portador de má formação congênita, caracterizada por anencefalia – ou ausência de cérebro – *Afecção irreversível que impossibilita totalmente a sobrevivência extra-uterina*, hipótese em que, ao direito da gestante, não cabe opor interpretação restritiva da legislação penal. (TAMG, rel. Juiz Alvim Soares, *RT 732/392*, grifos nossos)

Enquanto no Tribunal de Justiça do Paraná encontra-se julgado em sentido oposto:

> Apelação criminal – Pedido de interrupção de gestação – Anencefalia – Matéria não prevista na legislação penal – Inteligência do artigo 128 do Código Penal – Recurso desprovido. (TJPR, AC 0628358-1, 1.ª Câm. Crim, j. 04 mar. 2010, rel. Des. Campos Marques, v. u.)

A divergência, assim, habita o palco dos Tribunais pátrios, sendo certo que a ausência de uniformidade abala a segurança jurídica que se espera de um Estado Democrático de Direito.

É de se ressaltar que mesmo as decisões que autorizam o aborto anencéfalo fundamentam suas bases legais em argumentos distintos, não havendo uma voz uníssona a traçar as balizas normativas que assentam tanto a corrente favorável ao aborto como a que lhe é contra.

Aguarda-se, então, o julgamento da ADPF 54 pelo STF, vez que a decisão proferida em referida ação terá o condão de apaziguar as divergências de entendimento, pavimentando uma estrada sólida de decisões judiciais em um único sentido.

6.5 *WRONGFUL LIFE* E *WRONGFUL BIRTH*

Dentro desta temática a respeito do aborto anencefálico, é de fundamental importância discorrer acerca do que ficou conhecido no direito norte-americano por *wrongful birth* e *wrongful life*.

A terminologia *wrongful birth* se refere à situação em que não houve uma informação ou uma constatação por parte do médico a respeito da possibilidade de uma concepção ou nascimento de ser humano possuidor de enfermidades congênitas, privando os pais de informadamente optar em favor ou não da procriação ou, ainda, optar pelo nascimento ou pela interrupção da gravidez.

Já a situação de *wrongful life* é analisada sob a perspectiva da criança que nasceu com a enfermidade não detectada, de modo que se o aconselhamento médico não tivesse sido inadequado, seu sofrimento teria sido poupado pelo não planejamento da gravidez ou por sua interrupção.

Na verdade, a única diferença que se pode perceber entre ambas diz respeito à parte demandante, de forma que na primeira quem demandam são os pais daquela criança que nasceu com alguma anomalia ou deficiência, enquanto na segunda quem demanda é a própria criança que nasceu com algum problema[710].

Essas duas situações levaram a três possibilidades distintas de ações criadas nos Estados Unidos da América, tendo começado a angariar maior espaço na década de 70[711], apesar de já se ter notícias suas desde a década de 50[712].

A primeira delas tem por base uma "concepção indevida" (*wrongful conception*) ou "gravidez indevida" (*wrongful pregnancy*), de sorte que, ocorrendo ou não o nascimento, a gravidez é considerada pelos pais como indesejada, como decorrência de um erro médico na informação que deveria ter sido corretamente prestada aos pais. Assim, concebe-se um feto com uma deficiência genética por falta de informação ou por

[710] MORAITIS, Anastasios. Op. cit., p. 37.
[711] PINTO, Paulo Mota. Op. cit., p. 7.
[712] MORAITIS, Anastasios. Op. cit., p. 38.

informação inadequada acerca dos riscos genéticos. Neste tipo de ação, os demandantes alegam que se fossem corretamente informados a concepção jamais teria ocorrido[713].

A segunda situação ocorre nos casos de "nascimento indevido" (*wrongful birth*), nos quais existe um erro médico que conduziu ao nascimento da criança deficiente. Assim, apesar da concepção ter sido desejada, o erro levou ao nascimento de uma criança com problemas congênitos, de modo que se a mãe tivesse sido informada durante a gravidez desta condição anômala, teria ela optado tempestivamente pela interrupção da gestação. Ausente a ocorrência deste evento lesivo, a criança jamais teria nascido[714].

A terceira hipótese recebe o nome de "vida indevida" (*wrongful life*) e tem o mesmo fundamento das ações de *wrongful birth*, com a diferença de que nestas os demandantes são os pais, enquanto naquelas quem demanda é a própria criança que nasceu com alguma deficiência, pleiteando indenização em razão dos danos sofridos. Esta expressão (*wrongful life*) teve sua origem nos Estados Unidos e surgiu como contraposição à ideia da conduta ilícita de "morte indevida", servindo como sustentação de ações que declaravam a vida como um dano[715].

Estas ações, num primeiro momento, sofreram grande rejeição por parte dos Tribunais e juízes, mas aos poucos este panorama foi sendo alterado e algumas ações passaram a ser julgadas procedentes, com a respectiva indenização fruto do erro médico nessas situações. Contudo, ainda hoje não existe uma solução pacífica sobre esta temática, sendo que até no país que concebeu esta ideia (EUA) continua existindo controvérsia.

Desta forma, encontramos nos Estados Unidos da América desde ações que foram totalmente rejeitadas até aquelas em que foram ressarcidos todos os danos sofridos.

A evolução desta teoria, bem como do pensamento acerca da plausibilidade destas ações levou ao surgimento de quatro teorias distintas[716]:

i) A primeira delas entende que tanto as ações de *wrongful birth* quanto as de *wrongful life* deveriam ser negadas sob o fundamento de que estas ações contradizem a vida humana como valor fundamental.

ii) A segunda teoria defende a integral compensação dos danos sofridos pelos pais em ações de *wrongful birth*, de forma a garantir o recebimento, por parte destes, dos custos totais de manutenção da criança até a maioridade. Devido ao caráter extremamente benevolente desta teoria, os juízes americanos enfrentam sua aplicação com certa cautela.

---

[713] PINTO, Paulo Mota. Op. cit., p. 5.
[714] Idem, p. 6.
[715] Idem, p. 6.
[716] MORAITIS, Anastasios. Op. cit., p. 48-49.

iii) A terceira teoria consiste na chamada "regra de benefício", que deriva do Restatement of Torts, Second[717]. Assim, quando do cálculo dos prejuízos, deve se pesar as vantagens que os pais tiveram com a paternidade e com a maternidade, bem como sua alegria pelo nascimento de uma criança, atenuando as circunstâncias negativas do caso concreto.

iv) A quarta teoria é a dos "danos restritos", sendo a mais aplicada nos tribunais americanos. Essa teoria seria muito próxima daquela conhecida no ordenamento brasileiro como teoria dos danos diretos e imediatos. Segundo ela, a compensação dos danos deveria ser reduzida àqueles que são considerados direta e imediatamente ligados ao evento danoso. Assim, no exemplo do médico que comete uma falha no aconselhamento genético, encorajando os pais a conceber uma criança deficiente, o médico será obrigado a pagar os custos relacionados ao parto, bem como os valores que normalmente são desembolsados a mais pelos pais de uma criança deficiente se comparados com os pais de uma criança saudável. Esta teoria também leva em consideração a regra do benefício, pesando os pró e contras de uma gravidez e uma parentalidade nestas condições.

Por outro lado, existem 4 importantes argumentos que servem de fundamento para os que são contrários às ações de *wrongful birth* ou *wrongful life*[718]:

i) Diminuição dos custos médicos.

ii) Desencorajamento da prática de abortos.

iii) Afastamento do progresso da eugenia.

iv) Relação com o valor da vida humana que lhe é inato, o que sofreria substancialmente aos olhos do legislador.

Dessa feita, a partir do momento em que estas ações começaram a apresentar resultados positivos em favor de uma indenização aos pais e à criança, alguns doutrinadores manifestaram sua opinião sobre o tema, de forma que Marten A. Trotzig foi um deles. Segundo referido autor, as barreiras ideológicas que se erigiam ao redor desta temática há muito já deveriam ter sido derrubadas, já que a indenização concedida aos filhos deficientes é um incentivo ao aconselhamento genético adequado[719].

---

[717] O American Restatement of Torts, Second é um documento muito importante publicado pelo American Law Institute. Ele resume os princípios gerais do direito relacionados ao ato ilícito. Encontra-se positivado no Restatement of Torts, Second, § 920, 1977: "When the defendant's tortius conduct has caused harm to plaintiff and in so doing has conferred a special benefit to the interest of the plaintiff that was harmed, the value of the benefit conferred is considered in mitigation of damages, to the extent that this is equitable". Disponível em: http://www.in.gov/judiciary/opinions/archive/04150301.bed.html. Acesso em: 26 mar. 2009.

[718] MORAITIS, Anastasios. Op. cit., p. 56.

[719] TROTZIG, Marten A. The defective child and the actions for wrongful life and wrongful birth. **Fam. L. Q**., 14, p. 15-40, 1980-1981. p. 15-40. Segundo Dean Stretton, apesar de a aplicação das ações de *wrongful*

Não se pode negar, contudo, que um longo período já foi percorrido no sentido de superar questões éticas e morais que permeavam o senso coletivo, as quais impediam que questões desta monta fossem discutidas.

As ações de *wrongful life* e de *wrongful birth* são exemplos desta mudança de paradigma que ocorreu com a evolução dos tempos. A respeito delas, apesar de ainda polêmico o seu cabimento, iremos citar a posição de alguns Tribunais estrangeiros.

Os Tribunais alienígenas, aliás, também controvertem a respeito da questão do aborto em casos de deficiência ou má-formação fetal, de forma que, no direito comparado, chega-se a se admitir demandas indenizatórias pela não realização do aborto nestes casos.

Evidentemente, a maior aceitação dessas ações é encontrada na jurisprudência norte-americana, já que elas são fruto de sua criação.

Como decorrência da interligação mundial e da globalização, referidas ações e a controvérsia que gira em torno delas não ficou ilhada num único país, de modo que as ideias norte-americanas foram importadas por muitos Estados localizados do outro lado do Atlântico, que aos poucos passaram a assimilar seus fundamentos e aplicar sua teoria.

Influenciada pelo debate norte-americano, o pleno da Cour de Cassation Francesa deu seu primeiro passo no sentido de aceitar ações de *wrongful life* no emblemático caso que ficou conhecido como Arrêt Perruche, cujo acórdão, de número 457, foi publicado em 17 de novembro de 2000[720].

Neste caso concreto, Nicolas Perruche foi autor de uma demanda na qual ele pleiteava indenização por danos morais em decorrência de seu nascimento, decorrência da perda da chance de Josette Perruche, sua mãe, de interromper a gravidez por uma falha médica quanto ao diagnóstico pré-natal.

A Corte francesa concedeu a Nicolas o direito à indenização, reconhecendo a negligência médica no diagnóstico pré natal, que não previu a hipótese de anomalia fetal, retirando de sua mãe a opção de abortamento[721]. Essa foi a primeira vez em que foi concedida à criança o direito à indenização numa ação de *wrongful life*[722].

---

life ser contraintuitiva, a análise acertada dos princípios que envolvem a temática mostra que é ela uma solução adequada (STRETTON, Dean. The birth torts: damages for wrongful birth and wrongful life. **Deakin LR**, 10, p. 319-364, 2005. p. 364).

[720] Assemblée plénière, 17 novembre 2000, Bull. ass. plén., n. 9. Disponível em: www.courdecassation.fr. Acesso em: 19 mar. 2009.

[721] A decisão da Court de Cassation francesa de 13 de julho de 2001 foi no mesmo sentido da proferida no caso Arrêt Perruche, sendo mais uma vez reafirmada a possibilidade de concessão de indenização dos danos sofridos pela criança, mas neste caso restou assentado que não estavam reunidas as condições para o abortamento da mesma. A ementa do julgado: "**10. Responsabilité médicale - Choix empêché d'une femme enceinte d'interrompre sa grossesse - Lien de causalité - Enfant né handicapé - Préjudice - Droit à réparation – Condition** (Assemblée plénière, 13 juillet 2001, 3 arrêts, Bull. n° 10 ; rapport de M.

Essa decisão surtiu efeitos imediatos na sociedade francesa, a qual compreendeu este julgado como reconhecedor de um direito de não nascer da criança, na medida em que seu nascimento foi considerado um dano passível de indenização. Esta reação surtiu efeitos legislativos, culminado na promulgação da Lei 2002-303, de 4 de março de 2002, que ficou conhecida como lei "Anti-Perruche", na qual em seu art. 1.º, n. 1 está positivado que nenhuma pessoa pode invocar um prejuízo pelo único fato de ter nascido[723].

Cabe ressaltar que esta mesma reação também foi verificada em outros lugares, inclusive dentro dos Estados Unidos, como no caso do Estado americano de Utah, que em 28 de fevereiro de 1983 aprovou o "Wrongful Life Act"[724], deixando expressamente proibida a invocação do nascimento ou da possibilidade de abortar como fundamento de evento lesivo ou defesa.

O Tribunal Alemão, revendo seus posicionamentos, também acatou um pedido de indenização formulado pelos pais com fundamento em um aconselhamento genético negligente, entendendo que o médico deveria indenizar como dano os gastos dos pais com

---

Blondet et conclusions de M. Sainte-Rose, BICC n° 542, p. 4). L'enfant né handicapé peut demander la réparation du préjudice résultant de son handicap si ce dernier est en relation de causalité directe avec les fautes commises par le médecin dans l'exécution du contrat formé avec sa mère et qui ont empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse. Justifie toutefois sa décision de rejet d'une telle demande la cour d'appel qui constate que les conditions de l'interruption volontaire de la grossesse pratiquée pour motif thérapeutique, seule possible à la date des fautes retenues, n'étaient pas réunies ". Disponível em: http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2001_117/troisieme_partie_jurisprudence_cour_124/assemblee_pleniere_125/assemblee_pleniere_5986.html. Acesso em: 19 mar. 2009.

[722] MORAITIS, Anastasios. Op. cit., p. 42.

[723] Artigo 1.º da Lei Anti-Perruche: I. Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance. La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer.
Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale.
Les dispositions du présent I sont applicables aux instances en cours, à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation.
II. Toute personne handicapée a droit, quelle que soit la cause de sa déficience, à la solidarité de l'ensemble de la collectivité nationale.
III. Le Conseil national consultatif des personnes handicapées est chargé, dans des conditions fixées par décret, d'évaluer la situation matérielle, financière et morale des personnes handicapées en France et des personnes handicapées de nationalité française établies hors de France prises en charge au titre de la solidarité nationale, et de présenter toutes les propositions jugées nécessaires au Parlement et au Gouvernement, visant à assurer, par une programmation pluriannuelle continue, la prise en charge de ces personnes.

[724] Transcrevo as palavras de Christine M. Durham, Ministra Presidente do Tribunal Superior de Utah: "Here, the purpose of Utah's Wrongful Life Act is to discourage and burden a woman's choice to obtain an abortion; the act serves to interfere with the provision of accurate and correct information regarding the health of a fetus". Disponível em: http://www.sltrib.com/2003/Jan/01012003/utah/16415.asp. Acesso em: 19 mar. 2009.

o sustento da criança. Essa decisão foi dada pela Seção I (I Senat) do Tribunal Constitucional Alemão, em ação que visava ao controle de constitucionalidade, interpretando as normas que tratavam sobre o tema como um aconselhamento aos pais no sentido de uma interrupção da gravidez em casos de anomalias genéticas. Contudo, tal interpretação não prosperou ao fim do julgamento, de modo que a Seção II (II Senat) do Tribunal reformou a decisão, recusando qualquer direito a ressarcimento em virtude do nascimento de uma criança portadora de deficiência como consequência de falha no diagnóstico pré-natal[725].

Normalmente, o BGH entende que as despesas com o sustento da criança devem ser deduzidas do montante fixado de indenização, mas eventuais perdas patrimoniais decorrentes do fato de um dos pais ou ambos não poderem mais trabalhar em razão dos cuidados que a criança requer, bem como os custos com o funeral da criança não são compreendidos pela jurisprudência como danos. Nestes casos em que uma criança não planejada nasce com deficiências, o Tribunal acaba concedendo indenização referente às despesas com o sustento da criança[726].

Na Inglaterra, por sua vez, o caso McKay v. Essex Area Health Authority, decidido segundo regras da common law, foi julgado improcedente, não se concedendo qualquer indenização a criança por *wrongful life*. O julgado foi fundamentado no fato de que uma vida com deficiência não pode ser considerada menos valiosa do que aquela tida por "normal", o que seria contrário a política pública. Ademais, o Tribunal não teria como comparar a existência de uma pessoa deficiente com a não existência de alguém, o que torna o pleito por uma indenização inviável[727].

Na realidade, apesar deste julgamento ter ocorrido no ano de 1982, o nascimento da criança foi anterior a 1976, ano no qual foi promulgado o Congenital Disabilities (Civil Liability) Act na Inglaterra[728]. Este Ato teve como objetivo principal

---

[725] Decisão de 16 de novembro de 1993. In: BGHZ, vol. 124, p. 128-146.
[726] MORAITIS, Anastasios. Op. cit., p. 52.
[727] Ementa: "McKay v. Essex Area Health Authority 1982. A doctor failed to advise an abortion in circumstances in which there was a serious risk that if the pregnancey goes forward the child would be born disabled. The child had no cause of action. Public policy precludes such a claim for there is no way of balancing the merits of no life against the benefits or disadvantages of a disabled life". Disponível em: http://peisker.net/ffa/Capacity%20(Tort).htm. Acesso em: 19 mar. 2009.
[728] Preâmbulo do Congenital Disabilities (Civil Liability) Act, de 22 de julho de 1976: "An Act to make provision as to civil liability in the case of children born disabled in consequence of some person's fault; and to extend the Nuclear Installations Act 1965, so that children so born in consequence of a breach of duty under that Act may claim compensation". Disponível em: http://www.opsi.gov.uk/RevisedStatutes/Acts/ukpga/1976/cukpga_19760028_en_1. Acesso em 19 mar. 2009.

restringir a possibilidade de uma indenização com fundamento em uma gravidez indesejada, excluindo qualquer gasto realizado com a educação da criança.

Há de se ressaltar, contudo, que a jurisprudência inglesa se posiciona pela concessão de uma indenização aos pais da criança que nasceu deficiente, como forma de reposição das despesas adicionais que uma criança com deficiência requer[729].

A Corte di Cassazione italiana também já se pronunciou sobre estas questões, concedendo indenização aos pais pelo nascimento de uma criança com deficiência[730]. Ressalta-se que referida Corte reconhece o direito de indenização aos pais, mas não à criança, já que não existiria, segundo seu entendimento, um *diritto a non nascere*[731].

