

# OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO CÓDIGO CIVIL: O CONCEITO DE VIDA E SUAS IMPLICAÇÕES AMBIENTAIS

*Alessandra Figueiredo dos SANTOS*  
*Sérgio Rodrigo MARTINEZ*

## RESUMO

Podem-se definir os direitos da personalidade como o conjunto de todas as características físicas, morais e psíquicas que individualizam a pessoa e a distinguem das demais. Contudo, esses direitos não surgiram de maneira imediata, tendo passado por uma longa evolução histórica até alcançar o nível de importância e abrangência, que têm hoje. Nesse sentido, este breve estudo pretende investigar a natureza dos direitos da personalidade, sua evolução histórica, sua interface com os direitos e garantias individuais, seu regramento dentro do ordenamento jurídico pátrio, bem como o impacto que as tecnologias biomédicas têm trazido na delimitação de alguns direitos essenciais da personalidade, sobretudo o direito à vida. De igual modo, procurar-se-á demonstrar as implicações ético-jurídicas surgidas a partir das novas tecnologias reprodutivas, especialmente no que se refere à vida extrauterina e ao embrião humano extracorporal.

## ABSTRACT

The individual rights can be defined as all of the physical, moral and psychic characteristics that distinguish one person from the others. However, these rights did not arise suddenly, which means it pass through for a long historical evolution until it reached the importance level and scope of nowadays. Thus, this brief study intends to investigate the nature of personal rights, its historical evolution, its interface with the rights and individual guarantees and the regulation of its rights within the native legal system. Moreover, we are going to analyse the biomedical technologies impacts into the restriction of some essential personality rights, especially the right to life. Furthermore, it's our attempt to demonstrate the ethical and legal implications that have arose from the new reproductive technologies, especially with the regard of life outside the womb and the extracorporeal human embryo.

## PALAVRAS-CHAVE:

Direitos da personalidade, conceito de vida, ambientes extra-uterinos.

---

<sup>1</sup> Acadêmica do Programa de Mestrado em direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (UEA); bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Amazonas (FAPEAM).

<sup>2</sup> Professor-doutor do Programa de Mestrado em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Artigo submetido em 10/10/2009. Aprovado em 14/12/2009.

## **KEYWORDS:**

Individual rights, the concept of life, life outside the womb.

## **Introdução**

Os direitos da personalidade podem ser definidos como o conjunto de todas as características físicas, morais e psíquicas que individualizam a pessoa e a distinguem das demais. A construção de instrumentos jurídicos capazes de tutelar os direitos da personalidade deu-se ao longo de uma longa evolução histórica por que passou a humanidade até os dias atuais. E, embora já exista no ordenamento jurídico nacional e internacional uma infinidade de diplomas legislativos que têm por fim a proteção aos direitos de personalidade, muito ainda há de ser feito.

Os avanços científicos e biotecnológicos alcançados nas últimas décadas, e que continuam em constante evolução, lançam, constantemente, à humanidade novos desafios. Como resultado, tem-se o abalo a estruturas, que antes pareciam firmes e consolidadas. A autonomia sobre o próprio corpo, a privacidade do indivíduo, a integridade física, a constituição da família e do parentesco, e até a própria vida humana... tudo precisará ser reavaliado e, sobre novas bases, reconstruído pela sociedade.

Sob esse aspecto, este estudo pretende analisar a natureza dos direitos da personalidade, sua evolução histórica, sua interface com os direitos e garantias individuais, seu regramento dentro do ordenamento jurídico pátrio, bem como o impacto que as tecnologias biomédicas têm trazido na delimitação de alguns direitos essenciais da personalidade, sobretudo o direito à vida.

Dessa forma, procurar-se-á evidenciar as inúmeras implicações éticas e jurídicas advindas com as novas tecnologias reprodutivas, principalmente no que concerne à proteção da vida gerada fora do útero.

## **1 Conceito de direitos da personalidade e sua evolução histórica**

A origem da palavra personalidade remonta ao latim *personalis*, e designa caráter ou qualidade do que é pessoal; pessoalidade. Também significa aquilo que determina a individualidade de uma pessoa moral; sua maneira habitual de ser; aquilo que a distingue de outrem. Juridicamente, a personalidade é entendida como a aptidão reconhecida pela ordem jurídica para exercer direitos e contrair obrigações<sup>1</sup>.