Em Portugal esta situação foi enfrentada pelo Supremo Tribunal de Justiça, em decisão de 19 de junho de 2001, concluindo pela concessão de ressarcimento aos pais pelo pelos danos causados em razão de condutas negligentes do médico e da clínica que fizeram os testes pré-natais que levaram a não constatação de anomalias, as quais, caso detectadas, levariam à interrupção da gravidez. Contudo, nesse mesmo julgamento foi negado qualquer direito de indenização à criança, sob a alegação de que esta não teria um "direito a não nascer" ou a "não existir", uma vez que a única alternativa seria ter sido evitado seu nascimento. Além disso, sustentou-se que o Direito não permite que a morte seja considerada melhor do que a vida deficiente, motivo pelo qual não é cabível uma reparação à criança[732].

Aliás, convém ressaltar que eventual reconhecimento de um "direito de não nascer", tomado num caso particular, assume conseqüências de maior vulto em situações controvertidas, como é o caso da eutanásia. Anastasios Moraitis afirma que se pode até mesmo considerar possível um suicídio pré-natal assistido por um médico[733].

Pela legislação brasileira isso ficaria um pouco mais complicado, na medida em que o suicídio é compreendido com a supressão da própria vida extrauterina pelo seu

---

[729] Vide casos: Parkinson v. St. James and Seacroft University Hospital NHS Trust (2001), EWCA Civ 530; [2001] 3 All ER 97 (Disponível em: http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2001/530.html. Acesso dia 19.03.2009.); Rand v. East Dorset Health Authority (2000) EWCA Civ 560 (Disponível em: http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2001/530.html. Acesso dia 19 mar. 2009.); Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust (2003) QB 20 (Disponível em: http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200203/ldjudgmt/jd031016/darl-2.htm. Acesso em: 19 mar. 2009.).

[730] Vide Decisão de 10 de maio de 2002 (FI, 2002, I, p. 3115). PINTO, Paulo Mota. Op. cit., p. 13-15.

[731] Vide Decisão de 29 de julho de 2004 (Giust. civ. Mass., 2004, pp. 7-8). PINTO, Paulo Mota. Op. cit., p. 13-15.

[732] CORREIA, Vanessa Cardoso. Wrongful life action: comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de Junho de 2001. **Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Medicina 1**, p. 125-131, Coimbra, Coimbra Editora, 2004/2. p. 125-131.

[733] MORAITIS, Anastasios. Op. cit., p. 54.

titular. Assim, exige-se consciência e voluntariedade daquele que decide eliminar sua própria vida, de modo que um suicídio pré-natal jamais poderia ser reconhecido pelo direito brasileiro. Toda e qualquer supressão da vida humana intra-uterina é tipificada pelo direito penal de nosso país como aborto.

Outrossim, a jurisprudência espanhola[734], holandesa[735] e austríaca[736] se orientam no sentido de conceder indenização aos pais pelas despesas com o sustento da criança.

De fundamental importância é ressaltar que toda esta discussão apenas tem cabimento quando estamos diante de hipótese de aborto permitido dentro do ordenamento jurídico de cada país. A indenização somente é devida quando há licitude na interrupção da gravidez. Assim, quanto mais restritivo for o sistema de licitude da conduta abortiva menores serão as hipóteses de cabimento de ações indenizatórias. Não há que se falar em indenização se o aborto não seria legalmente cabível[737].

Segundo Anastasios Moraitis, um dos principais parâmetros no que concerne à admissibilidade das ações de *wrongful birth* e *wrongful life* diz respeito à licitude do aborto frente a legislação criminal do país que irá julgar estes casos[738].

Dessa feita, apenas quando o aborto, preenchidos certos requisitos, passa a ser permitido pelo direito penal ou, ainda, em razão de casos concretos, é que passa a existir a possibilidade de demandas com os conteúdos de *wrongful birth* ou *wrongful life*[739].

Com relação ao direito brasileiro, esta questão caba não sendo sequer discutida, na medida em que os próprios doutrinadores estrangeiros apontam que a atribuição de indenização à criança que nasceu com uma deficiência não tem sentido se esta não poderia ter sido evitada depois de detectada[740].

Ademais, é perigoso partir de premissas como essas, possibilitando à criança uma indenização pelo fato de ter nascido, ou melhor, de não ter tido sua gestação interrompida pela prática de um aborto. Essa preocupação se insere na ideia de ladeira

---

[734] *Responsabilidad Civil por la Privación de la Posibilidad de Abortar. Comentario a la STS, 1.ª, 18.12.2003*. In: working paper 217. Disponível em: www.indret.com. Acesso em: 19 mar. 2009.
[735] Vide decisão de Hoge Raad de 21 de fevereiro de 1997 no qual também se admite uma reparação pelos prejuízos sofridos pela criança. Também o caso *baby Kelly*, decido em 18 de março de 2005, JOL. Disponível em: www.kluwer.nl, 2005, n. 162. Acesso em: 23 ago. 2008.
[736] Vide acórdão de 25 de maio de 1999 do caso *Oberster Gerichtshof*. In: ERPL, n. 2, 2003, p. 195-200. O fundamento desta decisão foi o fato de se tratar de existência não desejada enquanto deficiente, observando-se a legalidade do aborto realizado nestes casos.
[737] PINTO, Paulo Mota. Op. cit., p. 13-15.
[738] MORAITIS, Anastasios. Op. cit., p. 42.
[739] Idem, p. 43.
[740] PINTO, Paulo Mota. Op. cit, p. 21.

escorregadia desenvolvida pela bioética, de forma que o próximo passo poderia ser a possibilidade de a criança pedir indenização aos próprios pais que, devidamente informados sobre sua deficiência, optaram por legar a gravidez a termo[741].

O que mais nos importa quanto a esta temática, contudo, é justamente o erro médico no aconselhamento genético anterior a concepção, uma vez que no Brasil ainda não se permite o aborto do feto em razão do diagnóstico de deformidade ou grave doença.

Muitas vezes, os pais procuram um geneticista para que seja feito uma análise do casal em relação a possíveis doenças que o fruto de sua concepção poderá vir a desenvolver, bem como para que o casal seja alertado sobre possíveis predisposições genéticas que possam ser transmitidas ao filho.

Caso seja constatado que o aconselhamento foi feito de forma errada, de modo que o médico encorajou o casal à procriação, o que resultou na gestação de um feto com problemas genéticos diagnosticados, caberia aos pais, segundo parte da doutrina que cuida destes tipos de ações, ingressarem com uma demanda de reparação de danos contra tal profissional. O nexo de causalidade fica claramente demonstrado diante da constatação de que, sem tal aconselhamento, o casal jamais teria insistido numa possível gravidez[742].

A anencefalia ingressa nesta temática justamente por consistir em uma malformação genética, a qual culmina em uma grave deficiência cerebral. Esta deficiência, em alguns casos, pode ser evitada através de aconselhamento médico adequado, aliado à prescrição de suplementos vitamínicos, em especial de ácido fólico.

Dessa feita, o nascimento de um anencéfalo pode ser atribuído a sucessivos erros de ordem médica, cujo ápice será sentido e sofrido pelos idealizadores de referida gestação e pelo produto desta gama de falhas.

A anencefalia, então, é passível de figurar como causa da ação de *wrongful birth*, possibilidade aberta aos genitores que possuem o direito subjetivo de ingressar com esta demanda em face do médico que não os aconselhou da forma correta.

Ultrapassando esta perspectiva entre médico e paciente, pode-se ir mais além, sendo possível imaginar uma ação de *wrongful birth* contra um magistrado ou um Tribunal que não reconheceu, em sua decisão, o direito da gestante em interromper a gravidez, gerando sofrimento e angústia.

---

[741] HONDIUS, Ewoud. The Kelly Case – Compensation for Undue Damage for Wrongful Treatment. In: GEVERS, J. K. M.; HONDIUS, E. H.; HUBBEN, J. H. (orgs.). **Health, law, human rights and the biomedicine convention**: essays in honour of Henriette Roscam Abbing. Leiden, Boston: Nijhoff, 2005. p. 114.

[742] MORAITIS, Anastasios. Op. cit., p. 38.

Como já registrado anteriormente, a imposição de uma autorização judicial para permitir o aborto de fetos anencéfalos é uma falácia, sendo inegável que o risco à vida e à saúde da gestante são fatores suficientes a fundamentar uma prática abortiva com fulcro na excludente de ilicitude prevista no art. 128, I do Código Penal.

A demora judicial, desrespeito frontal ao paradigma da celeridade, é responsável por inúmeros casos de ineficácia da tutela jurisdicional pretendida, vez que uma gestação se desenvolve no espaço de nove meses, período além do qual não há mais que se falar em aborto ou interrupção da gravidez.

O tempo da espera, que torna o drama da decisão em realidade do nascimento, seria, assim, capaz de ensejar demanda em face do Judiciário brasileiro, atribuindo a ele a responsabilidade pelo nascimento indesejado de uma criança com grave malformação.

Por sua vez, impossível imaginar no direito pátrio uma ação de *wrongful life*, vez que o desejo do nascimento daquela criança, a qual não possui capacidade de consentir ou dissentir, é suprido pelo de seus genitores, os quais tomam, em seu nome, decisões, bem como praticam atos que refletem em seu futuro.

Não haveria como culpar alguém por um nascimento indevido, vez que o direito à morte não é tutelado pelo ordenamento pátrio. A única forma de amparar o óbito é garantindo a dignidade do momento derradeiro da vida de uma pessoa, não existindo um "direito de morrer" em contraposição ao direito maior que ampara a existência humana, o direito à vida. O que existe é um direito a viver dignamente, o que é verificado até o momento em que a vida se despede do colorido da existência.

O anencéfalo, dessa forma, é produto de uma gestação de risco, configurando situação hábil a ensejar a interrupção da formação fetal, em corolário ao respeito à dignidade e à saúde maternas.

A desconsideração pelos tribunais pátrios desta situação enseja responsabilidade jurídica pelos danos decorrentes da demora ou da negativa na concessão da tutela jurisdicional pretendida.

Por outro lado, também é passível de responsabilização o médico que não aconselha de modo adequado suas pacientes gestantes, não garantindo a elas o direito à informação acerca dos meios aptos a impedir ou dificultar a ocorrência de uma gestação anencefálica.

Esta problemática, aliás, muito se assemelha a doutrina da perda de uma chance, segundo a qual, a falta de informação ou de cuidados médicos dirigidos aos

genitores que planejam uma futura gestação, retira dos pais e do filho a chance de um nascimento saudável, com a ausênca de qualquer malfomação ou deficiência.

Sendo assim, um longo caminho trilha os avanços da medicina e do direito, sendo certo que cada descoberta traz consigo a responsabilidade do alerta, da informação dirigida àqueles que serão o alvo das conseqüências de uma determinada atitude.

As ações de *wrongful birth* e *wrongful life* são, deste modo, o exemplo claro desta responsabilização que os detentores do conhecimento técnico-científico possuem em face da sociedade na qual vivem.

7

ANENCÉFALO NASCIDO E SUA PERSONALIDADE

O capítulo em questão traz à baila a situação do anencéfalo nascido, considerando os meandros de sua existência para justificar a presença de uma personalidade jurídica.

O respeito à vida, direito fundamental e anterior a qualquer outro direito, é a base de toda a discussão que envolve a situação dos anencéfalos, de modo que sem este respeito todos os demais direitos e garantias perdem sua razão de existir. Constatada a existência de vida no embrião diagnosticado com anencefalia, esta sua condição passa a ser merecedora de uma tutela jurídica e legislativa mais cuidadosa, cercando a fragilidade desta vida com um manto de garantias e direitos.

Dessa feita, o nascimento do anencéfalo enterra as indagações que circundam a interrupção de sua gestação, saindo de cena a figura de sua genitora, para que ele figure sem ela no palco da discussão que cerca seus direitos fundamentais.

A expulsão do ventre materno, então, abre as portas para uma nova realidade, a qual deve ser enfrentada pelas normas positiva, com o auxílio dos estudiosos do Direito. A contraposição de direitos entre mãe e nascituro cede espaço para o embate entre direitos do nascituro e necessidade de terceiros de órgãos vitais.

Os argumentos que sustentavam a permissão do aborto de gestações anencefálicas passam a declarar a necessidade de doação de órgãos e tecidos por neonatos portadores de anencefalia, dando margem à continuidade da discussão que cerca a existência de sua vida e, assim, de personalidade jurídica.

7.1 VIABILIDADE DE EXISTÊNCIA EXTRAUTERINA

A anencefalia é considerada uma anomalia incompatível com a vida extrauterina, sendo variável o grau de aniquilamento ou malformação do cérebro exposto. Assim, a ausência dos hemisférios cerebrais e do cerebelo, bem como da calota craniana,

pode variar, sendo a superfície nervosa protegida por um tecido esponjoso que, na verdade, é constituído por um tecido exposto degenerado[743].

Para José Renato Nalini:

> A vida não é um tema singelo. É inerente à condição humana enfrentar adversidade, frustrações e misérias. Mesmo assim, a humanidade não pode renegar sua espécie, nem se portar com irracionalidade e tratar seus exemplares mal formados como se foram lixo hospitalar. Exatamente por ostentarem debilidades e insuficiências, tais seres merecem amor redobrado. E quem a eles dedicar afeição e respeito crescerá em humanismo, se elevará acima da fraqueza e das baixezas dos desprovidos de consciência.
>
> Se algo existe insuscetível de graduação é a vida. Não por acaso foram vencidos os que gostariam que a Constituição Cidadã garantisse a 'vida digna'. Prevaleceu o direito intangível à vida. Sem qualificativos. Vida não se vincula a lapso temporal. Por breve seja e se reveste da plenitude de seus atributos. Dos quais o primeiro é a dignidade.
>
> De qualquer forma, toda vida humana é frágil e breve. Não dura mais do que um átimo. Algo que os poetas vêm melhor do que os outros: 'Temos só este momento, cintilando como uma estrela em nossas mãos (...) e liquefazendo-se como um floco de neve. Usêmo-lo, antes que seja muito tarde (Marie Beynon Ray)[744].

Considerar o anencéfalo como ser vivo, a despeito de ser o mais razoável diante de sua condição, parece não contar com o apoio do CFM, o qual, em suas Resoluções, refere-se ao anencéfalo como natimorto cerebral[745].

Fermin Roland Schramm, bioeticista e sanitarista da Fundação Oswaldo Cruz, posiciona-se não apenas pela ausência de vida, mas também pela ausência da condição humana do anencéfalo destacando:

> A esse respeito, é preciso dizer que existe uma diferença substantiva entre um feto anencéfalo e um indivíduo que, por alguma razão, teve morte encefálica. No primeiro caso, nunca houve de fato um indivíduo que em algum momento de sua vida pôde conceber-se e ser concebido como indivíduo numa vida relacional, quer dizer, nunca houve de fato uma pessoa, nem potencial (visto que a potencialidade implica que ela se atualize em algum momento, o que está excluído a priori pela condição de anencéfalo, como nos ensina o diagnóstico baseado em critérios neurológicos); no segundo caso, ao contrário, esta característica já existiu e se perdeu. Ademais, no segundo caso, recentemente surgiram dúvidas entre especialistas, o que o torna muito mais polêmico que o primeiro. Com efeito, se, por um lado, os especialistas aceitam *prima facie* a pertinência semiológica da morte encefálica (cujos indícios são

[743] LEMIERE, R. J.; BECKWITH, J. B.; WARKANY, J. **Anencephaly**. New York: Raven Press, 1978. p. 231-232.
[744] NALINI, José Renato. Op. cit.
[745] ZOBOLI, Elma Pavoni (rel.); GARCIA, Maria (rev.). Op. cit., p. 162.

> essencialmente a perda irreversível da respiração espontânea, da consciência, dos reflexos cranianos e da atividade elétrica cerebral) para afirmar que o indivíduo está morto (ou morrendo), visto que não existiria mais aquela unidade funcional do organismo, ou integração, assegurada pela consciência e a relação com o ambiente externo; por outro, persistem dúvidas acerca do grau de abrangência desta 'integração', visto que existe também uma integração vegetativa, que pode muito bem ser contornada com meios artificiais – por exemplo, por aparelhos. Esta distinção entre os dois tipos de integração é certamente importante para os avanços da clínica e da legitimidade, ou não, da obstinação terapêutica. Além disso, o conceito de 'vida artificial', que a tecnociência atual torna possível, implica em complexas discussões sobre as relações entre cérebro e mente – isto é, entre a neurobiologia (que permite a definição de morte encefálica) e a psicologia e a filosofia, que estudam a consciência – e nos ensina que esta é uma qualidade emergente de um sujeito e que não pode, portanto, ser reduzida à sua dimensão objetiva estudada pela neurobiologia[746].

Por sua vez, Márcio Fabri, teólogo; diretor do Instituto Alfonsianum de Ética Teológica (São Paulo), esposa pensamento divergente de Schramm, afirmando que:

> Sem receios, podemos admitir que os critérios de humanização do ser humano têm raiz nos diferentes momentos culturais da humanidade e de seus contextos. Critérios baseados nas informações sobre o próprio feto; critérios ideológicos e interpretativos do ser humano; critérios oriundos de uma consideração de conflitos situacionais. Daí as diferentes conclusões morais sobre o abortamento que vão se propondo nas sociedades. Mas a validade de tais critérios deve ser examinada constantemente pela ética, pois esta não se compõe simplesmente de moralidades estabelecidas.
>
> Em nossos tempos, uma tendência é buscar na razão instrumental os critérios para quando e como 'humanizar'. Isto leva a conferir valor e dignidade ao ser humano, pelo crivo de sua funcionalidade, eficiência, utilidade, previsão de duração de vida. Vidas sem tais perspectivas são descaracterizadas e descartadas. O ser humano seria um instrumento, dispensável quando já não servisse. Podemos verificar a ambigüidade destes critérios em genocídios históricos e nas atuais desigualdades que crescem no mundo, deixando exposta a vida dos pobres e dos despossuídos. Este critério pode estar sutilmente presente quando se decide com pleno poder sobre o feto ou o neonato anencéfalos, alegando os insuperáveis limites de sua condição.
>
> Uma contraproposta é colocar o ser humano anencéfalo na rede de relações simbólicas que superam as meras eficiências instrumentais. Fruto de uma gestação biológica humana, coloca-se no contexto de um ser humano em formação. Seus graves limites não legitimam sua destruição ou a utilização de seus órgãos, pois nele se adensam significados humanos que levam a respeitá-lo em seus próprios limites. Respeitá-lo, assim, é respeitar a nossa própria condição em suas

[746] KIPPER, Délio; HOSSNE, Williarn Saad. Op. cit.

> potencialidades e limitações pois, em última análise, não temos bases suficientemente sólidas para separar os fetos e neonatos anencéfalos das origens e processos comuns da formação de nosso próprio ser[747].

A vida extrauterina é o maior bem material e imaterial existente. Desvalorizada na atual conjectura, a vida é desprovida de mensuração financeira e social, diante de seu alto grau valorativo humano. A vida é a força matriz da natureza e o pilar da construção social. Por mais valorados que sejam os objetos criados pelo "homem", aqui considerada qualquer pessoa humana, não se pode esquecer que tudo existe porque a vida existe.

É fato que o anencéfalo tem viabilidade extrauterina, ainda que a medicina não consiga definir por quanto tempo e em que condições. É certo, também, que amar um filho é inerente à condição paterna ou materna, não havendo vinculação a sua perfeição física ou ao seu tempo de vida[748].

A questão tormentosa que deve ser enfrentada é se o anencéfalo tem ou não viabilidade fora do útero de sua mãe e se adquire personalidade. Os mais assodados imediatamente respoderão que não. Seriam inviáveis, pois apenas surgiram ao mundo como consequência da expulsão do feto do ventre materno, desprovidos de sentimentos, dores e agruras.

A dúvida que paira sobre a anencefalia enquanto compatível com a qualidade de pessoa não é atual. Remonta aos nossos antepassados. Os bárbaros de todas as épocas sempre se perguntaram se os "mais" pequenos, os mais frágeis, os mais velhos, os menos "perfeitos", os de outra cor ou de outra cultura eram ou não pessoas[749].

Desconsiderar o choro ou o movimento advindo do ser desprovido de higidez absoluta da sua construção cerebral é reviver e tornar mais patente as barbaridades da história. Comumente surgem casos de anencéfalos que vivem dias, meses e anos. Os anencéfalos, apesar de não possuírem a formação completa de seu corpo mental, podem ter uma existência, ainda que desprovida de variáveis manifestações, e podem ter sensações, que decorrem dos reflexos emanados do tronco encefálico, os quais garantem uma sobrevida independente de instrumentário médico, ainda que não seja duradoura. Assim, são eles pessoas, por mais que lhe faltem partes de seu corpo.

---

[747] Idem.
[748] PRADO, Simone Marcussi de Almeida. **O direito à vida mesmo que por um dia** – o aborto de anencéfalo. Disponível em: http://www.portaldafamilia.org/artigos/artigo706.shtml. Acesso em: 27 jun. 2011.
[749] GONÇALVES, Teresa. **Serão pessoas?** Disponível em: http://www.portaldafamilia.org/artigos/artigo543.shtml. Acesso em: 27 jul. 2011.

Em diversos casos verdadeiros, as mães não apenas se sentem mães, mas sentem a existência de uma vida frágil, comum a todos os bebês, desenvolvendo-se dentro do ventre materno.

Dentre alguns casos, vale citar o testemunho de Mônica, mãe de Giovana. Mãe de uma pequena menina anencéfala que nasceu no dia 25 de março de 2005, Giovana chorou ao nascer, acalentando o coração de sua genitora ansiosa para saber o estado de saúde de sua filha. Ao recebê-la em seus braços, avistou que a pequena Giovana era linda, e que havia herdado de seu pai a boca e de sua mãe o nariz[750].

A criança ao nascer enfrenta a morte com a nítida intenção de viver. A criança vive e chora ao nascer, o que ocorre com o anencéfalo. O choro é o atestado da entrada de ar nos pulmões desta criança, que declara, aos berros, que chegou ao mundo com vida.

O Moderno Dicionário da Língua Portuguesa Michaelis anota o significado de viabilidade como "qualidade de viável", enquanto este mesmo dicionário indica que o vocábulo viável, em termos médicos "diz-se do feto que apresenta o suficiente desenvolvimento e a conveniente regularidade de conformação para as exigências da vida extrauterina"[751].

A viabilidade da existência extrauterina, independente de maquinário, então, requer um desenvolvimento adequado para as exigências feitas pela permanência extrauterina. Neste sentido, o anencéfalo não apresenta um aparato biológico compatível com a manutenção da vida por longos anos, mas também não se pode desconsiderar que a presença do tronco encefálico responde aos anseios de manutenção dos reflexos respiratório e cardiovascular, basilares no sustentáculo da vida extrauterina.

O pulsar da vida que a gestante carrega em seu ventre transpassa as barreiras uterinas com o nascimento, trazendo ao mundo um pequeno ser com profundas dificuldades de se ajustar ao mundo que o cerca.

Estas dificuldades, contudo, demonstram a fragilidade do neonato, não sendo suficientes para justificar sua desconsideração pelo ordenamento.

O sistema jurídico pátrio não exige a viabilidade como requisito para atribuir ao ser nascido a condição de pessoa. A única exigência feita é o nascimento com vida, a mesma vida verificada ao longo de toda a gestação.

Dessa feita, ainda que muitos doutrinadores aleguem a inviabilidade da existência extrauterina como fundamento da autorização do aborto ou da negação de vida

---

[750] SANCHES, Mônica Torres Lopes. **O testemunho de Mônica, mãe de Giovana, anencéfala**. Disponível em: http://www.providaanapolis.org.br/index1.htm. Acesso em: 28 jul. 2011.
[751] Disponível em http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=viável. Acesso em 09 set. 2011.

ao anencéfalo, é fato que tal fator não é requisito legal apto a justificar uma manobra abortiva ou desamparar a vida que pulsa com os batimentos cardíacos deste ser humano.

A nosso ver, o tronco encefálico garante os reflexos compatíveis com uma viabilidade extrauterina, sendo certo que o anencéfalo possui uma curta sobrevida, mas esta efêmera existência é garantida única e exclusivamente por sua constituição biológica, vez que a maior parte dos profissionais da medicina é orientado a não ministrar suporte médico ou manobras de manutenção artificial da vida nestes casos.

Contudo, ainda que se alegue que a viabilidade da vida extrauterina exige mais elementos que apenas os reflexos rudimentarmente mantidos pelo tronco encefálico, referida constatação não constitui elemento conformador da qualidade de pessoa. Não fosse assim, para saber se um sujeito é ou não pessoa, seria necessário aferir sua saúde e qualidade de órgãos vitais antes de atribuir a chancela da personalidade jurídica.

Sendo assim, a situação do anencéfalo, a despeito da inexistência de hemisférios cerebrais, em nada se distingue daquela apresentada por neonatos que contraem graves doenças logo após o parto, vindo a falecer após poucas horas ou dias de vida. Sua existência é tão significativa quanto a de qualquer outro recém-nascido, tanto pela existência de vida, quanto pelas lembranças que deixarão no seio de sua família.

7.2 EXISTÊNCIA OU NÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA

A anencefalia é uma anomalia incompatível com a longevidade que se espera da vida extrauterina, contando seus portadores com um tronco encefálico encerregado das funções vitais de manutenção de um ser humano, ainda que rudimentares.

A certeza de um óbito precoce decorre da ausência da formação do encéfalo, com toda a complexidade que o sistema nervoso central representa na vida de um ser.

Qual a diferença, entretanto, entre a morte de um recém-nascido por complicações cirúrgicas e a de um anencéfalo? Um neonato cujo óbito tenha sido atestado apenas 1 (uma) hora após o parto teria mais vida quando comparado com um anencéfalo que permaneceu fora do útero materno por um mês?

É fato inegável que a condição cerebral, com toda racionalidade que a inteligência pode representar, é um dos fatores que distingue seres humanos de outros animais. Contudo, a ausência desta atividade racional não determina a morte dos demais

seres vivos, reconhecendo a eles normas de proteção da biodiversidade e de manutenção das espécies.

Os seres vivos são diferentes em sua formação biológica e racional, mas esta diferença não leva à afirmativa de que uma ameba não seria um ser vivo apenas e tão somente pela simplicidade de sua estrutura, contando com uma única célula responsável por toda manutenção vital.

Assim, declarar a inexistência de vida do anencéfalo é configurá-lo em um reino biológico inferior àquele no qual se encontram os protozoários (reino protista), por exemplo.

Esta afirmativa não desconsidera as disposições presentes na Lei de Transplantes de Órgãos e Tecidos, sendo certa sua importância para garantir a existência de pessoas adoentadas a partir do transplante de órgãos e tecidos de seres humanos de recuperação inviável. Seu viés utilitarista garante o aproveitamento do aparato biológico de um indivíduo encefalicamente morto em outro sujeito necessitado deste suporte para manutenção da vida.

O papel desempenhado por referido diploma legislativo tem sua razão de ser no objetivo último traçado em seu seio, qual seja, a doação de órgãos e tecidos, sendo este seu campo de aplicação. Ante a inviabilidade da realização de tal transplante, seja pela ausência de autorização, seja pela má qualidade dos órgãos e tecidos do possível doador, referida lei perde seu campo de aplicabilidade, de modo que a manutenção daquele sujeito passa a ser regulada pelas demais normas.

A morte encefálica, então, passa a aguardar a morte biológica, momento no qual se atestará o fim de uma existência, com todas as consequências jurídicas que deste fato decorrem. A ausência de atividade encefálica como marco do óbito de um ser humano tem seu sentido apenas quando levado a efeito o fim do transplante de órgãos e tecidos, de modo que a morte biológica passa a ser o momento no qual o óbito deve ser atestado ante a ausência deste fim último da lei.

Não fosse este o entendimento, teríamos uma legião de *mortos vivos*, pessoas biologicamente vivas, mas encefalicamente mortas, com a lavratura de atestado de óbito sem o sepultamento ou a cremação do *de cujus*.

Teríamos, nesta trilha de pensamento, reconhecimento de paternidade *post mortem* sem a necessidade de exumação, ação de inventário cuja competência será da comarca onde se encontra localizado o hospital que abriga o leito de UTI do falecido,

testamento aberto e cuja deixa testamentária não pode ainda ser cumprida pela ausência de morte biológica do testador, entre outras problemáticas.

O suporte médico ministrado para prolongar o tempo de vida biológica de um ser humano, conhecido como distanásia, não é o mesmo que o tanque de formol que conserva um cadáver. Os batimentos cardíacos e a respiração, ainda que instrumentalizados mecanicamente, impedem uma morte celular, sendo certo que a ausência de atividade encefálica se contrapõe à existência de vida neste ser.

Não bastasse este argumento de inaplicabilidade da Lei de Transplante de Órgãos e Tecidos, é inegável que o anencéfalo não se enquadra nos critérios do diagnóstico da morte encefálica.

A atividade do tronco encefálico, garantidora dos reflexos vitais que fornecem o suporte biológico de manutenção do anencéfalo, é incompatível com a morte encefálica.

Dessa feita, considerando que o critério de morte encefálica é uma criação do direito e da medicina, com fundamento na viabilidade da doação de órgãos e tecidos, sua constatação deve seguir rigorosa análise, sendo inaceitável a inclusão de outras hipóteses que não se ajustem de maneira perfeita ao patamar traçado.

A construção destes estritos critérios garante segurança aos futuros doadores de órgãos e tecidos, declarando a todos os intencionados que não será admitida qualquer flexibilização de *standards* que definem o fundamental direito à vida, tampouco a lei cederá espaço a barganhas cristalizadas em argumentos utilitaristas.

Outrossim, não é possível o diagnóstico de morte encefálica em menores de sete dias de vida, de modo que, antes deste prazo, impossível será atestar o óbito de um recém-nascido com base na ausência de atividade encefálica.

Então, do momento do nascimento até o sétimo dia de vida, o direito deve conformar a existência deste ser humano nos moldes em que trata todos os demais, conferindo-lhe a proteção do ordenamento, com todas as garantias que são devidas a uma pessoa, sobretudo com o atributo da personalidade jurídica.

A personalidade jurídica do anencéfalo é a armadura que garante a ele condições de enfrentar a dura batalha de uma curta história com limitações. A sociedade é formada pela conjugação de diferentes seres humanos, cada qual com suas peculiaridades, construindo, assim, a pluralidade social que é pilar estruturante de uma comunidade.

A função do direito neste panorama é regular a esfera do privado e do público, determinando um espaço de convivência social, resguardando a harmonia do consenso onde o diferente é pressuposto da existência de cada qual.

Pessoas portadoras de deficiência, seja ela qual for, fazem parte deste mosaico que colore nossas vidas com a pluralidade de existências, de modo que cada um desempenha, dentro de suas limitações, papel fundamental na construção social que se pretende democrática.

A fragilidade da vida do anencéfalo nos remete à finitude do ser humano, o qual, despojado de suas garantias e de seus direitos, volta ao estado de natureza, onde a lei do mais forte impõe ao mais fraco decisões desprovidas de consenso e legitimação.

Normas limitadoras de direitos humanos devem ser interpretadas restritivamente, vez que a existência das normas protetivas visam, justamente, coibir abusos e atrocidades contra a essência do indivíduo.

A aplicação do dispositivo que determina o fim da vida com o diagnóstico de morte encefálica, então, deve ser interpretado de forma restritiva, vez que despoja o ser humano de seu direito mais basilar, anterior a qualquer outro direito, qual seja: o direito à vida.

Não convém, sob pena de ceifar o pilar da segurança que sustenta o ideário da Justiça, incluir outras anomalias cerebrais, que não correspondam integralmente aos critérios de diagnóstico de morte encefálica, como determinantes na constatação do óbito de um ser humano.

O liame que separa práticas eugênicas de práticas lícitas é tênue, sendo certo que muitas vezes o discurso utilitarista tende a escolhas trágicas, chancelando discriminações sob o argumento de que a analogia respalda a inserção de casos análogos numa mesma categoria jurídica.

Dessa feita, inegável a existência de vida e de personalidade jurídica aos anencéfalos nascidos, sendo uma falácia enquadrá-los como mortos encefálicos nos termos traçados pela Lei de Transplante de Órgãos e Tecidos, vez que não se enquadram nos estritos critérios médicos que determinam a ausência completa de uma atividade encefálica.

A única exigência feita pelo ordenamento jurídico brasileiro para atribuir personalidade jurídica a um ser humano, ciente das divergências que sua redação causa, é o nascimento com vida, verificado com a entrada de ar nos pulmões do recém-nascido.

Sendo assim, não é tarefa do jurista a pavimentação de estrada paralela aos critérios legais como fundamento para declarar a inexistência de vida em determinadas situações. Por mais bem intencionadas que sejam as construções doutrinárias neste sentido, desconsiderar o pulsar vital que corre nas veias do anencéfalo é aniquilar toda construção

de direitos fundamentais, que sustenta o destino de cada indivíduo dentro de uma sociedade.

O mundo já foi palco das maiores atrocidades cometidas sob o respaldo do ordenamento jurídico, assistindo amedrontado às consequências da elaboração de normas jurídicas descomprometidas com os direitos inatos a todo ser humano.

O papel, instrumentário de redação do material legislativo, aceita qualquer conteúdo, sendo dever do jurista empenhar-se em acautelar o direito positivo com os valores inerentes a uma sociedade democrática, cujas normas representam as aspirações comunitárias.

Desta feita, não pode a construção doutrinária deitar por terra o pilar que estrutura a base de proteção do ser humano, de modo que normas como a que atribui personalidade jurídica a um indivíduo não devem ser interpretadas de modo restritivo, mas, ao reverso, deve ser ampliada de modo a amparar todo aquele que preencha os requisitos mínimos de sua concessão.

Por todos os motivos acima expostos, é inegável a atribuição de personalidade jurídica ao anencéfalo nascido. Sua anomalia é razão para deferir-lhe maior proteção do ordenamento jurídico e não fundamento para ceifar um dos poucos suportes que lhe sustentam a existência.

Desconsiderar a existência de vida do anencéfalo ou não lhe atribuir personalidade jurídica é despi-lo dos únicos elementos que irão conformar sua breve experiência vital, desrespeitando o destino de um ser humano apenas e tão somente por sua constituição diferente dos demais.

7.3 EFEITOS JURÍDICOS DA ATRIBUIÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA AO ANENCÉFALO

A presente análise leva em conta os aspectos decorrentes da atribuição de personalidade jurídica ao anencéfalo.

Antes, porém, é imperioso mencionar que a personalidade jurídica atribuída a qualquer pessoa nascida gera a aptidão genérica para se adquirir direitos e contrair obrigações. O Código Civil Brasileiro enuncia em seu artigo 2° que “a personalidade jurídica da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Ao nascer, qualquer pessoa, imediatamente, adquire direitos e contrai obrigações, ainda que conscientemente nada faça. O mesmo deve ocorrer com o anencéfalo.

Ao atribuirmos personalidade jurídica ao anencéfalo, direitos considerados "banais" às demais pessoas serão assegurados e reconhecidos ao novo ser. A personalidade jurídica conferida ao anencéfalo garante-lhe, *verbi gratia*, o direito a receber um nome e sobrenome, devidamente registrado no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais. O detentor da personalidade passa, então, a ser identificado socialmente, com a obtenção de elementos que o individualizam no convívio social.

Com identidade própria, passa a pessoa a ser capaz de se relacionar com os demais membros da sociedade e com o próprio Estado, mediante a assunção de obrigações a todos imposta e o percebimento de direitos a todos concedidos.

Assim, inúmeras consequências distintas decorrem da personalidade jurídica.

Como asseverado, ao nascer com vida, ainda que sem longo potencial, a pessoa garante a proteção de seu patrimônio pessoal intrínseco. O complexo de elementos que o distingue das demais pessoas na sociedade recebe a proteção do direito positivo, em todos os seus ramos.

A personalidade garante o direito a receber patrimônio, considerando este como conjunto de bens corpóreos e incorpóreos que, agregados no decurso da vida, constituem elemento de manutenção das relações negociais empreendidas durante todo o desenvolvimento humano. Vale dizer que esta transmissão patrimonial possibilita a conquista da liberdade financeira, seja pelo trabalho, pela sorte ou pela benemerência alheia, mediante atos donatários.

De igual modo, cessada a vida, com a morte do detentor do patrimônio, este será imediatamente transmitido a terceiras pessoas, com a abertura da sucessão. O anencéfalo, como detentor de personalidade jurídica, recebe tanto a qualidade de herdeiro como a de transmissor de bens.