Dessa forma, segundo Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2006, p. 135)<sup>2</sup>, os direitos da personalidade podem ser definidos como “aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais”.

<sup>1</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, 2004, p. 1546.

<sup>2</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 1 v.

Já Silvio Rodrigues (2002)<sup>3</sup> identifica os direitos da personalidade “ direito à vida, à liberdade física ou intelectual, ao próprio nome, ao corpo, à imagem e à honra “ como inerentes à pessoa humana, estando a ela ligados perpétua e permanentemente.

Na mesma linha de raciocínio, Orlando Gomes (2007)<sup>4</sup> defende que os direitos da personalidade compreendem todos os direitos reputados como essenciais ao desenvolvimento do ser humano, e que, absolutos, têm por fim resguardar a dignidade da pessoa humana.

Na verdade, a acepção que se tem hoje da palavra personalidade “ e os direitos a ela vinculados “ não nasceu pronta, e foi construída ao longo de inúmeras transformações sociais, políticas, econômicas e jurídicas por que passou a humanidade.

A noção de que a personalidade é inerente ao homem, e o reconhecimento de que isso torna única a existência de cada ser humano, certamente não se fez presente nos primórdios da Antiguidade, que nem sequer vislumbrava a possibilidade de tutela desses direitos.

No mundo antigo, o Estado fincava os seus alicerces na religião, dominando, assim, a vida pública e privada de seus cidadãos. Não se conhecia a liberdade individual, pertencendo a alma, o corpo e os bens materiais do indivíduo ao Estado<sup>5</sup>. Portanto, para ser considerado cidadão era necessário que se seguisse a religião da cidade, que se honrassem os mesmos deuses da cidade. E era dessa participação que advinham todos os direitos civis e políticos. Renunciar ao culto significava renunciar a todos esses direitos<sup>6</sup>.

Dessa maneira, o estrangeiro, sendo estranho à cidade, não tinha acesso ao culto, aos templos e às cerimônias de sacrifício, não era protegido pelos deuses da cidade, e, por tudo isso, não podia ser considerado cidadão. Logo, a religião instituíra um enorme abismo entre o cidadão e o estrangeiro, proibindo aos estrangeiros tomar parte nos direitos de cidadania<sup>7</sup>.

Para os romanos, a mesma condição legada ao estrangeiro era atribuída ao escravo, que não tinha acesso aos direitos de cidadania, já que não possuía o *status* de cidadão, nem tampouco a liberdade. Assim, era tratado como coisa, sendo-lhe negada a qualidade de sujeito de direito e, de igual modo, a própria personalidade<sup>8</sup>.

Em Atenas, as reformas sociais promovidas por Sólon, que decretou a *seisachteia*, extinguindo a escravidão por dívida, eliminando os marcos de hipoteca e devolvendo as terras aos seus antigos proprietários<sup>9</sup>, contribuíram para que os

---

<sup>3</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Parte Geral, 2002, p. 60.

<sup>4</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, 2007.p. 174.

<sup>5</sup> COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga: estudo sobre o Culto, o Direito, as Instituições da Grécia e de Roma*, 1975, p. 304.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 155.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 156.

<sup>8</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. *O Direito Geral de Personalidade*, 1995, p. 47.

<sup>9</sup> ARRUDA, José Jobson de A. *História Antiga e Medieval*, 1996, p. 147.

gregos – os quais, posteriormente, influenciariam o Direito Romano “ institucionalizassem normas pioneiras, impondo respeito aos estrangeiros e resguardando direitos aos escravos, que não eram mais considerados como coisa, sendo-lhes vedados maus-tratos<sup>10</sup>.

Mas foi a partir do Cristianismo, cuja doutrina se funda nos ideais de amor e igualdade, que o homem passou a ser considerado sujeito de valores, contribuindo, desse modo, para o surgimento do princípio maior da dignidade da pessoa humana<sup>11</sup>.

O Cristianismo foi também responsável por desvincular, definitivamente, Deus do Estado. Dessa feita, o homem só estava sujeito à sociedade naquilo que correspondesse ao seu corpo e interesses materiais, porque a sua alma só a Deus pertencia<sup>12</sup>. Separando as virtudes públicas das privadas, o homem tornou-se, então, livre; sua vida não mais se limitava a viver e a morrer pela cidade à qual pertencia. Deus, a família, a pessoa humana e o próximo estavam acima da pátria, da cidade e do concidadão<sup>13</sup>.

Por fim, outra transformação importantíssima trazida pelo Cristianismo pode ser encontrada no Direito. Isso porque, nas sociedades antigas, o Direito estava estritamente vinculado à religião, dela extraindo todo o seu conteúdo. Foi, então, com o advento do Cristianismo que o Direito encontrou a sua libertação. O Cristianismo cuidou apenas de regular os deveres do homem para com Deus e para com o próximo; não, de regular o Direito. Não se encontram, na doutrina cristã, regras disciplinando os direitos de propriedade, de sucessão, as obrigações ou o processo. Nada disso. O Cristianismo propôs-se a ficar fora de tudo isso, acima da materialidade terrena, que envolve as coisas deste mundo. Então pôde, enfim, o Direito buscar a sua fundamentação na natureza, na consciência humana e nos ideais de justiça. Livre das amarras da religião, o Direito passou a ter condições de evoluir segundo a moral, os interesses e as necessidades do homem e de cada sociedade<sup>14</sup>.

Com o advento do Humanismo e do Renascimento, a partir do final do século XIV, o teocentrismo medieval foi substituído pelo antropocentrismo, colocando o homem em lugar de destaque nas questões intelectuais, e dando ênfase à razão e ao individualismo<sup>15</sup>. Assim, foram sendo construídos os primeiros ideais na edificação dos direitos da personalidade.

A partir do fim do século XVII, o crescimento do liberalismo, na Inglaterra, concorreu para o reconhecimento, pelo Estado, da proteção à pessoa humana<sup>16</sup>. Com o Iluminismo, o homem passou a ser caracterizado como sujeito que representa a realidade, o que resultou na valorização da razão, elemento fundamental do sujeito,

---

<sup>10</sup> CATÃO, Marconi de Ó. *Biodireito: transplante de órgãos humanos e direitos de personalidade*, 2004, p. 96.

<sup>11</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. *Op. Cit.*, p. 56.

<sup>12</sup> COULANGES, Fustel de. *Op. Cit.*, p. 307.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 308.

<sup>14</sup> *Ibid.*, mesma página.

<sup>15</sup> AQUINO, Rubim Santos Leão de. et. al. *História das Sociedades: das sociedades modernas às sociedades atuais*, 1993, p. 78.

<sup>16</sup> CATÃO, Marconi *Op. Cit.*, p. 98-99.

que faz do homem um ser inteligente. Também os ideais de liberdade, progresso e o próprio homem (como ser racional) eram os temas básicos desse movimento intelectual ocorrido no século XVIII. Como consequência desse movimento, a tripartição dos poderes e a intangibilidade dos direitos fundamentais do homem já caracterizavam a monarquia legal da época<sup>17</sup>. As ideias iluministas ganharam força e repercutiram por toda a Europa Ocidental, influenciando, dessa forma, as revoluções liberais que logo aconteceriam<sup>18</sup>.

A Revolução Americana (1755-1783) estabeleceu como verdade incontestável a igualdade entre todos os homens e determinou a vida, a liberdade e a busca da felicidade como direitos inalienáveis, porque conferidos a todos pelo Criador. A Revolução Francesa (1789-1815) “fundada nos princípios universais de liberdade, igualdade e fraternidade” promoveu um verdadeiro marco divisório na História, sendo responsável por incluir, nesse processo, várias revoluções. Em 26 de agosto de 1789, as bases para um novo regime foram lançadas por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte francesa<sup>19</sup>. Pela primeira vez, então, na História, foram afirmados e reconhecidos, de maneira universal, as liberdades e os direitos fundamentais do homem, visando a alcançar toda a humanidade.

Após a Declaração de 1789, várias outras declarações se seguiram, entre as quais se destacam a Declaração Universal dos Direitos do Homem (proclamada pela Assembleia Geral da ONU, em 1948) e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (assinada em 1950). Com o advento dessas declarações, os direitos fundamentais de proteção à vida, honra, liberdade, integridade física e psíquica, intimidade etc. passaram a constituir garantias extensíveis a todo ser humano<sup>20</sup>.