Inúmeros outros direitos e obrigações surgem com a atribuição da personalidade. O Estado, ao reconhecer a personalidade do novo sujeito, assume, também, obrigações em relação ao indivíduo e pode, em contrapartida, exigir o cumprimento de obrigações legais. São, então, impostas determinadas obrigações, como, por exemplo, o dever de alistamento eleitoral, de votar, de se alistar militarmente, de pagar tributos etc. Por outro lado, é atribuído o direito de ter seus direitos preservados, receber tratamento de saúde adequado, moradia, educação, dentre outros direitos individuais, sociais e coletivos.

A atribuição de personalidade jurídica ao anencéfalo nascido vai além da mera constatação da existência de uma vida com todas as suas consequências, sendo o reconhecimento de que seu lugar no mundo está protegido por normas que garantem sua vivência como ser humano.

O anencéfalo é uma pessoa e, como tal, dotado de todos os direitos e garantias que tal condição lhe confere. Assim, seu nascimento enseja um registro de nascimento e de óbito, a qualidade de herdeiro, a possibilidade de levar a efeito a tutela de direitos inerentes a sua personalidade, como o direito à imagem, à honra, ao reconhecimento de direitos patrimoniais etc.

Por outro lado, o não reconhecimento desta qualidade leva a efeito um registro de natimorto, a não atribuição da qualidade de herdeiro, a impossibilidade de ser titular de direitos e deveres, a não aquisição de direitos patrimoniais etc.

Até mesmo a condição de beneficiário de um plano de saúde passa, necessariamente, por esta constatação. Figurar como titular ou beneficiário de uma relação contratual exige a qualidade de sujeito de direitos e deveres daquele que figura em um dos pólos desta relação.

O anencéfalo pode, então, ser beneficiário de um plano de saúde, bem como passa a ser dependente previdenciário de seus genitores para todos os fins, podendo gozar de benefícios previdenciários.

Aliás, o tratamento de saúde que deve ser ministrado ao anencéfalo na rede pública de saúde também requer a atribuição de personalidade jurídica e de vida, não havendo como ministrar cuidados médicos a um indivíduo falecido em um leito hospitalar.

Os cuidados intensivos ministrados a um ser anencefálico em uma unidade hospitalar configuram tratamentos a uma pessoa viva, dotada dos direitos individuais e sociais assegurados a todos os seres humanos, dentre eles o direito à saúde.

Outra consequência inerente à atribuição de personalidade é o reconhecimento da capacidade de direito de seu titular.

A própria dignidade, pilar da existência humana e do Estado Democrático de Direito, possui conformação mais contundente frente à atribuição de personalidade jurídica, vez que a existência da pessoa é o fundamento da atribuição de direitos inerentes a sua condição humana, como princípio do respeito dedicado a sua dignidade.

Os direitos da personalidade, em toda sua extensão, são também deferidos, com seu vigor inerente, ao detentor de personalidade jurídica.

Em suma, a principal consequência da atribuição de personalidade jurídica ao anencéfalo é o seu reconhecimento pelo ordenamento, o qual passa a atestar não apenas sua existência, como lhe defere garantias, direitos e deveres que passam a reger sua vida em sociedade, permitindo a titularidade de relações jurídicas próprias.

Ademais, a condição de pessoa, ao atribuir a qualidade de herdeiro ao anencéfalo, permite a transmissão do patrimônio amealhado por um de seus genitores pré-morto ou por deixa testamentária, ainda que sua propriedade em tais bens seja tão efêmera quanto sua vida. Com a morte do anencéfalo, todo o patrimônio herdado será transmitido de forma imediata a seus genitores ou a sua mãe (caso o pai seja pré-morto), vez que sua existência recebeu a chancela do ordenamento, com a atribuição de todos os efeitos que advém da condição de pessoa.

No que tange especificamente à qualidade de herdeiro, o art. 1.798 do Código Civil preceitua: "Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão". Assim, uma situação de grande complexidade pode surgir. O nascituro somente será considerado herdeiro de um genitor pré-morto se nascer com vida, ou seja, para receber o patrimônio amealhado por um ascendente na qualidade de herdeiro o nascituro deve nascer e respirar.

O parto de um natimorto não tem o condão de solidificar essa transmissão sucessória, de modo que a ordem de vocação hereditária será deferida de outra forma que não na linha descendente.

Dessa feita, o nascimento de um filho anencéfalo pode mudar toda a ordem sucessória, a depender do entendimento adotado no que tange à presença de vida e à aquisição de personalidade.

A constatação da ausência de vida neste neonato e, desta forma, de personalidade, desqualifica-o como herdeiro, sendo certo que os direitos e deveres de seu pai pré-morto, em conformidade com o art. 1.829 do Código Civil, serão transmitidos aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; ao cônjuge sobrevivente ou aos colaterais, nesta ordem de preferência.

A declaração do nascimento com vida do anencéfalo, por sua vez, o inclui no rol dos herdeiros legítimos, sendo certo que a herança do genitor pré-morto será deferida a ele (descendente), "em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art.

1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares"[752].

Seguindo esta cadeia de acontecimentos, vindo o anencéfalo a falecer, sua herdeira necessária será a genitora viva, transmitindo a ela todos os bens que foram herdados pelo anencéfalo quando do falecimento de seu pai.

Ainda ao tratar da sucessão é importante mencionar o instituto do rompimento do testamento. O art. 1.973 do Código Civil dispõe que "sobrevindo descendente sucessível ao testador, que não o tinha ou não o conhecia quando testou, rompe-se o testamento em todas as suas disposições, se esse descendente sobreviver ao testador".

Dessa forma, caso o ascendente tivesse testado em momento anterior à concepção do descendente anencéfalo, poderia referido testamento ser rompido em suas disposições a depender da constatação ou não de vida no ser nascido com anencefalia.

O próprio direito à vida do anencéfalo é tutelado pelo ordenamento com a atribuição de personalidade, vez que este é o direito basilar que possibilita a existência dos demais. Qualquer ação direcionada à subtração da vida deste ser humano será, então, punida pelo direito penal como homicídio[753] ou infanticídio[754] (se praticada pela mãe durante o estado puerperal).

---

[752] Redação dada ao art. 1.829, I, do Código Civil brasileiro.

[753] Homicídio simples – Art 121 do CP: "Matar alguém:
Pena – reclusão, de seis a vinte anos.
Caso de diminuição de pena
§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, ou juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.
Homicídio qualificado
§ 2º Se o homicídio é cometido:
I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;
II - por motivo futil;
III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;
IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossivel a defesa do ofendido;
V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime:
Pena - reclusão, de doze a trinta anos.
Homicídio culposo
§ 3º Se o homicídio é culposo: (Vide Lei nº 4.611, de 1965)
Pena - detenção, de um a três anos.
Aumento de pena
§ 4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as conseqüências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos. (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

Pode, ainda, ser o anencéfalo vítima do delito de lesões corporais[755], de abandono de incapaz[756], exposição ou abandono de recém-nascido[757], enfim, poderá ser sujeito passivo de qualquer figura delitiva que tutele o ser humano nascido vivo.

---

§ 5º - Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as conseqüências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária. (Incluído pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)"

[754] Infanticídio - Art. 123 do CP: "Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após:
Pena - detenção, de dois a seis anos".

[755] Lesão corporal - Art. 129 do CP: "Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:
Pena - detenção, de três meses a um ano.
Lesão corporal de natureza grave
§ 1º Se resulta:
I - Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;
II - perigo de vida;
III - debilidade permanente de membro, sentido ou função;
IV - aceleração de parto:
Pena - reclusão, de um a cinco anos.
§ 2° Se resulta:
I - Incapacidade permanente para o trabalho;
II - enfermidade incuravel;
III - perda ou inutilização do membro, sentido ou função;
IV - deformidade permanente;
V - aborto:
Pena - reclusão, de dois a oito anos.
Lesão corporal seguida de morte
§ 3° Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quís o resultado, nem assumiu o risco de produzí-lo:
Pena - reclusão, de quatro a doze anos.
Diminuição de pena
§ 4° Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.
Substituição da pena
§ 5° O juiz, não sendo graves as lesões, pode ainda substituir a pena de detenção pela de multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis:
I - se ocorre qualquer das hipóteses do parágrafo anterior;
II - se as lesões são recíprocas.
Lesão corporal culposa
§ 6° Se a lesão é culposa: (Vide Lei nº 4.611, de 1965)
Pena - detenção, de dois meses a um ano.
Aumento de pena
§ 7º - Aumenta-se a pena de um terço, se ocorrer qualquer das hipóteses do art. 121, § 4º. (Redação dada pela Lei nº 8.069, de 1990)
§ 8º - Aplica-se à lesão culposa o disposto no § 5º do art. 121.(Redação dada pela Lei nº 8.069, de 1990)
Violência Doméstica (Incluído pela Lei nº 10.886, de 2004)
§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: (Redação dada pela Lei nº 11.340, de 2006)
Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos. (Redação dada pela Lei nº 11.340, de 2006)
§ 10. Nos casos previstos nos §§ 1º a 3º deste artigo, se as circunstâncias são as indicadas no § 9º deste artigo, aumenta-se a pena em 1/3 (um terço). (Incluído pela Lei nº 10.886, de 2004)
§ 11. Na hipótese do § 9º deste artigo, a pena será aumentada de um terço se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência. (Incluído pela Lei nº 11.340, de 2006)"

[756] Art. 133 do CP: "Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono:
Pena - detenção, de seis meses a três anos.

Considerado o anencéfalo como morto, não seria essa a solução penal, de modo que qualquer manobra contra sua figura deveria ser tutelada com base nas normas que deferem proteção ao cadáver ou a honra das pessoas falecidas. Assim, uma lesão intencionalmente provocada em um anencéfalo seria equiparada ao crime de vilipêndio a cadáver[758], o que seria absurdo imaginar.

Dessa feita, o registro de nascimento é a materialização de sua vida, enquanto o registro de óbito atesta sua existência, declarando para todos os fins que aquele ser humano nasceu, viveu e morreu.

Esta constatação é suficiente para permitir que o anencéfalo exerça direitos e deveres de herdeiro, que figure como sujeito ativo ou passivo de relações negociais, como destinatário de legados, além do fato de sua expulsão do ventre materno com vida materializar a previsão de prole eventual[759].

O anencéfalo, então, deixa de ser objeto de direitos para ser sujeito de direitos pela órbita do ordenamento. Toda tutela estatal deferida a um sujeito deve ser deferida a ele, vez que sua condição pessoal não permite a desqualificação da qualidade de pessoa.

Sendo assim, a atribuição de personalidade jurídica ao anencéfalo abre as portas do ordenamento jurídico, deitando em seu berço as normas protetivas que encampam a condição de pessoa, garantindo a plenitude normativa de qualquer existência.

---

§ 1º - Se do abandono resulta lesão corporal de natureza grave:
Pena - reclusão, de um a cinco anos.
§ 2º - Se resulta a morte:
Pena - reclusão, de quatro a doze anos.
Aumento de pena
§ 3º - As penas cominadas neste artigo aumentam-se de um terço:
I - se o abandono ocorre em lugar ermo;
II - se o agente é ascendente ou descendente, cônjuge, irmão, tutor ou curador da vítima.
III - se a vítima é maior de 60 (sessenta) anos (Incluído pela Lei nº 10.741, de 2003)"

[757] Exposição ou abandono de recém-nascido - Art. 134 do CP: "Expor ou abandonar recém-nascido, para ocultar desonra própria:
Pena - detenção, de seis meses a dois anos.
§ 1º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:
Pena - detenção, de um a três anos.
§ 2º - Se resulta a morte:
Pena - detenção, de dois a seis anos"

[758] Vilipêndio a cadáver - Art. 212 do CP: "Vilipendiar cadáver ou suas cinzas:
Pena - detenção, de um a três anos, e multa".

[759] O art. 1800 do Código Civil, ao disciplinar a prole eventual, assenta em seus parágrafos 3º e 4º que:

§ 3º Nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador.

§ 4º Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.

CONCLUSÃO

A vida, milagre pulsante que descortina uma existência repleta de possibilidades, seria um fenômeno puramente biológico ou poderia ser ela delimitada por normas jurídicas alheias às complexidades que habitam o funcionamento do corpo humano? Poderia um dispositivo excluir determinados seres humanos da categoria de seres vivos, regulando de forma contudente o derradeiro momento de uma jornada?

O universo das normas jurídicas é essencial para regular uma vida em sociedade, mas a falta de harmonia entre seus dispositivos leva a antinomias insanáveis, cuja resposta será dada por instrumentos institucionalizados como capazes de solucionar a problemática imposta.

A situação do anencéfalo não se encaixa de forma hermética na configuração da morte encefálica, sendo certo que a existência de um tronco encefálico, com reflexos a ele inerentes, garante a este ser a constatação da existência de uma vida biológica e encefálica, ainda que precária.

A delicadeza dos neonatos traça diversas complicações médicas logo em seus primeiros dias de vida, de modo que a morte de recém-nascidos prematuros é uma possibilidade cuja constatação não se distingue da efêmera existência do anencéfalo.

Ainda que a certeza da morte do ser anencefálico seja um dado biológico, o breve período de vida que foi por ele experimentado não pode ser ignorado pelo direito e pela sociedade, sendo inseguro elastecer conceitos jurídicos e critérios médicos para conformar a situação de um ser em uma categoria que não foi para ele criada, desconsiderando suas peculiaridades.

O universo jurídico tende a acreditar ser o centro de toda ciência, aglutinando em seu seio uma vasta gama de matérias cujos meandros não são afetos à seara do direito. A tentação é ainda maior quando a regulamentação encerra divergências, como se um dispositivo colocasse ponto final aos anseios sociais.

Não há como olvidar, conforme já mencionado, as barbáries cometidas no período nazista sob o pálio do direito, conformando toda sorte de abusos e violências a normas jurídicas, as quais legitimavam a ordem de coisas impostas pelo líder de uma nação. O positivado nem sempre corresponde ao justo ou deriva do consenso social, sendo certo que o jurídico não é resposta para todas as agonias humanas.

Dessa feita, a anencefalia, como doença genética que é, aspira por uma categorização dentro da legislação vigente, sem, contudo, aceitar uma distorção de conceitos já existentes para responder a sua situação.

A morte encefálica é, como afirmado por Peter Singer, uma ficção que soluciona a problemática do transplante de órgãos e tecidos, impondo ao ser humano desprovido de chances de sobrevivência uma utilidade que transcende sua própria vida. Dessa feita, o esgotamento da atividade encefálica de um indivíduo o transforma em fornecedor do suporte orgânico que outros seres da mesma espécie necessitam para prolongar seu tempo de vida.

A inviabilidade da vida de alguns traça uma possibilidade, uma esperança para outros que vislumbram a proximidade do final de sua existência. Essa visão utilitarista do ser humano deve prosperar ante a fiel constatação dos critérios definidores de morte encefálica, através de rigoroso procedimento que não deve ceder espaço a outras considerações.

A ausência de consentimento pessoal ou familiar para levar a efeito o transplante de órgãos impede, a nosso ver, a constatação do óbito daquele indivíduo. A morte encefálica tem sua razão de existir na Lei de Transplantes de Órgãos e Tecidos, de modo que a discordância com referida doação retira a aplicação do dispositivo em questão, passando a situação daquele indivíduo a ser tutelada pelas demais normas jurídicas.

Dessa feita, o pressuposto da ingerência da Lei de Transplantes na constatação da morte de um ser humano é o consentimento com a doação de seus órgãos e a possibilidade de seu diagnóstico pelos critérios sedimentados em conhecimentos médicos.

Não fosse assim, uma pessoa com morte encefálica, cuja doação de órgãos não foi autorizada, mantida sob o suporte mecânico e instrumental de aparelhamentos médicos por longos anos, seria um sujeito anômalo para o Direito, configurando verdadeiro "morto vivo" no seio social. Teríamos a aberração da abertura de inventários e a transmissão de direitos hereditários de pessoas instaladas em um leito de hospital.

A fugacidade de uma vida não é fundamento suficiente para atestar prematuramente o óbito de um ser humano. Ao anencéfalo, considerado o fato de estar vivo, são reconhecidos e tutelados todos os direitos assegurados aos demais neonatos não portadores desta anomalia.

Assim, a brevidade da vida, por si só, não deve servir de argumento para autorizar a constatação da morte de uma pessoa, sendo corolário da segurança jurídica a estrita observância aos critérios estabelecidos pelas normas jurídicas e médicas.

A morte encefálica abrevia a vida de um ser humano para um momento anterior a sua morte biológica, garantindo, assim, a qualidade e preservação dos órgãos e tecidos daquele indivíduo, afiançando o sucesso da cirurgia que irá transferir o instrumentário vital de um ser vivo para outro.

A atividade cerebral do anencéfalo, a despeito de não ser compatível com uma consciência e uma vinculação com o meio que o cerca, é responsável pela manutenção de reflexos sensoriais como respiração e batimentos cardíacos, sem a necessidade de suporte mecânico para esta manutenção vital.

A troca de gases com o meio ambiente é fato certo, de modo que o anencéfalo respira ao nascer, fator este que grita o seu nascimento da mesma forma como grita ao mundo a existência de sua vida. Aliás, caso fosse realizado o teste da apneia, exame necessário para constatar a morte encefálica de uma pessoa, o ser anencefálico responderia ao mesmo com a presença de uma atividade respiratória espontânea, destruindo os argumentos que sustentam a ausência de vida destes neonatos.

O reconhecimento de uma personalidade jurídica ao anencéfalo confere a ele o *status* de pessoa, podendo figurar como sujeito de direitos e deveres na órbita jurídica. Ainda que se defira aos seres humanos falecidos alguma proteção a certos direitos da personalidade, é certo que este reconhecimento não é suficiente para tutelar toda a gama de situações que a fragilidade destes seres exige.

A redoma protetora dos direitos da personalidade garante o respeito à condição de pessoa, resguardando direitos inatos aos seres humanos e conferindo ao indivíduo voz ativa frente às estruturas de poder.

A personalidade jurídica do anencéfalo tutela os direitos pessoais e patrimoniais que lhe foram resguardados desde a concepção, considerando seu nascimento como evento capaz de materializar e concretizar a aquisição de uma vida que era esperada. O nascimento com vida do anencéfalo consolida o que até então era, para alguns doutrinadores, uma mera expectativa de direitos.

Dessa feita, o nascimento com vida do anencéfalo, atestado pela entrada espontânea de ar em seus pulmões, defere a ele a qualidade de herdeiro, a aquisição de direitos patrimoniais e não patrimoniais, bem como solidifica sua existência pelo registro de nascimento e, quando do seu óbito, da certidão de óbito.

Esta constatação traz consigo um nome e um sobrenome ao portador de tal anomalia, confortando a plenitude e a fugacidade de sua vida na tutela jurídica que

equipara todos os seres humanos, confirmando que são todos iguais perante a lei, independemente de anomalias ou malformações.

A pavimentação desta arquitetura não é desconectada da legislação, vez que a declaração da personalidade jurídica nestes casos é resultado da análise estrita das normas vigentes, desconstruindo os argumentos que elastecem conceitos e critérios normativos, procurando encaixar realidades distintas em valas comuns.

O reconhecimento da personalidade do anencéfalo é decorrência de sua dignidade, da certeza de que a existência de um ser humano, por mais singela e volátil que seja, merece respeito e proteção.

Sendo assim, o anencéfalo possui a qualidade de pessoa, motivo este suficiente para lhe deferir a qualidade de herdeiro, de titular de direitos e deveres, direitos estes de conteúdo patrimonial ou personalíssimo.

O gozo e a fruição de todos os direitos assentados em uma legislação interna e também na órbita internacional é decorrência direta do entendimento segundo o qual o anencéfalo é pessoa, sendo sua vida fato inegável.

Não se pode olvidar que o nascimento de uma criança é sempre acompanhado pela expectativa de uma nova vida, de uma existência repleta de possibilidades, configurando um rascunho em branco, o qual deverá ser lentamente preenchido pelas ranhuras do desenvolvimento humano.

A anencefalia, como malformação incompatível com uma longa existência extrauterina, retira o colorido das linhas em branco, tornando o rascunho passível de descarte sem qualquer escrito.

Esta efêmera jornada, contudo, não difere seu peregrino daqueles que trilham longos caminhos e alcançam o cume das mais altas montanhas. A qualidade de uma vida só deve ser aferida por aquele que a vive, não sendo dever da sociedade tarjar determinadas deficiências como desqualificadoras dos movimentos vitais que conferem ação ao espetáculo da existência humana.

O anencéfalo não é menos humano ou menos pessoa em razão da malformação que porta. O choro com o qual ele cumprimenta a vida é o verdadeiro atestado de seu nascimento, com todas as qualidades atribuídas a qualquer ser humano.

Ele é merecedor do amparo que o ordenamento jurídico confere aos sujeitos de direitos, atribuindo-lhe o título de pessoa. Esta singela denominação iguala a todos perante a onipotência do legislador, dedicando tratamento equânime a condições análogas, sem jamais retirar o piso garantidor da existência social.

O indivíduo, com todas as características que o diferencia de seus pares, é o elo que representa a aderência da sociedade ao Direito, sendo o destinatário da norma que confere a máxima eficácia ao texto legal.

Destarte, corroborar com a discriminação legislativa é desconsiderar que a diferença entre os seres humanos é o que torna cada existência única. A desigualdade deve existir apenas e tão somente quando seu intuito for a equiparação de fato pela desigualdade de direito.

Logo, ao anencéfalo devem ser atribuídas maiores garantias que aos demais, vez que sua deficiência exige um amparo legislativo compatível com a desigualdade biológica que lhe foi imposta pela gestação.

A ausência de consciência ou capacidade mental não diminui sua condição humana, tampouco o equipara a outros reinos animais. Seu nascimento, então, é a verdadeira comprovação de que somos seres dependentes uns dos outros e de que a diversidade é o elemento que garante a sobrevivência de nossa espécie.

Conclui-se, então, a presente tese com as palavras de Jean Paul Sartre:

> "(...) o outro é indispensável a minha existência tanto como o conhecimento que tenho de mim mesmo"[760].

[760] SARTRE, Jean Paul. **El existencialismo es um humanismo**. 2. ed. Buenos Aires: Losada, 2002. p. 33.

BIBLIOGRAFIA

ABDALLA SEMIÃO, Sérgio. **Os direitos do nascituro.** Aspectos cíveis e criminais e do biodireito. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

AGUIAR, Joaquim. **Programa de direito civil:** introdução e parte geral. 2. ed. São Paulo: Cargine, 1974.

AGUIAR, Roberto A. R. de. Alteridade e rede no direito**. Revista Veredas do Direito**. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara, n. 6, v. 3, p. 11-43, jul.-dez. 2006.

ALATIS, A. J. Organ harvesting from anencephalic infants: health management over a sinkhole. **Health Matrix**, n. 4, v. 6, p. 3-11, California, Owings Mills, Md.: National Law Publishing affiliated with National Health Publishing,1988-1989.

ALEXY, Robert. Rechtssystem und praktische Vernunft. In: ALEXY, Robert. **Recht, Vernunft, Diskurs:Studien zur Rechtsphilosophie**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.
_____. Rechtsregeln und Rechtsprinzipien**.** In: ALEXY, Robert, **Archives für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 25**, 1985, wieder abgedruckt in: R. Alexy/H.-J. Koch/ L. Kuhlen/H. Rüßmann, Elemente einer juristischen Begründungslehre, Baden-Baden, 2003.
_____. **Theorie der Grundrechte**. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.
_____. Zum Begriff des Rechtsprinzips. In: ALEXY, Robert. **Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz**, **Rechtstheorie**, Beiheft 1, Berlin: Dunckler und Humblot, 1979.

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinellato e. Direitos de personalidade do nascituro. **Revista do Advogado**, n. 38, p. 22-23, São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, dez. 1992.
_____. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALMEIDA JÚNIOR, Josualdo Eduardo de. Alimentos gravídicos. **Revista IOB de direito de Família**, n. 51, p. 30-44, dez.-jan. 2009, v. 9.

ALVARENGA, Dílio Procópio Drummond de. **Anencefalia e aborto. Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 324, 27 maio 2004. Disponível em: http://jus.uol.com.br/revista/texto/5167. Acesso em: 08 ago. 2011.

ALVES, João Luiz. **Código Civil anotado**. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1917.
ALVES, José Carlos Moreira. **A forma humana no direito romano**. Tese para provimento de Cátedra. Rio de Janeiro, 1960. v. 1, 77 p.

_____. **A parte geral do Projeto de Código Civil Brasileiro**: subsídios históricos para o novo Código Civil Brasileiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
_____. **Direito romano**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 1.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. O direito de nascer do ventre de mãe morta e demais questões afins: o caso Marion Ploch. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3276. Acesso em: 29 jul. 2010.

ALVES, Oziel. Células embrionárias podem curar doenças. **Revista Enfoque**, edição 82, maio 2008. Disponível em: http://www.revistaenfoque.com.br/index.php?edicao=82&materia=1050. Acesso em: 27 set. 2008.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 3. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
_____. **Direito civil**: introdução. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
_____. **Direito civil**: introdução. 5. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AMATRIAIN, Roberto Cataldi. Alcances del principio de autonomia en medicina. In: ENGELHARDT, Dietrich Von; MAINETTI, José Alberto; AMATRIAIN, Roberto Cataldi et al (orgs.). **Bioética y humanidades médicas**. Buenos Aires: Biblos, 2004.

AQUINO, Tomás de. **Summa Theologiae**. Citt. S. Th., I, q. 29, a. 3.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. Biotecnologia e direito penal**.** In: ARAUJO JR, João Marcello de (org.). **Ciência e política criminal em honra de Heleno Fragoso**. Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

ARNAUD, A. J. (coord.). **Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARRAES, Roosevelt. **A extensão dos direitos da personalidade e a situação jurídica do anencéfalo**. Disponível em: http://www.uj.com.br/Publicacoes/Doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=1735. Acesso em: 29 jul. 2010.

ARRIBALZAGA, Eduardo. Transplante de órganos: ¿Puede ser el feto anencefálico um donante potencial? In: **Anales de la Facultad de Medicina.** Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2001. n. 4, v. 62.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil.** Teoria Geral**.** Introdução, as pessoas, os bens. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. v. 1.

BARBOZA, Heloísa Helena. A autonomia da vontade e a relação médico-paciente no Brasil. **Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, ano 1, n. 2, p. 5-14, Coimbra, Coimbra Editora, jul.-dez. 2004.
_____. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização *in vitro***. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
_____. Princípios da bioética e do biodireito. **Revista de Bioética**, n. 2, p. 209-216, v. 8, Brasília, Conselho Federal de Medicina, 2000.

BAUDOUIN, Jean-Louis; BLONDEAU, Danielle. **Éthique de la mort et droit à la mort**. Paris: Press Universitaires de France, 1993.

BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel; WAHL, Albert. **Traité théorique et pratique de droi civil. Des Successions.** Paris: L. Larose & Forcel, 1905. t. I, n. 139 e 141, v. VII.

BAVIO, Paula Severino. Anencefalia. In: GARAY, Oscar E (org.). **Derechos Fundamentales de los Pacientes**. Buenos Aires: Ad-Hoc Villela Editor, 2003.

BEAUCHAMP TL, Childress JF. **Principles of biomedical ethics**. 4. ed. New York: OUP, 1994.

BERUTI, Ernesto. **Anencefalia (una visión médica y ética)**. Disponível em: http://www.revistapersona.com.ar/Persona28/28Beruti.htm. Acesso em: 08 ago. 2011.

BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Trad. Fernando Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. v. 2.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brazil**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975.
_____. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. atualizada por Achilles Beviláqua. Rio de Janeiro: Livraria Franscisco Alves, 1946.
_____. **Teoria geral do direito civil**. Ed. rev. e atual. por Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 2.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

_____. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

BLANCO, Luis Guillermo. **Homicidio piadoso, eutanasia, y dignidade humana**. Buenos Aires: La Ley, 1997.

BOCK, Gregory; O'CONNOR, Maeve. **Human Embryo Research – yes or no?** Ciba Foundation Symposium. New York/London: Routledge Publisher/Tavistock Publications, 1986.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Dignità umana e bioética**. A cura di Sara Bignotti**.**, Brescia: Morcelliana, 2010 (Collana "Il pellicano rosso", n. 104).

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

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

BRASIL, Ângela Bittencourt. **Informática jurídica**: o ciber direito. Rio de Janeiro: A. Bittencourt Brasil, 2000.

BRASILEIRO FILHO, G. **Bogliolo patologia**. 6. ed. Rio de Janeiro: Guanabara-Koogan, 2000.

BRUSSINO, Silvia L. Bioética, racionalidad y principio de realidad. **Cadernos de Bioética (versão digital)**, Seção Doutrina. Disponível em: www.bioetica.org/cuadernos/doctrina7.htm. Acesso em: 08 abr. 2011.

BÜCHNER, Luis. **Fuerza y matéria.** Estudios populares de historia y filosofía naturales. Trad. A. Gómez Pinilla, F. Sempere y Compañía. Disponível em: http://www.filosofia.org/mat/mm185515.htm. Acesso em: 10 mar. 2011.

BUGLIONE, Samantha. **Em defesa da vida.** Disponível em: http://www.portalbioetica.com.br/adm/artigos/anencefalia_samantha.pdf. Acesso em: 08 ago. 2011.

BURILLO, Santiago Fernández. **El Informe Warnock**. Disponível em: www.aceb.org/sfb/mw/w7.htm. Acesso em: 10 mar. 2011.

BUSATO, Paulo César. Tipicidade material, aborto e anencefalia. **Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas**, RECJ 01.04.2004. Disponível em http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/25.%20Anencefalia_e_%20aborto.pdf. Acesso em 15 abr. 2011.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direitos da personalidade.** Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
_____. **A vida, a morte e a sua indemnização**. Separata do Boletim do Ministério da Justiça (n. 365). Lisboa: Ministério da Justiça, 1987.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz**. Berlin: Duncker und Humblot, 1983.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1996.

CANTARINO, Carolina. **Mulher ou sociedade**: quem decide sobre o aborto. Disponível em: http://www.comciencia.br/rportagens/2005/05/05_impr.shtml. Acesso em: 25 ago. 2008.

CAPEZ, Fernando**. Curso de direito penal**. Parte especial: dos crimes contra a pessoa. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. Trad. A. Rodriguez Queiróz e Artur Anselmo de Castro. Coimbra: Armênio Armado Editor, 1942.

CARREJO, Simón. **Derecho civil**. Bogotá: Themis, 1972.

CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica** – seu sentido e limites. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981.
_____. Teoria geral da relação jurídica – bibliografia e sumário desenvolvido. Coimbra: Policop, 1970.

CARVALHO, Virgílio Antônio de. **Direito civil:** parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Bedeschi, 1936.

CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Interrupção da gravidez e o anteprojeto de Reforma do Código Penal. **Revista Jurídica Consulex**, ano VIII, n. 174, Brasília, Consulex, 2004.

CHAUÍ, Marilena. **Repressão sexual**: essa nossa (des)conhecida. São Paulo: Brasiliense, 1984.

CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo (intersexualidade, transexualidade, transplantes)**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 1994.
_____. Pessoa física ou natural. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Org.). **Enciclopédia Saraiva do Direito.** São Paulo: Saraiva, 1914-1981. v. 58.

CIFUENTES, Santos. ***El embrión humano***. *Principio de existencia de la persona*. Editorial Astrea, 2002. Disponível em: http://www.astrea.com.ar/libreriavirtual/virtual/autor.jsp?authorCode= 9500. Acesso em: 14 abr. 2007.

COELHO, Walter. **Teoria geral do crime**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. v. 1.

COIMBRA, Cícero Galli. **Apnéia na morte encefálica**. Disponível em: http://www.unifesp.br/dneuro/apnea.htm. Acesso em: 20 jun. 2011.

COOK, Rebecca J. Estimulando a efetivação dos direitos reprodutivos. In: COOK, Rebecca J. et al (org). **Reprodução e sexualidade**: uma questão de justiça**.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

CORDEIRO, A. Menezes. **Tratado de direito civil português I, parte geral**. Coimbra: Liv. Almedina, 2004. t. III.

CORONEL, Juan Carlos. **Interrupción del embarazo em la anencefalia y la violación**. Disponível em: http://www.amfra.org.ar/TRABAJOS/body_trabajos.html. Acesso em: 16 nov. 2008.

CORREIA, Vanessa Cardoso. Wrongful life action: comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de Junho de 2001. **Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Medicina 1**, p. 125-131, Coimbra, Coimbra Editora, 2004/2.

CORTEZ, Margarida. Comissões Técnicas de Certificação da Interrupção Voluntária da Gravidez. **Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, ano 1, n. 1, p. 27-31, Coimbra, Coimbra Editora, jan.-jun. 2004.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **Alguns apontamentos sobre os chamados diretos da personalidade**. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. **Direitos da personalidade**: direito à vida, ao próprio corpo e ao cadáver. 1993, 150 f., Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1993.

COSTA, José de Faria. O direito penal económico e as causas implícitas de exclusão da ilicitude. In: CORREIA, Eduardo et al (orgs.). **Direito penal económico e europeu**: textos doutrinários. Problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v. 1.

COSTA, Sérgio; DINIZ, Débora. **Bioética**: ensaios. Brasília: SIF, 2001.

COUTINHO, Luiz Augusto. **Aborto nos caos de anencefalia**: crime ou inexigibilidade de conduta diversa**.** Disponível em: http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/aborto_anencefalia_17-03.htm. Acesso em: 15 set. 2007.

CRETELLA JR, José. **Curso de direito romano**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CRUZ, Manuel Jorge Santos da Silva. **O conceito de morte cerebral numa perspectiva ética**. 2003, 140 f., Dissertação (Mestrado em Bioética e Ética Médica) – Faculdade de Medicina da Universidade do Porto. Porto, 2003.

CRUZ, Peter De. **Comparative healthcare law.** London: Routledge-Cavendish Publisher, 2001.

CUNHA, Alexandre dos Santos. **A normatividade da pessoa humana**: o estudo jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário etimológico da língua portuguesa.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lexikon Editora Digital, 2007.
CYPEL, S.; DIAMENT, A. **Malformações cerebrais**. Rio de Janeiro: Guanabara-Koogan, 1977.
_____. **Neurologia infantil**. 3. ed. São Paulo: Atheneus, 1996.

DA COSTA, Helena Regina Lobo. **Mulher e direito penal**. São Paulo: Forense, 2007.

DABIN, Jean**. Le droit subjectif.** Paris: Dalloz, 1952.

DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979.

DE CUPIS, Adriano. **I diritti della personalità.** Milano: Giuffrè, 1982.
_____. **Os direitos da personalidade**. Trad. Adriano Vera Jardim e Antônio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Morais, 1961.
_____. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana Jurídica, 2004.
_____. **Riservatezza e segretto (Diritto a)**. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (a cura di). **Novissimo digesto italiano**. 3. ed. Torino: UTET, 1969. v. 16.

DE PAULO, Antônio (org). **Pequeno dicionário jurídico**. Rio de Janeiro: Ed. DP&A, 2002.

DELMANTO, Celso et al. **Código Penal comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Comentário conimbricense do Código Penal.** Parte especial. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. t. I.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

DINIZ, Débora; PARANHOS, Fabiana. **Anencefalia**: o pensamento brasileiro em sua pluralidade. **Anais**. Brasília: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, out. 2004. p. 91. Disponível em: http://www.anis.org.br/Arquivos/Textos/pluralidade_final.pdf. Acesso em 02 ago. 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1995.
_____. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 18. ed. atual.São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.
_____. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 20. ed., rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
_____. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6.
_____. **Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada**. São Paulo: Saraiva, 1994.
_____. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DOMÍNGUEZ, Andrés Gil. **La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y el parto inducido de una vida humana en formación**: de cuando las convicciones personales se imponen a los valores constitucionales en el ejercicio de la jurisdicción constitucional. Buenos Aires: La Ley, 2001.

DONOSO, Denis. Alimentos gravídicos. Aspectos materiais e processuais da Lei 11.804/2008. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2028, 19 jan. 2009. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12219. Acesso em: 28 jul. 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
_____. **O império do direito.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ECHTERHOFF, Gisele. O princípio da dignidade da pessoa humana e a biotecnologia. In: MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (coord.). **Biodireito em discussão**. Curitiba: Juruá, 2008.

ENGELHARDT, H. Tristram. **Los fundamentos de la Bioética**. Barcelona: Paidos, 1995.