De todo o exposto, percebe-se que, como dito anteriormente, os direitos da personalidade não surgiram de maneira imediata, tendo passado por uma longa evolução histórica até alcançarem o nível de importância e abrangência, que têm hoje.

## **2 Direitos fundamentais, garantias constitucionais e direitos da personalidade: pontos de congruência**

A Constituição Federal de 1988 determina, em seu art. 5º, § 1º, terem imediata aplicação as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Entretanto, a aplicabilidade e eficácia dessas normas estão sujeitas ao seu próprio enunciado. Por exemplo, normas que limitam o poder de ingerência do Estado na vida dos indivíduos “com a finalidade de fazer prevalecer as liberdades individuais” são autoexecutáveis, ou seja, prescindem de qualquer regulamentação posterior. Apesar disso, é possível que a aplicabilidade desses direitos venha a sofrer restrição, já

---

<sup>17</sup> Ibid., p. 98-99.

<sup>18</sup> AQUINO, Rubim Santos Leão de. et. al. **Op. Cit.**, p. 118-122.

<sup>19</sup> Ibid., p. 140-145.

<sup>20</sup> LEITE, Rita de Cássia Curvo. *Transplantes de Órgãos e tecidos e Direitos da Personalidade*, 2000, p. 10.

que nem todo direito é absoluto.

Por outro lado, há direitos que já nascem dependentes de uma norma ulterior que lhes confira aplicabilidade. São direitos que demandam do Estado uma atitude positiva, isto é, uma ação que vise a resguardar determinados bens jurídicos de terceiros, do próprio Estado, ou, simplesmente, que tenham por fim garantir e favorecer o gozo desses direitos. De acordo com Ingo Sarlet (1998)<sup>21</sup>, norma definidora desses direitos deve ser encarada como “de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização)”. Logo, quando da aplicação e interpretação dessas normas, há que se empregar o significado que lhes confira maior efetividade, para a manutenção dos direitos fundamentais nelas contidos.

De acordo com a classificação utilizada pelo legislador constitucional ao gênero dos direitos e garantias fundamentais, cinco espécies foram consagradas no Título II da Constituição de 1988: direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I); direitos sociais (Capítulo II); direitos de nacionalidade (Capítulo III); direitos políticos (Capítulo IV); e direitos relativos à existência, organização e participação em partidos políticos (Capítulo V)<sup>22</sup>. Assim, pode-se dizer que os direitos fundamentais são normas constitucionalmente consagradas e positivadas.

Mas a consagração e positivação desses direitos fundamentais não se deu de maneira concomitante. Foi necessário um longo e paulatino progresso para que esses direitos fossem, definitivamente, reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Assim, cada geração foi responsável por desencadear e, do mesmo modo, testemunhar o avanço dos direitos fundamentais.

Em função disso, a doutrina moderna costuma classificar – entre outros critérios – os direitos fundamentais segundo a ordem cronológica com que foram sendo consagrados. Dessa forma, têm-se os direitos fundamentais de 1ª, 2ª, 3ª e 4ª geração.

Segundo Paulo Bonavides (1996)<sup>23</sup>, os direitos fundamentais de 1ª geração estão relacionados à liberdade e aos direitos civis e políticos. São considerados direitos de resistência porque oponíveis contra o Estado (exigem dele uma abstenção). Os de 2ª geração dizem respeito ao valor de igualdade, e são traduzidos pelos direitos sociais, econômicos e culturais. Ao contrário dos direitos de 1ª geração, exigem do Estado uma conduta positiva (prestações materiais e jurídicas), cuja finalidade seria a redução das desigualdades sociais. Por esse motivo, Bonavides afirma representarem esses direitos fundamentais de 2ª geração verdadeiras garantias institucionais<sup>24</sup>. A 3ª geração dos direitos fundamentais representa os ideais de solidariedade ou fraternidade, manifestados nos direitos relacionados à paz, ao progresso, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, ao direito de comunicação e de propriedade sobre o patrimônio comum da

---

<sup>21</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 245.

<sup>22</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 2001, p. 57.

<sup>23</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 517-522.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 519.

humanidade<sup>25</sup>. Por fim, a 4ª geração de direitos fundamentais é resultado da globalização política, como o direito à informação, ao pluralismo e à democracia.

Após breve análise dos direitos fundamentais, convém esclarecer a distinção feita pela doutrina entre esses direitos e as garantias constitucionais (ou individuais). Ruy Barbosa (1993)<sup>26</sup> foi um dos primeiros estudiosos a estabelecer essas diferenças, quando da análise da Constituição de 1891. Em sua definição, Ruy Barbosa diferenciou as disposições meramente declaratórias das disposições assecuratórias. Disposições declaratórias caracterizam-se por imprimir existência legal aos direitos reconhecidos, já as disposições assecuratórias são responsáveis por limitar o poder em defesa dos direitos.

Por seu turno, Jorge Miranda (1990)<sup>27</sup>, defende que os direitos representam, por si só, bens e vantagens, enquanto as garantias têm por fim acautelar o gozo desses bens. Por esse motivo, os direitos são principais e declaram-se, ao passo que as garantias são acessórias e se estabelecem. As garantias constitucionais funcionam, então, como meio para resguardar um direito principal, a elas vinculado, ante o Estado, funcionando como verdadeiro instrumento preservativo das liberdades públicas.

É importante observar, contudo, que, muitas vezes, um mesmo dispositivo guarda, em seu bojo, a declaração de um direito e o estabelecimento de uma garantia. Isso acontece porque nem sempre é possível distinguir, com nitidez, uma coisa da outra (um direito e uma garantia). Em função disso é que Canotilho (1993)<sup>28</sup> afirma constituírem as garantias também direitos, ainda que nelas seja evidenciado o seu caráter instrumental.

Por fim, resta-nos assentar em que sentido os direitos da personalidade harmonizam-se com os direitos fundamentais e as garantias constitucionais. Para tanto, é necessário, primeiramente, compreender como a doutrina tem se posicionado acerca da natureza jurídica dos direitos da personalidade.

A primeira problemática relacionada aos direitos da personalidade diz respeito ao fato de esses direitos estarem ou não incluídos na categoria de direitos subjetivos. Para os que negam a existência desses direitos como direitos subjetivos (entre os quais se destacam: Jellinek, Von Thur, Unger, Ennecerus, Thon, Crome, Oertmann, Ravà, Simoncelli, Cabral de Moncada e Orgaz)<sup>29</sup>, a justificativa estaria na impossibilidade de haver direitos do homem sobre a própria pessoa. Isso implicaria, por consequência, a possibilidade de o indivíduo dispor de sua própria vida, o que tornaria justo, por exemplo, o suicídio. De acordo a explanação de Rita de Cássia Curvo Leite (2000)<sup>30</sup>, a existência dos direitos da personalidade contribuiria para que o indivíduo desempenhasse dois papéis contraditórios, sendo, simultaneamente, sujeito e objeto. Além disso, argumenta-se que bens da

---

<sup>25</sup> Ibid., p. 523.

<sup>26</sup> BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1993. 3 v.

<sup>27</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. p. 89.

<sup>28</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 522.

<sup>29</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo, Pamplona. *Op. Cit.*, p. 136.

<sup>30</sup> LEITE, Rita de Cássia Curvo. *Op. Cit.*, p. 19.

personalidade não podem ser considerados direitos subjetivos porque impossível de se separarem do sujeito ao qual se vinculam.

Entretanto, a tese dominante na doutrina é no sentido de ver reconhecida, nos direitos da personalidade, a natureza jurídica de direitos subjetivos. Serpa Lopes (2000)<sup>31</sup>, defende que os direitos da personalidade são direitos subjetivos, pois representam os elementos que compõem a personalidade do indivíduo, sob os aspectos morais, físicos, individuais e sociais. São inerentes à pessoa humana e encerram categorias especiais de direitos, como os vinculados à existência e ao desenvolvimento da pessoa no seio social, sendo, portanto, os direitos que cada pessoa tem sobre si mesma.

No mesmo sentido, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2006, p. 137)<sup>32</sup> afirmam ser os direitos da personalidade “poderes que o homem exerce sobre a sua própria pessoa [...] e que têm por objeto as projeções físicas, psíquicas e morais do homem”. Complementando esse pensamento, Carlos Mota Pinto (1973)<sup>33</sup> estabelece, ainda, que os direitos da personalidade são direitos subjetivos porque, de igual modo, representam o poder jurídico de se impor perante os outros ou deles requerer um comportamento positivo ou negativo.