ENNECCERUS, Ludwig. **Tratado de derecho civil**. Barcelona: Bosch, 1947. v. I.

ESPINOLA, Eduardo. **Sistema do direito civil brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Conquista, 1961. v. 2.
_____. **Sistema do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Rio, 1977.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Zulmar Fachin. **A proteção jurídica da imagem.** São Paulo: Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito civil**: teoria geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FAYT, Carlos S. **Los derechos humanos y el poder mediático, político y económico.** Su mundialización em el siglo XXI. Buenos Aires: La Ley, 2011.

FERNANDES, Luis Alberto de Carvalho. **Teoria geral do direito civil.** 2. ed. Lisboa: Lex, 1995. v. 1.

FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais**: uma introdução. Fabris: Porto Alegre, 1991.

FERREIRA, A. B. H. **Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. Dos alimentos gravídicos – Lei 11.804/2008. **Revista IOB de Direito de Família**, n. 51, v. 9, p. 7-17, dez.-jan. 2009.

FOST, Norman. **Organs from anencephalic infants**: an idea whose time has not yet come. ***The Hastings Center Report***, n. 5, v. 18, p. 5-10, oct.-nov. 1988. Disponível em: http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/3225191. Acesso em: 08 ago. 2011.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal.** Parte especial. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. n. 80.

FRANÇA, Rubens Limongi. Fato jurídico. In: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). **Enciclopédia Saraiva do direito**. Saraiva: São Paulo, 1977. vol 36.
_____. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1988.
_____. **Instituições de direito civil**. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1996.
_____. **Instituições de direito civil.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
_____. **Manual de direito civil**. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1975.
_____. **Manual de direito civil.** 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 1980. v. 1.

FREITAS, Ana Clélia de et al**.** Existe aborto de anencéfalos? **DireitoNet**, São Paulo, 18 mar. 2005. Disponível em: http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1969/Existe-aborto-de-anencefalos. Acesso em: 02 set. 2008.

FREITAS, Teixeira Augusto de. **Consolidação das leis civis**. 3. ed. Rio de Janeiro: H Garnier, 1896.

GARAY, Oscar E. **Derechos fundamentales de los pacientes**. Buenos Aires: Ad-Hoc Villela Editor, 2003.

GARRAFA, Volnei. **O mercado de estruturas humanas.** Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/revista/bio2v1/mercado.html. Acesso em: 21 set. 2009.

GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

GEORG, Faerber. **Wrongful Life**: Die Deliktsrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes Dem Kind Gegenuber Eine Rechtsvergleichende Darstellung des Amerikanischen, Britischen und Deutschen Rechts, Verlag: Mainz, G, 1988.

GHERARDI, Carlos. **Muerte cerebral**: una mirada crítica y reflexiva, civil y penal. Buenos Aires: La Ley, 2001.

_____; GHERARDI, Natalia. La medicina defensiva: un problema social. In: SOROKIN, Patricia (coord.). **Bioética**: entre utopías y desarraigos. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002.

_____; KURLAT, Isabel. **Anencefalia e interrupción del embarazo**. Nueva Doctrina Penal, Separata, 2000-B.

GHIRARDI, Olsen A. La persona humana antes del nacimiento. **Anais da Academia Nacional de Direito e Ciências Sociais de Córdoba**, t. XXX, v. I, Córdoba, 1991.

GIBERTI, Eva. **Anencefalia y daño psíquico en la madre**. Disponível em: http://www.aabioetica.org/anac.HTM. Acesso em: 03 abr. 2009.

GIORDANI, Mário Curtis (trad.). **O Código Civil à luz do Direito Romano**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

GIZBERT-STUDNICKI, Tomasz; PIETRZYKOWSKI, Tomasz. **Positivismo blando y la distinción entre Derecho y moral**. Doxa, Alicante: Universidad de Alicante, 2004. N. 27.

GLOVER, J.; HOLBROOK, P.R. Ethical considerations. In: HOLBROOK, P.R. (org.). **Textbook of pediatric critical care**. Philadelphia: W. B. Saunders, 1993.

GOFFMAN, Erving. **The presentation of the self in everiday life**. New York: Doubleday, 1959.

GOGLIANO, Daisy. **Direitos privados da personalidade.** 1982, 426 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982.
_____. Pacientes terminais – morte encefálica. **Bioética**, n. 2, p. 145-156, v. 1, Brasília, 1993.

GOMES, Luiz Flávio. **Aborto anencefálico**: exclusão da tipicidade material. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8561. Acesso em: 22 nov. 2007.
_____. **Nem todo aborto é criminoso**. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, ano V, n. 28, p. 35-36, out.-nov. 2004.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Descriminalizar é salvar vidas. Boletim IBCCrim, n. 151, v. 13, São Paulo, jun. 2005.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965.
_____. **Introdução ao direito civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
_____. **Introdução ao direito civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

GONÇALVES, Gabriel António Órfão. Da personalidade jurídica do nascituro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa,** n. 1, v. XLI, Lisboa, Combra Editora, 2000.

GONÇALVES, Teresa. **Serão pessoas?** Disponível em: http://www.portaldafamilia.org/artigos/artigo543.shtml. Acesso em: 27 jul. 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal.** Parte especial**.** 7. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2006.

GURGEL, Ângela M Rodrigues O P. **Aborto – Agressão a vida ou liberdade de escolha?** Série: Artigos sobre os temas CF 1988, escritos para o Caderno Expressão da Gazeta do Oeste. Disponível em: http://www.recantodasletras.com.br/ensaios/1081520. Acesso em: 06 abr. 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Fatti e norme** – contributi a teoria discorsiva del diritto e della democrazia. Milano: Edizioni Guerini, 1996.

HABIB, Sérgio. O aborto por anencefalia e a cassação da liminar do Ministro Marco Aurélio. **Revista Jurídica Consulex,** ano VIII, n. 188, Brasília, Consulex, 2004.

HARE, Richard. **Essays on Bioethics.** Oxford: Oxford University Press, 1993.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito.** Pós-escrito editado por Penelope A Bulloch e Joseph Raz. Trad. A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HERMITTE, Marie A. **L'embryon**. Conferência realizada em 27 de junho de 2002 no Seminário "Sujets et objets de droit dans les lois de bioethique et leur revision". Centro Franco Argentino de Altos Estúdios, UBA.

HOESCHL, Hugo César. **O conflito e os direitos da vida digital**. Disponível em: http://www.mct.gov.br/legis/Consultoria_Juridica/artigos/vida_digital.htm. Acesso em: 15 maio 2009.

HONDIUS, Ewoud. The Kelly Case – Compensation for Undue Damage for Wrongful Treatment. In: GEVERS, J. K. M.; HONDIUS, E. H.; HUBBEN, J. H. (orgs.). **Health, law, human rights and the biomedicine convention**: essays in honour of Henriette Roscam Abbing. Leiden, Boston: Nijhoff, 2005.

HORTA, Márcio Palis. Eutanásia – Problemas éticos da morte e do morrer. **Bioética**, Brasília, n. 1, p. 27-33, v. 7, 1999.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Mindicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. V.

IWASSO, Simone; LEITE, Fabiane**.** Junta diz que Marcela não era anencéfala. **O Estado de São Paulo.** Disponível em: http://www.ccr.org.br/a_noticias_detalhes.asp?cod_noticias=4041. Acesso em: 05 ago. 2011.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal. Parte general**. Granada: Editorial Comares, 1993.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal.** 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 1.
_____. **Direito penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 2.

JUNGES, José Roque. **Bioética, perspectivas e desafios**. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Bauru: Edipro, 2003.
_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KIMURA, Maria Regina Trippo. **As técnicas biomédicas** – A vida embrionária e o patrimônio genético humano – À luz da regra da proporcionalidade penal. 2006, 324 p. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006.

KIPPER, Délio José. Breve história da ética em pesquisa. **Revista da AMRIGS**, 54 (2), pp. 224-228, Porto Alegre, abr.-jun. 2010.

_____; HOSSNE, Williarn Saad. Caso clínico. **Bioética**, 1998, v. 6, p. 6. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/revista/bio2v6/casoclinico.htm. Acesso em: 15 abr. 2009.

KOPPERNOCK, Martin. **Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung.** Zur Rekonstruktion des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Baden-Baden: Nomos Verlag, 1997.

KOTTOW, Miguel H. **Introducción a la bioética**. 2. ed. Santiago: Mediterráneo, 2005.

LABOMBARDA, Pablo Martín. **El derecho y la bioética frente a la anencefalia**. La Plata: Libreria Editora Platense, 2009.

LEMIERE, R. J.; BECKWITH, J. B.; WARKANY, J. **Anencephaly**. New York: Raven Press, 1978.

LIMA, Carolina Alves de Souza Lima. **Aborto e anencefalia** – direitos fundamentais em colisão. Curitiba: Juruá, 2008.

LIMA, João Franzen de. **Curso de direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 1.

LINDON, Raymond. **Dictionnaire juridique**: les droits de ia personnalite. Paris: Dalloz, 1983.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004. v. 1.

LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético** – Responsabilidade civil. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2004.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Ed. RT, 1998.

MAIA, Lauro Augusto Moreira. **Novos Paradigmas do Direito Civil**. Curitiba: Ed. Juruá, 2007.

MAIA, Manoel Cláudio da Motta. Novos aspectos da cirurgia moderna. **Revista Hospital Rio**, n. 74, v. 3, p. 669-687, , Rio de Janeiro, SINDHERJ, FEHERJ, AHCRJ, set. 1968.

MANREZA, Luiz Alcides. Morte clínica. **Revista da Associação Médica Brasileira**, v. 33, n. 5/6, São Paulo, AMB, 1987.

MARANHÃO, Odon Ramos. **Curso básico de medicina legal**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 1990.
_____. **Manual de sexologia médico-legal.** São Paulo: Ed. RT, 1972.

MARTÍNEZ, Stella Maris. **Manipulação genética e direito penal**. São Paulo: IBCCrim, 1998.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**: princípio constitucional fundamental. Curitiba: Juruá, 2003.

MARTINS, Humberto Eustáquio Soares. **Dissolução da sociedade conjugal no Código civil de 2002**: separação consensual judicial e extrajudicial**.** Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/24454/Dissolu%C3%A7%C3%A3o_Sociedade_Conjugal.doc.pdf. Acesso em: 20 jul. 2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O Supremo e o homicídio uterino. Jornal do Brasil**, *15 jul. 2004.*

MASSIMILIANO, Monti. **Fecondazione, embrione e fasi iniziali della gravidanza**. Disponível em: http://www.ginecolink.net/percorso_non_medici/fecondimpian.htm. Acesso em: 22 abr. 2010.

MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. **Elementos de teoria geral do direito.** 4. ed. Belo Horizonte: UFMG, 1995.

MATTOS, Luiza Thereza Baptista de. A proteção ao nascituro. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, 14(52): 30-7, São Paulo, abr.-jun. 1990.

MEDINA, Avelino. **Distúrbios da consciência**: coma. Rio de Janeiro: Cultura Médica, 1984.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (coord.). **Biodireito em discussão**. Curitiba: Ed. Juruá, 2008.

_____. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
_____; TEIXEIRA, Eduardo Didonet. Consentimento livre, dignidade e saúde pública: o paciente hipossuficiente. In: RAMOS, Carmem Lúcia Nogueira et al (orgs.). **Diálogos sobre direito civil**: construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MELLO, Maria Tereza Leopardi. Direito e economia em Weber. **Revista Direito-GV**, n. 2, v. 2, 2006.

MESSINEO, Francesco. **Istituzioni di diritto privato secondo la nuova legislazione**. Padova: A. Milani, 1939.

MESTIERI, João. Embriões. **Consulex**, n. 32, v. 1, Brasília, ago. 1999.

MILL, John Stuart. **Sobre la libertad**. Trad. Gregório Cantera. Madri: Biblioteca Edaf, 2004.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **O direito penal na regulação da vida e da morte ante a biotecnologia.** 2005, 239 p. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código Penal interpretado**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
_____. **Manual de direito penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000. v. II.

MIRANDA, Jorge. A Constituição Portuguesa e a dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 45, p. 81-91, v. 11, São Paulo, out.-dez. 2003.
_____. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. IV.

MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
_____. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. t. VII.
_____. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000.
_____. **Tratado de direito privado**. t. I. Disponível em: http://200.255.167.162/pesquisa/pdf_livros/pontes_de_miranda_tratado_de_direito_privado/tratado_de_direito_privado_tomo1.pdf. Acesso em: 10 ago. 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: parte geral. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.
_____. **Curso de direito civil** – Parte Geral. 39. ed. Saraiva: São Paulo, 2003. v. 1.

MONTENEGRO, Karla Bernardo. **Início da Vida no STF**. Disponível em: http://www.ghente.org/entrevistas/inicio_da_vida.htm. Acesso em: 13 abr. 2010.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do Direito.** 24. ed. São Paulo: Ed. RT, 1997.
_____. **Introdução à ciência do direito**. 25. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000.

MORAES, Walter. Direitos da personalidade, estado da matéria no Brasil. CHAVES, Antonio (coord.). **Estudos de direito civil.** São Paulo: Ed. RT, 1979.
_____. O problema da autorização judicial para o aborto. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, ano 20, p. 24-25, v. 99, mar.-abr. 1986.

MORAES, Alexandre de **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
_____. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAITIS, Anastasios. When Childbirth becomes Damage: a comparative overview of "wrongful birth" and "wrongful life" claims. **Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, ano 4, n. 8, p. 37-58, Coimbra, Coimbra Editora, jul.-dez. 2007.

MORATO, Eric Grossi. Morte encefálica: conceitos essenciais, diagnóstico e atualização. **Revista Médica**, p. 227-236, 2009; 19(3), p. 228. Disponível em: http://www.medicina.ufmg.br/rmmg/index.php/rmmg/article/viewFile/164/147. Acesso em: 06 maio 2011.

MORELLI, Mariano G.. Derechos humanos y argumentaciones en el caso de la anencefalia. Consideraciones jurídico-filosóficas con referencia a um caso judicial. Bioetica y Bioderecho, n. 6, pp. 23-49, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001. Disponível em: http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/byb/article/view/259/167. Acesso em: 23 set. 2010.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito** – dos gregos aos pós-moderno. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MUÑOZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antônio Carvalho. O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira et al (orgs.). **Iniciação à bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

MUTO, Eliza; NARLOCH, Leandro**.** *Quando a vida começa? Se começa na fecundação, várias pesquisas com células-tronco têm de ser proibidas já. Se começa com a atividade*

cerebral, 60% dos abortos devem ser legalizados. **Revista Super Interessante**. Ed. 219, nov. 2005.

NALINI, José R nato. A gestante tem o direito de interromper a gravidez de feto anencéfalo? **Jornal do Advogado**, OAB-SP, edição de agosto de 2004. Disponível em: http://www.oabsp.org.br/jornal/ e http://www.portaldafamilia.org/artigos/artigo271.shtml. Acesso em: 02 ago. 2011.
NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil anotado**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

OLIVEIRA, Simone Born. **Da bioética ao biodireito – manipulação genética & dignidade humana**. Curitiba: Juruá, 2002.

ORGAZ, Alfredo. **Código Civil y leyes complementarias.** Comentado, anotado y concordado. Coord. Augusto C. Belluscio. Buenos Aires: Astrea, 1978. t. I.

PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis Económico del Derecho- una reconstrucción teórica**. Madrid: Cento de Estudios Constitucionales, 1994.

PAIM, Antônio. **Problemática do culturalismo**. Porto Alegre: PUC/RS, 1995 (Coleção "Filosofia", 24).

PASOLD, Cesar Luiz. **Direito à saúde**. Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, n. 15, Florianópolis, dez. 1987.

PENNA, Maria Lúcia Fernandes. Anencefalia e morte cerebral (neurológica). **Physis. Rev. Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 1, p. 95- 106, jan.-jun. 2005. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1590/S0103-73312005000100005 e http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73312005000100006&script=sci_arttext. Acesso em: 08 ago. 2011.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Direito civil**: alguns aspectos da sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
_____. **Instituições de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971. v. 1.
_____. Instituições de direito civil. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. 1.
_____. **Instituições de direito civil**. 19. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.
_____. **Instituições de direito civil**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1.

_____. **Instituições de direito civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1.
_____. **Instituições de direito civil**. Direito das sucessões**.** 3. ed. Rio de janeiro: Forense, 1980. v. 6.
_____. **Instituições de direito civil.** Direito das sucessões. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 6.

PEREIRA, Virgílio de Sá. **Manual do Código Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1929.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **Considerações genéricas sobre os direitos da personalidade**. II JORNADA DE DIREITO CIVIL, Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, 17 a 25 nov. 2003, TRF-5.ª Reg., STJ e TRF-4.ª Reg. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/revista/numero25/artigo09.pdf. Acesso em: 02 out. 2009.

PINTO, Paulo Mota. Indemnização em caso de "nascimento indevido" e de "vida indevida" ("wrongful birth" e "wrongful life"). **Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, ano 4, n. 7, p. 5-25, Coimbra, Coimbra Editora, jan.-jun. 2007.

PIVA, Jefferson Pedro; CARVALHO, Paulo R. Antonacci. Considerações éticas nos cuidados médicos do paciente terminal. **Bioética**, n. 2, p. 129-138, v. 1, Brasilia, 1993.

PONTES, Manuel Sabino. **A anencefalia e o crime de aborto: atipicidade por ausência de lesividade.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 859, 9 nov. 2005. Disponível em: http://jus.uol.com.br/revista/texto/7538. Acesso em: 12 jul. 2011.

PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro** – Parte Geral**.** 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. v. 1.
_____. **Curso de direito penal brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. v. 2.

PRADO, Simone Marcussi de Almeida. **O direito à vida mesmo que por um dia** – o aborto de anencéfalo. Disponível em: http://www.portaldafamilia.org/artigos/artigo706.shtml. Acesso em: 27 jun. 2011.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D.. **Una aproximación a la problemática jurídica de la anencefalia**. Disponível em: http://www.revistapersona.com.ar/Persona26/26Rabinovich.htm. Acesso em: 15 abr. 2011.

RAMOS, Dalton Luiz de Paula. **A vida humana começa na fecundação**. Disponível em: http://blog.cancaonova.com/felipeaquino/2007/04/24/%C2%ABa-vida-humana-comeca-na-fecundacao%C2%BB/. Acesso em: 06 abr. 2010.