Assim, os direitos da personalidade objetivam realizar a pessoa como indivíduo, protegendo-a e propiciando para que essa realização aconteça em todos os aspectos de sua vida, sejam eles físicos, intelectuais ou morais. São, portanto, absolutos (porque oponíveis contra todos), gerais (ou universais – já que outorgados a toda e qualquer pessoa), extrapatrimoniais (pois há ausência de conteúdo patrimonial direto), indisponíveis (incluindo nessa característica o fato de serem intransmissíveis e irrenunciáveis) e imprescritíveis (posto que não se extinguem pelo seu não uso)<sup>34</sup>.

Além da discussão acerca da subjetividade ou não dos direitos da personalidade, há controvérsia, também, quanto aos fundamentos jurídicos desses direitos. No debate sobre o tema, surgem então duas correntes: a corrente positivista, que julga serem os direitos da personalidade, tão somente, os reconhecidos pelo Estado; e a corrente jusnaturalista, para a qual os direitos da personalidade são inerentes à pessoa humana<sup>35</sup>.

Por conseguinte, os positivistas opõem-se ao jusnaturalistas por não acreditarem na existência de direitos inerentes à pessoa humana. Assim, para que os direitos da personalidade adquiram verdadeira proteção jurídica necessitam ser positivados dentro do ordenamento. Já os jusnaturalistas enxergam as normas jurídicas não como condição prejudicial à existência dos direitos da personalidade, mas como uma forma de lhes conferir tutela jurídica. Carlos Alberto Bittar (1999)<sup>36</sup>

<sup>31</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. 1 v. p. 320.

<sup>32</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo, Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 1 v.

<sup>33</sup> PINTO, Carlos Mota. *Direito das Obrigações*. Coimbra: Coimbra Editora, 1973, p. 169.

<sup>34</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 33.

<sup>35</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo, Pamplona. *Op. Cit.*, p. 137-138.

<sup>36</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 7.

argumenta que o Estado ficaria encarregado apenas de reconhecer e ratificar os direitos da personalidade no direito positivo, seja no plano constitucional, seja no infraconstitucional, fazendo, assim, com que esses direitos adquirissem proteção jurídica específica contra o arbítrio do poder público ou de particulares.

Diante do exposto, pode-se afirmar que, embora não haja consenso quanto à necessária tipicidade dos direitos da personalidade, não há dúvida quanto à universalidade desses direitos. E que, sendo esses direitos estritamente vinculados à pessoa humana, não podem deixar de receber do Estado a devida tutela.

Após a análise dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade, convém assentar que, embora haja entre eles estrita semelhança, boa parte da doutrina se posiciona no sentido de não admitir identidade entre esses direitos. Para José de Oliveira Ascensão (2006)<sup>37</sup>, os direitos da personalidade e os direitos fundamentais distinguem-se quanto à essência. Enquanto os direitos da personalidade têm por fim primordial salvaguardar a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais priorizam a paz social.

De sorte que se pode dizer o seguinte: os direitos fundamentais mostram-se presentes nas relações jurídicas de direito público, a fim de preservar o indivíduo contra o arbítrio do poder estatal, e, assim, estão positivados em sede constitucional. *A contrario sensu*, os direitos da personalidade revelam-se nas relações jurídicas de direito privado, com o objetivo de tutelar o indivíduo contra incursões de particulares, não estando a sua tipificação restrita ao limites da Constituição, nem tampouco do Código Civil.

### 3 Inovações no Código Civil de 2002

O advento da Constituição Cidadã (1988) modificou, sensivelmente, as bases axiológicas em que se fundava o nosso ordenamento jurídico. Assim é que um código civil patrimonialista, fundado em uma sociedade agrária, tradicional e conservadora (como era o Código Civil de 1916) teve de ser transformado em um diploma que, efetivamente, se harmonizasse com os preceitos da nova Constituição,<sup>38</sup> dando precedência aos valores sociais sobre os individuais.

Dessa feita, o Código Civil brasileiro de 2002, pela primeira vez, reservou um capítulo inteiro para cuidar dos direitos da personalidade. E, não por acaso, foi a parte geral do novo código que o legislador destinou para tratar desses direitos. Assim, a inovação do Código Civil de 2002, no que concerne aos direitos de personalidade, de acordo com Doneda (2005, p. 71)<sup>39</sup>:

[...] reflete uma mudança paradigmática do direito civil, que se reconhece como parte de um ordenamento cujo valor máximo é a proteção da pessoa

<sup>37</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direitos da personalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 26, p. 46-66, abril-junho 2006, p.46.