RAO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. RT, 1999.

RAPOSO, Vera Lúcia. Direitos reprodutivos. **Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, ano 2, n. 3, Coimbra: Coimbra Editora, jan.-jun. 2005.

REALE, Miguel. **Experiência e cultura**: para a fundação de uma teoria geral da experiência. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.
REGIS, A. H. de P. Início da vida humana e da personalidade jurídica: questões à luz da bioética. **Jus Navigandi**. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6462. Acesso em: 22 mar. 2008.

RIBEIRO, Diaulas Costa. Antecipação terapêutica do parto: uma releitura jurídico-penal do aborto por anomalia fetal no Brasil. In: DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa (orgs.). **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2004 (Coleção "Radar", n. 1).
RÍO, José Manuel Lete Del. **Derecho de la persona.** 4. ed. Madri: Tecnos, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. **Parte geral do Código Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
_____. **Parte geral do Código Civil**: Lei 10.406, de 10.01.2002. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil –** Parte Geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

ROMEO-CASABONA, Carlos María. La Constituición Europea, un núcleo de los derechos humanos de la Medicina y la Biología. **Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, ano 2, n. 3, Coimbra, Coimbra Editora, jan.-jun. 2005.

ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. **Derecho Genético**. 4ª edição. Lima: Gijley, 2001.

ROXIN, Claus. **Derecho penal.** Parte general. Madrid: Civitas, 1997. t. I, § 14, IV.

_____. **A proteção da vida humana através do Direito Penal. Disponível em:** http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=134**. Acesso em: 14 abr. 2010.**

RUGGIERO, Roberto. **Instituições de direito civil**. Trad. Ary dos Santos. Saraiva: São Paulo, 1934. v. 1.

RUMJANEK, Franklin D. **Origem da vida, por** *YI, Wang Pei. Disponível em:* http://www.olharvital.ufrj.br/ant/2005_12_01/materia_faceseinterfaces.htm. Acesso em: 14 abr. 2010.

RUY, Kelly Aquotti. **Qual a origem do princípio de Saisine?** Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090211091038217. Acesso em: 19 jul. 2011.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de morrer**: eutanásia, suicídio assistido. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SAMBRIZZI, Eduardo A. **Derecho y eugenesia**. Buenos Aires: Educa, 2004.

SANCHES, Mônica Torres Lopes. **O testemunho de Mônica, mãe de Giovana, anencéfala**. Disponível em: http://www.providaanapolis.org.br/index1.htm. Acesso em: 28 jul. 2011.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos. **O equilíbrio do pêndulo.** A Bioética e a Lei. Implicações médico-legais. São Paulo: Ícone, 1998.

SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARTRE, Jean Paul. **El existencialismo es un humanismo**. 2. ed. Buenos Aires: Losada, 2002.

SCHAEFER, Fernanda. Bioética, biodireito e direitos humanos. In: MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (coord.). **Biodireito em discussão**. Curitiba: Juruá, 2008.

SCHINESTSCK, Clarissa Ribeiro. As pesquisas com células-tronco embrionárias: o direito à vida digna ou o direito à dignidade do embrião **in vitro**? **Revista eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP**. Disponível em: http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/download/522/513. Acesso em: 25 set. 2008.

SEGRE, Marco. Eutanásia: aspectos éticos e legais. **Revista da Associação Médica Brasileira**, v. 32, n. 7/8, p. 141-142, São Paulo, AMB, 1986.

_____; HOSSNE, William Saad. O aborto e o transplante de tecido fetal. **Bioética**, n. 1, Brasília, Conselho Federal de Medicina, 1994, v. 2. Disponível em: www.portalmedico.org.br. Acesso em: 16 abr. 2009.

SÉVE, Lucien. **Para uma crítica da razão bioética**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética.** I – Fundamentos e ética biomédica. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002.

SHAKESPEARE, William. **Hamlet**. Ato III. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003.

SHEWMON, D. A. **Anencephaly**: selected medical aspects. New York: Hastings Center Report, 1988. n. 5, v. 18.

SILVA, De Plácido e. **Dicionário jurídico**. 15. ed. rev. e atual. por Nagib Slaibi Filho. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SIMAS FILHO, Fernando. **A prova na investigação de paternidade**. 5. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 1996.

SIMINOFF, Laura A. The dead donor rule: not dead yet**. The American Journal of Bioethics**, n. 1, v. 3, p. 30-30, winter 2003.

SINGER, Peter. **Ética prática**. Trad. Álvaro Augusto Fernandes. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.
_____. Is the sanctity of life ethic terminally ill? KUHSE, Helga; SINGER, Peter (coord). **Bioethics an antology**. 2. ed. Oxford and Malden: Blackwell Publishing, 2006.

SOLER, Sebastián. **Derecho penal argentino**. 2. ed. Buenos Aires: TEA, 1963. t. III.

SOUZA, Maria Isabel de Azevedo. O princípio da exclusividade como nota distintiva do direito privado. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Ed. RT, 2002.

SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

SPERONI, Diana Biágosch. **¿Procreación asistida o victimización?** Buenos Aires: Lumen, 1993.

STEVENS, J. Dissenting Opinion. Supreme Court of the United States, 497 U.S. 261, Cruzan by Cruzan v. Director, Missouri Department of Health, Certiorari To The Supreme Court of Missouri, n. 88-1503 argued: Dec. 6, 1989, decided: june 25, 1990. Disponível em: http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0497_0261_ZD1.html. Acesso em: 08 jul. 2011.

STRETTON, Dean. The birth torts: damages for wrongful birth and wrongful life. **Deakin LR**, 10, p. 319-364, 2005.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo: Ed. RT, 1993.
_____. **Direitos da personalidade e sua tutela.** 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2005.
_____. Direitos da personalidade na Antiga Roma. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, p. 28-41, v. 3, São Paulo, jan.-fev. 1988.
_____. O embrião excedente. **Revista Trimestral de Direito Civil,** ano 2, v. 8, out.-dez. 2001.

SZKLARZ, Eduardo. Quando começa a vida? **Revista Super Interessante**, jun. 2007. Disponível em: http://super.abril.com.br/revista/240a/materia_especial_261570.shtml?pagina=1. Acesso em: 29 abr. 2010.

SZTAJN, Rachel. **Parecer** CoBi 1999 – Assunto: eutanásia e meios extraordinários de prolongamento da vida. In: COHEN, Claudio; GARCIA, Maria (orgs.). **Questões de**

bioética clínica: Pareceres da Comissão de Bioética do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

TAUPITZ, Jochen. The right to life of the unborn. **Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, Coimbra, Coimbra Editora, ano 3, n. 5, p. 5-14, jan.-jun. 2006.

TAYLOR, Charles. **Sources of the self**: the making of the modern identity. Cambridge: Harvard University Press, 1989.

TEIXEIRA, António Braz. Miguel Reale e o diálogo filosófico luso-brasileiro. In: LAFER, Celso; FERRAZ JR., Tércio Sampaio (orgs.). **Direito, Política, Filosofia e Poesia.** Estudos em Homenagem ao Professor Miguel Reale no seu Octagésimo Aniversário. São Paulo: Saraiva, 1992.

TELLES JR., Goffredo. **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 28.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
_____. **Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002**. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TOBEÑAS, Castán José. **Los derechos de la personalidad**, RGLJ, t. VII-VIII, 1952.
_____. **Los derechos de la personalidad**, RGLJ, n. I-II, 1952.

TINANT, Eduardo Luis. **Antología para una bioética jurídica**. Buenos Aires: La Ley, 2004.

TOSCHI, Aldo. **Por que unhas e cabelos continuam crescendo depois da morte?** Disponível em: http://noticias.terra.com.br/educacao/vocesabia/noticias/0,,OI4608829-EI8399,00-Por+que+unhas+e+cabelos+continuam+crescendo+depois+da+morte.html. Acesso em: 20 maio 2011.

TROTZIG, Marten A. The defective child and the actions for wrongful life and wrongful birth. **Fam. L. Q**., 14, p. 15-40, 1980-1981.

VARAUT, Jean-Marc. **Lo possible y lo proibido.** Trad. Rosa S. Corgatelli. Buenos Aires: Atlántida, 1991.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade.** Coimbra: Almedina, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil** – Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
_____. **Direito civil** – Parte geral. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. vol 1.
_____. **Direito civil** – Parte geral. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 1.
_____. **Direito Civil** – Direitos reais. 3. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2003 (Coleção "Direito civil", v. 5).

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e direito**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

VILELA, Alexandra. Colheita de Órgãos e Tecidos em Doadores Vivos para Fins de Transplante – Artigos 19º e 20º da Convenção sobre Direitos do Homem e a Biomedicina. **Lex Medicinae – Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, ano 1, n. 2, p. 27, Coimbra, Coimbra Editora, jul.-dez 2004.
VON MÜNCH, Ingo. La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional. Trad. Jaime Nicolás Muñiz. **Revista Espanhola de Direito Constitucional**, n. 5, ano 2, p. 9-12, maio-ago. 1982. Disponível em: www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_005_009.pdf. Acesso em: 15 mar. 2011.

WALD, Arnoldo. **Curso de direito civil brasileiro**: introdução e parte geral. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 1995.

WEBER, Marx. **Economía y sociedad.** 2. ed. em espanhol. Trad. José Medina Echavarría et al. México: Fondo de Cultura Económica, 1964.

WEINRIB, J. Ernest. **Duty to rescue**. In: DWORKIN, Gerald (ed.). **Morality, harm and the law**. Boulder: Wetsview Press, 1994.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter Besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung. Trad. A. M. Botelho Espanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

YOUNG, ED. **Life and Death**. PICU: ethical considerations. In: CIVETA, J. (ed.) **Critical care.** 2. ed. Philadelphia: J.B. Lippicott, 1993.

YOUNGNER, Stuart et al. Brain death and organ retrieval: a cross-sectional survey of knowledge and concepts among health professionals. **Journal of the American Medical Association**, n. 261, 1990.

ZOBOLI, Elma Pavoni (rel.); GARCIA, Maria (rev.). Parecer CoBi 001/2006 – Assunto: Transplante de Coração utilizando como doador criança anencefálica. In: COHEN, Claudio; GARCIA, Maria (org.). **Questões de bioética clínica**: pareceres da Comissão de Bioética do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

Outros documentos consultados:

Assemblée plénière, 17 novembre 2000, Bull. ass. plén., n. 9. Disponível em: www.courdecassation.fr. Acesso em: 19 mar. 2009.

Assemblée plénière, 13 juillet 2001, 3 arrêts, Bull. n. 10; rapport de M. Blondet et conclusions de M. Sainte-Rose, BICC n. 542, p. 4. Disponível em: http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2001_117/troisieme_partie_jurisprudence_cour_124/assemblee_pleniere_125/assemblee_pleniere_5986.html. Acesso em: 19/03/2009 às 20:30 hs.

Boletim do Ministério da Justiça, n. 340, p. 177-181, nov. 1984.

Bolsa aborto. Disponível em: http://www.conteudo.com.br/providafamilia/bolsa-aborto. Acesso em: 12 jul. 2011.

Casos: Parkinson v. St. James and Seacroft University Hospital NHS Trust (2001), EWCA Civ 530; [2001] 3 All ER 97 (In: http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2001/530.html. Acesso dia 19.03.2009, às 21:54hs.); Rand v. East Dorset Health Authority (2000) EWCA Civ 560 (In: http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2001/530.html. Acesso dia 19.03.2009, às 21:57hs.); Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust (2003) QB 20. Disponível em: http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200203/ldjudgmt/jd031016/darl-2.htm. Acesso em: 19.03.2009.

Caso TACP, j. 12.11.1992. Disponível em: http://courses.dce.harvard.edu/~phils4/tacp.html. Acesso em: 15 abr. 2011.

Comissão de SP reconhece feto como preso político. **Instituto brasileiro de Direito de Família.** Divulgado em 08 fev. 2007. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/?noticias&noticia=1290. Acesso em: 25 nov. 2008.

Como votou Carlos Britto no caso de aborto de anencéfalo. **Revista Consultor Jurídico**, 28 abr. 2005. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2005-abr-28/votou_carlos_britto_aborto_anencefalo?pagina=3. Acesso em: 08 set. 2011.

Congenital Disabilities (Civil Liability) Act, de 22 jul. 1976. Disponível em: http://www.opsi.gov.uk/RevisedStatutes/Acts/ukpga/1976/cukpga_19760028_en_1. Acesso em: 19.03.2009.

Congressos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Buenos Aires: La Ley, 2005.

Conselho Federal de Medicina. **Res. CFM 1.826**, 24 out. 2007. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 06 dez. 2007. Seção I. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2007/1826_2007.htm. Acesso em: 03 jun. 2011.

Consideraciones éticas y médicas acerca de un embarazo anencefálico. Comité de Ética del Hospital Privado de la Comunidad de Mar del Plata, 30 set. 1997. Disponível em: www.bioetica.org/dictamen7htm. Acesso em: 03 abr. 2009.

Constituição da OMS, de 07 de abril de 1948. Disponível em: http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf. Acesso em: 03 out. 2011.

Declaração de Mônaco: considerações sobre a bioética e os direitos da criança. Disponível em: http://www.ulbra.br/pesquisa/docs/declarmonaco.doc. Acesso em: 03 abr. 2009.

Declaração publicada no Recommendations on Ethical Issues in Obstetrics and Gynecology by the FIGO Committee for the Study of Ethical Aspects of Human Reproduction. Disponível em: http://www.figo.org/about_guidelines.asp. Acesso em: 27 abr. 2010.

ETHICS AND SOCIAL IMPACT COMMITTEE. **Anencephalic infants as sources of transplantable organs by the Ethics and Social Impact Committee**. Transplant Policy Center, Ann Arbor, New York: MI. **Hastings Center Report**, n. 5, p. 28-30, v. 18, 1988.

Infants with Anencephaly as Organ Sources: Ethical Considerations. In: Committée on Bioethics, Pediatrics. n. 6, junho, parte 1, American Academy of Pediatrics, p. 1.116-1.119, 1992, v. 89.

Ley 1.044 – Anencefalia – B.O. 21 jul. 2003 CABA. Disponível em: http://www.intermunicipios.com/noticias/municipalnl/article_2003_07_25_1615.html. Acesso em: 04 abr. 2009.

Morte encefálica. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/html/pt/dicas/146morte_encefalica.html. Acesso em: 06 maio 2011.

Notícias do STF. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69682&caixaBusca=N. Acesso em: 13 abr. 2010.

O Aborto e o Transplante de Tecido Fetal. **Revista Bioética**. v. 2, n. 1, Brasília, Conselho Federal de Medicina, 1994. Disponível em: www.portalmedico.org.br. Acesso em: 16 abr. 2009.

Observatorio Argentino de Bioética. **Salud Pública y Anencefalia**. Buenos Aires: FLACSO Argentina y CEDES, 2004. Disponível em: http://www.flacso.org.ar/uploaded_files/Publicaciones/dt1_Salud.Publica.y.Anencefalia.pdf. Acesso em: 05 ago. 2010.

Parecer-Consulta 24/2003 do CFM. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/pareceres/cfm/2003/24_2003.htm. Acesso em: 05 set. 2009.

Pro-Vidas denuncian aborto por anencefalia como 'regresión moral' y 'canibalismo'. Disponível em: http://www.aciprensa.com/noticia.php?n=5252. Acesso em: 12 abr. 2011.

Projeto de Lei 4.360, de 2004. Autor: Dep. Dr. Pinotti. Disponível em: http://www.ghente.org/doc_juridicos/pl4360.htm. Acesso em: 04 abr. 2009.

Publicação do Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia, Salvador, 2004.

Responsabilidad Civil por la Privación de la Posibilidad de Abortar. Comentario a la STS, 1.ª, 18.12.2003, Working paper 217. Disponível em: www.indret.com. Acesso dia 19/03/2009.

Salud Pública y Anencefalia. Buenos Aires, publicado por FLACSO Argentina e CEDES, 2004.
Disponível em:
http://www.flacso.org.ar/uploaded_files/Publicaciones/dt1_Salud.Publica.y.Anencefalia.pdf. Acesso em: 05 ago. 2010.

***Sites* consultados:**

http://www.abctran.com.br/Conteudo/codigo_etica_medica.pdf. Acesso em: 07 abr. 2009.

http://www.anencephalie-info.org/p/index.php. Acesso em: 02 ago. 2011.

http://www.anencephalie-info.org/p/perguntas.php. Acesso em 15 abr. 2011.

http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2001/530.html. Acesso em: 19 mar. 2009.

http://www.camara.gov.br/internet/agencia/imprimir.asp?pk=131466. Acesso em: 14 maio 2010.

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=424086. Acesso em: 06 set. 2011.

http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=410&invol=113. Acesso em: 23 ago. 2011.

http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2001_117/troisieme_partie_jurisprudence_cour_124/assemblee_pleniere_125/assemblee_pleniere_5986.html. Acesso em: 19 mar. 2009.

http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Historia&esc=3. Acesso em: 29 ago. 2011.

http://www.despenalizaciondelaborto.org.co/Sentencia-C-355-06-de-la-Corte. Acesso em: 19 abr. 2011.

http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20da%20Sa%C3%BAde. Acesso em: 04 abr. 2009.

http://www.ghente.org/doc_juridicos/resol1752.htm. Acesso em: 07 abr. 2009.

http://www.hojenoticias.com.br/direito/aborto-em-casos-de-anencefalia-esta-ligado-a-pratica-da-eutanasia-diz-deputado/. Acesso em: 21 set. 2009.

http://www.in.gov/judiciary/opinions/archive/04150301.bed.html. Acesso em: 26 mar. 2009.

www.kluwer.nl. Acesso em: 23 ago. 2008.

http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=viável. Acesso em: 09 set. 2011.

http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training9add1.pdf. Acesso em: 19 abr. 2011.

http://peisker.net/ffa/Capacity%20(Tort).htm. Acesso em: 19 mar. 2009.

http://www.pensador.info/p/aborto/1/. Acesso em: 04 abr. 2009.

http://www.pensador.info/p/jean_paul_sartre_frases/2/. Acesso em: 04 abr. 2009.

http://www.pensador.info/p/morte/1/. Acesso em: 04 abr. 2009.

http://www.pensador.info/p/vida_e/1/. Acesso em: 04 abr. 2009.

http://www.pericias-forenses.com.br/cronota.htm. Acesso em: 18 fev. 2010.

http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200203/ldjudgmt/jd031016/darl-2.htm. Acesso em: 19 mar. 2009.

http://www.redetel.gov.ar/Normativa/Archivos%20de%20Normas/CodigoCivil.htm. Acesso em: 11 fev. 2010.

http://www.searo.who.int/LinkFiles/About_SEARO_const.pdf. Acesso em: 14 out. 2009.

http://www.sltrib.com/2003/Jan/01012003/utah/16415.asp. Acesso dia 19.03.2009.

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf. Acesso em: 06 abr. 2010.

http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69672&caixaBusca=N. Acesso em: 13 abr. 2010.

http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69693&caixaBusca=N. Acesso em: 13 abr. 2010.

http://www.tjrs.jus.br/. Acesso em: 24 out. 2008.

ANEXOS

RESOLUÇÃO CFM 1.752/2004

(Publicada no D.O.U. 13.09.04, seção I, p. 140)

Autorização ética do uso de órgãos e/ou tecidos de anencéfalos para transplante, mediante autorização prévia dos pais.

O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições que lhe confere a Lei n° 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e

CONSIDERANDO que os anencéfalos são natimortos cerebrais (por não possuírem os hemisférios cerebrais) que têm parada cardiorrespiratória ainda durante as primeiras horas pós-parto, quando muitos órgãos e tecidos podem ter sofrido franca hipoxemia, tornando-os inviáveis para transplantes;

CONSIDERANDO que para os anencéfalos, por sua inviabilidade vital em decorrência da ausência de cérebro, são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica;

CONSIDERANDO que os anencéfalos podem dispor de órgãos e tecidos viáveis para transplantes, principalmente em crianças;

CONSIDERANDO que as crianças devem preferencialmente receber órgãos com dimensões compatíveis;

CONSIDERANDO que a Resolução CFM nº 1.480/97, em seu artigo 3º, cita que a morte encefálica deverá ser conseqüência de processo irreversível e de causa conhecida, sendo o anencéfalo o resultado de um processo irreversível, de causa conhecida e sem qualquer possibilidade de sobrevida, por não possuir a parte vital do cérebro;

CONSIDERANDO que os pais demonstram o mais elevado sentimento de solidariedade quando, ao invés de solicitar uma antecipação terapêutica do parto, optam por gestar um ente que sabem que jamais viverá, doando seus órgãos e tecidos possíveis de serem transplantados;

CONSIDERANDO o Parecer CFM nº 24/03, aprovado na sessão plenária de 9 de maio de 2003;

CONSIDERANDO o Fórum Nacional sobre Anencefalia e Doação de Órgãos, realizado em 16 de junho de 2004 na sede do CFM;

CONSIDERANDO as várias contribuições recebidas de instituições éticas, científicas e legais;

CONSIDERANDO a decisão do Plenário do Conselho Federal de Medicina, em 8 de setembro de 2004,

RESOLVE:

Art. 1º Uma vez autorizado formalmente pelos pais, o médico poderá realizar o transplante de órgãos e/ou tecidos do anencéfalo, após o seu nascimento.

Art. 2º A vontade dos pais deve ser manifestada formalmente, no mínimo 15 dias antes da data provável do nascimento.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

Art. 4º Esta resolução entrará em vigor na data de sua publicação.

Brasília-DF, 8 de setembro de 2004.

EDSON DE OLIVEIRA ANDRADE
Presidente

RUBENS DOS SANTOS SILVA
Secretário-Geral

PROJETO DE LEI 4.360, DE 2004

Autor**:** Deputado Dr. Pinotti.

Acrescenta inciso ao artigo 128 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940:

"O **Congresso Nacional** decreta:

Art. 1º É isenta de ilicitude a interrupção da gravidez em caso de gestante portadora de feto anencéfalo.

Art. 2º O art. 128 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso:

"Art. 128.....**.....**

I -.....

II -.....

III – se o feto é portador de anencefalia, comprovada por laudos independentes de dois médicos (NR)."

Art.3º Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

JUSTIFICATIVA

Tradicionalmente tratadas como cidadãs de segunda classe, as mulheres enfrentam situação de injustiça e de discriminação em nossa sociedade, comprovada em fatos como: preconceitos, salários menores, jornadas sucessivas de trabalho, menores índices de escolaridade, agressões e violências, discriminação profissional, assédio direto e indireto, responsabilidade pelo sustento de famílias, altas taxas de mortalidade materna, abuso sexual na infância/adolescência e grande carga de trabalho doméstico não reconhecido pelo sistema previdenciário. Delas se espera, ainda, que estejam sempre sexualmente disponíveis, não transmitam doenças, não engravidem com muita freqüência, que alimentem, eduquem e cuidem das crianças, das roupas e da casa.

Para um grande número de mulheres, a gestação, o parto e o puerpério ainda estão cercados de muitos riscos. Esta realidade ainda inclui o grande estresse e o drama pessoal da gravidez indesejada, o risco físico dos abortos clandestinos, das suas complicações, mutilação e morte. A taxa de mortalidade materna, no Brasil, por exemplo, ultrapassa muito o que poderia ser considerado razoável.

Estas são apenas ilustrações de como o processo de discriminação contra a mulher ainda continua com muita força, sem que a sociedade se dê conta de sua extensão e gravidade.

Hoje, entretanto, estamos agravando ainda mais a carga já insuportável da grande maioria das mulheres brasileiras ao impedir a interrupção da gravidez quando o feto, comprovadamente, padece de anencefalia, ou seja, não possui o cérebro desenvolvido.

A anencefalia é uma anomalia congênita do sistema nervoso central resultante da falha de fechamento do tubo neural entre o 23º e o 26º dia de gestação, incapacitando o concepto para a vida extra-uterina. Pela anomalia do cerebelo, não há controle de temperatura corpórea e da freqüência respiratória, o que torna impossível a sobrevida dessas crianças (Hunter, 1983).

Nos EUA a incidência de anencefalia é 1:1000 nascimentos. Na Irlanda e Países de Gales, 5 a 7:1000 nascimentos. Na França e no Japão, 0,1 a 0,6:1000 nascimentos. No Brasil, 1:1.600 (Gorlin et al., 2001; Ogata et al., 1992; Rotta et al., 1989).

Na maioria dos casos a anencefalia é do sexo feminino e de etiologia multifatorial decorrente da interação entre fatores genéticos e ambientais. Os fatores ambientais envolvidos estão relacionados à exposição materna no primeiro trimestre de gestação a produtos químicos (solventes orgânicos, etc), irradiações, ruptura da membrana amniótica (brida amniótica), hipertemia materna, diabetes materna, deficiência materna de ácido fólico, alcoolismo, tabagismo, fármacos como antidepressivos tricíclicos, antiácidos, antidiarréicos, corticoesteróides, analgésicos, antieméticos, antibióticos, antiparasitários e antigripais (Ogata et al., 1992; Mutchinick et al., 1990; Sanford et al., 1992). A incidência de malformações do concepto em mães diabéticas é de 6 a 16 vezes maior do que na população geral.

Hoje em dia o diagnóstico pré-natal dos casos de anencefalia tornou-se simples. Não é necessária a realização de exames invasivos, apesar dos níveis de alfa-fetoproeína aumentados no líquido amniótico obtido por amniocentese ser o método de diagnóstico (Cohen & Zapata, 1985).

O reconhecimento de concepto com anencefalia é imediato. O crânio está ausente ou bastante hipoplásico. Não há ossos frontal, parietal e occipital. A face é delimitada pela borda superior das órbitas que contém globos oculares salientes. A abóboda craniana é substituída por massa mole de coloração violácea e aspecto angiomatoso. O cérebro encontra-se exposto e o tronco cerebral é deformado. Os nervos cranianos são hipoplásicos. A hipófise está ausente ou vestigial, com neuro-hipófise

hipoplásica. O hipotálamo está ausente na maioria dos casos, assim como as conexões entre adeno-hipófise e o SNC (Ogata et al., 1992).

A confirmação diagnóstica é realizada pelo ultra-som, em que não é visualizado o contorno ósseo da calota craniana do concepto. Esse diagnóstico pode ser realizado hoje a partir de 12 semanas de gestação (Brimdage, 2002; Ross & Elias, 1997).

No que diz respeito à prática da interrupção de gestação com fetos anencéfalos a Organização Mundial da Saúde publicou tabela que mostra os percentuais que ocorrem em diferentes regiões e países do mundo. Nela, pode-se verificar a alta incidência do aborto induzido na prática de atendimentos desses casos. Em países como a França, Suíça, Bélgica, Áustria, Israel e Rússia a interrupção da gravidez ocorre quase sempre em 100% dos casos.

Mesmo em países com extensa tradição católica, como Itália e Espanha, a interrupção da gravidez com fetos anencéfalos é realizada na imensa maioria dos casos: de 80% a 85%. No Reino Unido, Alemanha e Finlândia, as taxas aproximam-se a 90%.

Somos da opinião de que ao se diagnosticar um feto anencéfalo, deverá ser permitido ao casal decidir de uma maneira totalmente informada e livre sobre a interrupção ou o seguimento da gravidez. Essa opinião baseia-se nos seguintes fatos:

a) não há nenhuma possibilidade de sobrevivência prolongada para esse tipo de patologia;

b) a gravidez com anencéfalo traz para mãe maior probabilidade de doença hipertensiva específica da gravidez, e poliidramnio, além de causar, com grande freqüência, um parto distócico pela própria condição de anencefalia;

c) com a metodologia propedêutica mais moderna, o diagnóstico da anencefalia pode ser realizado com total segurança, devendo ser obrigatória, antes da interrupção, uma segunda opinião de um obstetra experimentado.

Este projeto de lei tem o propósito de incluir, entre as causas que não incriminam a realização do aborto, no Código Penal, a situação da gravidez com feto anencéfalo.

Não queremos obrigar o casal à interromper a gravidez, mas apenas permitir que a decisão seja tomada por eles livremente, após todas as informações específicas do seu caso, com o cuidado de se exigir dois laudos independentes para que não paire nenhuma dúvida sobre o diagnóstico.

Evidente que, uma vez tornada lei essa possibilidade de interrupção, os serviços públicos deverão oferecê-la àqueles casais que desejarem, cabendo aos médicos a

possibilidade de alegarem objeção de consciência, mas cabendo ao serviço a obrigatoriedade do atendimento de acordo com desejo dos pais e o relatório feito pelos médicos especialistas. Tais detalhamentos, no entanto, podem ser feitos na regulamentação da lei, pelo órgão competente do Poder Executivo.

Sabemos que a questão envolve grande polêmica, por interferir com problemas sociais, religiosos, médicos e éticos. O aborto provocado, que não pode ser desvinculado do contexto da situação da mulher em nossa sociedade, é sem dúvida um dos mais complexos e controversos fenômenos sociais que a humanidade enfrenta.

Independentemente de qualquer conceito religioso, é indiscutível que o aborto provocado é uma agressão, é uma situação de violência que se faz sentir em diferentes níveis. Ninguém em sã consciência é a favor do aborto. Os médicos, formados em defesa da vida, e particularmente os ginecologistas, não podem senão abominar a própria idéia da interrupção da gravidez. Como então conciliar esta postura frente ao sofrimento e angústias de uma paciente gestante portadora de um feto anencéfalo cuja probabilidade de sobrevivência é nenhuma?

Equivale à pratica da tortura a exigência de que a mulher gestante suporte a situação de manter o feto anencéfalo até o fim do período gravídico. Além do mais, esta gestante estará submetida a um parto complicado, de alto risco, que envolve sofrimento e um esforço desgastante e infrutífero.

Todos esses motivos nos levam a apresentar este Projeto de Lei para o qual solicitamos a aprovação dos colegas, Deputados desta Casa, pois temos a firme convicção de que facultar ao casal a decisão de interromper a gravidez com feto anencéfalo é, ainda, a melhor alternativa.

Sala das Sessões, em de de 2004.

Deputado DR.PINOTTI".

Disponível em: http://www.ghente.org/doc_juridicos/pl4360.htm.
Acesso em: 04 abr. 2009.

LEY 1044 – ANENCEFALIA – B.O. 21/07/2003 CABA.

“Regúlase el procedimiento a seguir ante situaciones de embarazos con patologías incompatibles con la vida

La Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sanciona con fuerza de Ley:

Artículo 1° - Objeto. La presente Ley tiene por objeto regular, en el marco de lo establecido por la Ley N° 153, el procedimiento en los establecimientos asistenciales del sistema de salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, respecto de toda mujer embarazada con un feto que padece anencefalia o patología análoga incompatible con la vida.

Artículo 2° - Feto inviable. A efectos de la aplicación de esta Ley se entiende que un feto padece una patología incompatible con la vida cuando presenta gravísimas malformaciones, irreversibles e incurables, que producirán su muerte intraútero o a las pocas horas de nacer.

Artículo 3° - Diagnóstico. La incompatibilidad con la vida extrauterina debe ser fehacientemente comprobada por el médico tratante de la mujer embarazada mediante la realización de dos (2) ecografías obstétricas, en las que deberá consignarse el número del documento de identidad de la gestante o su impresión dígito-pulgar.

Artículo 4° - Información. Plazo. Forma. Dentro de las setenta y dos (72) horas de la confirmación del diagnóstico referido por el artículo 2°, el médico tratante está obligado a informar a la mujer embarazada y al padre, si compareciere, explicándoles de manera clara y acorde con sus capacidades de comprensión, el diagnóstico y el pronóstico de la patología que afecta al feto, la posibilidad de continuar o adelantar el parto, y los alcances y consecuencias de la decisión que adopte. Debe dejarse constancia en la historia clínica de haber proporcionado dicha información, debidamente conformada por la gestante.

Artículo 5° - Atención Psicoterapéutica. El establecimiento asistencial del sistema de salud debe brindar tratamiento psicoterapéutico a la gestante y su grupo familiar desde el momento en que es informada de las características del embarazo y hasta su rehabilitación.

Artículo 6° - Adelantamiento del Parto. Requisitos. Si la gestante, informada en los términos del artículo 4°, decide adelantar el parto, se procederá a la realización de dicha práctica médica una vez cumplidos los siguientes requisitos indispensables y suficientes:

a) Certificación de la inviabilidad del feto registrada en la historia clínica de la embarazada, con rúbrica del médico tratante, del médico ecografista y del director del establecimiento asistencial.

b) Consentimiento informado de la mujer embarazada, prestado en la forma prescripta por el Decreto N° 208/01.

c) Que el feto haya alcanzado las veinticuatro (24) semanas de edad gestacional, o la mínima edad gestacional en la que se registra viabilidad en fetos intrínseca o potencialmente sanos.

Artículo 7° - Instrucciones. El Poder Ejecutivo instruirá debidamente al equipo de salud y funcionarios que se desempeñan en los efectores del subsector estatal de salud sobre el procedimiento establecido por esta Ley, dentro del plazo de quince (15) días desde su promulgación.

Artículo 8° - Objeción de conciencia. Procedimiento de reemplazos. Se respeta la objeción de conciencia respecto de la práctica enunciada en el artículo 6° en los profesionales que integran los servicios de obstetricia y tocoginecología del subsector estatal de salud. Los directivos del establecimiento asistencial que corresponda y la Secretaría de Salud están obligados a disponer o a exigir que se dispongan los reemplazos o sustituciones necesarios de manera inmediata.

Artículo 9° - Prestaciones estatales. Los efectores del subsector estatal de salud que brinden la prestación regulada por la presente Ley a adherentes del subsector privado o a beneficiarias del subsector de la seguridad social, deberán obrar acorde lo establecido por los artículos 43 y 46 de la Ley N° 153.

Artículo 10 - Comuníquese, etc. Caram – Alemany".

Disponível em: http://www.intermunicipios.com/noticias/municipalnl/article_2003_07_25_1615.html. Acesso em: 04 abr. 2009.

Tabela 1 - Evolução dos critérios para o diagnóstico de ME em adultos. Observa-se nítido aumento das exigências e do rigor durante os anos

Evolução dos critérios de ME – adultos - 1968 a 1997				
Critério	**Harvard 68**	**Royal College 76**	**AAN 95**	**CFM – Brasil 97**
Pré-Requisitos	-	Causa coma conhecida -	Causa coma conhecida e documentada TC/RM/LCR Irreversível	Causa coma conhecida e documentada TC/RM/LCR Irreversível
	Tax > 32°C	Tax>35 °C	Tax > 32°C	Tax > 32°C
	Ausência de drogas	Ausência de drogas	Ausência de drogas intoxicação e alt. metabólica	Ausência de drogas (24/48hs) intoxicação e alt. metabólica
Bases Clínicas do diagnóstico	Coma sem resposta	Coma sem resposta	Coma sem resposta a estímulo na face	Coma sem resposta a estímulo na face
	Apneia de 3min	Um Teste da apneia PCO2>60mmHg	Um Teste da apneia PCO2>60mmHg ou ↑ 20mmHg	Dois testes da apneia PCO2> 55 mmHg
	Ausência de Reflexos do Tronco Encefálico			
Mesencéfalo	Pupilas fixas e dilatadas	Pupilas fixas e dilatadas	Pupilas médias ou dilatadas (4 a 9mm) fixas	Pupilas médias ou dilatadas (4 a 9mm) fixas
Ponte	Corneano	Corneano e óculo cefálico	Corneano, vestíbulo calórico, óculo cefálico	Corneano, vestíbulo calórico, óculo cefálico
Bulbo	Vômito	Tosse	Tosse	Tosse
Movimentos Espontâneos	Ausência	Ausência	Aceita	Aceita
Reflexos Medulares	Ausência	Aceita	Aceita	Aceita
Exame Complementar	Obrigatório	Não necessário	Não obrigatório	Obrigatório
	EEG	-	Artério, TCD, EEG, Cintilografia, SPECT Extração O_2	Artério, TCD, EEG, Cintilografia, SPECT, PIC, Extração O_2
Intervalo entre exames	Dois exames - 24hs	Três exames - 6hs	Dois exames - 6hs	Dois exames - 6hs
Nº de médicos	Um médico	Três médicos	Um médico	Dois médicos
Respaldo legal	Não	Não	Sim	Sim

Extraída de MORATO, Eric Grossi. **Morte encefálica**: conceitos essenciais, diagnóstico e atualização. Rev Med Minas Gerais 2009; 19(3): 227-236, p. 229. Disponível em: http://www.medicina.ufmg.br/rmmg/index.php/rmmg/article/viewFile/164/147. Acesso em: 06 maio 2011.