<sup>38</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo, Pamplona. *Op. Cit.*, p. 135.

<sup>39</sup> DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VI, n. 6, Campos, 71-99, junho 2005.

humana. A esta constatação segue uma reelaboração da dogmática civilística, na qual os direitos da personalidade desempenham papel fundamental.

Já no primeiro artigo do capítulo destinado aos direitos da personalidade (art. 11 do Capítulo II, do Código Civil), o legislador determinou a intransmissibilidade e irrenunciabilidade desses direitos. Como visto anteriormente, esses dois atributos do direito de personalidade estão relacionados à indisponibilidade, termo genérico que compreende as duas expressões anteriores, e designa a impossibilidade de o indivíduo transferir (ainda que por vontade própria) a titularidade desses direitos a outra pessoa<sup>40</sup>. Oportuno esclarecer que a exceção trazida logo no início do artigo<sup>41</sup> não significa a possibilidade de mitigação dos direitos da personalidade por uma lei infraconstitucional. Na verdade, ainda segundo Doneda (2005)<sup>42</sup>, tal exceção “há de ser devidamente ponderada, atendendo a valores constitucionalmente relevantes”.

Por conseguinte, o art. 12 do Código Civil cuida da proteção a esses direitos, permitindo a qualquer um que tenha seus direitos ameaçados ou lesados exigir que sejam interrompidas a ameaça ou a lesão, garantindo também a possibilidade de exigir perdas e danos, além de outras sanções legais. A transcendência dos direitos da personalidade pode ser observada no parágrafo único do artigo, que legitima o cônjuge ou parente em linha reta ou colateral até o 4º grau a pleitear os direitos do morto, que teve o seu direito intimidado ou violado. Com isso, pretendeu o legislador impedir ou, ao menos, diminuir os danos causados à personalidade.

A vedação ao ato de disposição do próprio corpo, quando isso importar a diminuição permanente da integridade física do indivíduo, ou ofender os bons costumes, é prevista no art. 13 do Código. O artigo prevê duas exceções ao ato de disposição de partes do próprio corpo: quando houver exigência médica (*caput* do art. 13), que vise a garantir tanto o bem-estar físico quanto psíquico do paciente; e quando houver transplante de órgãos (art. 13, parágrafo único) “ desde que se refira a partes renováveis do corpo humano “, cujo tratamento o legislador reservou à legislação especial.

Da análise do artigo 13, observa-se que o legislador não adentrou uma seara bastante polêmica do tema da disposição de partes do próprio corpo: a cirurgia transexual para mudança de sexo. Isso porque a cirurgia teria por consequência imediata a diminuição permanente da integridade física do indivíduo. Entretanto, não obstante as inúmeras controvérsias sobre o tema, não se pode deixar de considerar que a intervenção cirúrgica tem como fim primeiro proporcionar ao indivíduo maior realização pessoal, o que se coadunaria com o direito ao bem-

---

<sup>40</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo, Pamplona. **Op. Cit.**, p. 147.

<sup>41</sup> De acordo com a redação do art.11 do Código Civil: “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

<sup>42</sup> DONEDA, Danilo. **Op. Cit.**, p. 84.

estar físico e psíquico. O conceito aberto de “bons costumes”, no fim do *caput* do artigo<sup>43</sup>, carrega consigo uma imprecisão axiológica que não permite identificar a aceitabilidade ou não da cirurgia transexual dentro do ordenamento jurídico pátrio. Contudo, enquanto inexistente lei específica a tratar do tema, a matéria é regulamentada pela Resolução n. 1.652 de 2002, do Conselho Federal de Medicina (CFM), que autoriza a cirurgia de transgenitalização.

O art. 14 Código Civil prevê a possibilidade de disposição do próprio corpo, ou partes dele, para depois da morte. A disposição deverá ser, necessariamente, gratuita e com finalidade científica ou altruísta. Como finalidade altruística, a doutrina aponta a doação, após a morte, para fins de transplante, desde que consentida<sup>44</sup>. Em conformidade com o que dispõe a Lei n. 9.434/1997 (que regulamenta o transplante de órgãos), a doação do órgão, mesmo que consentida pelo doador antes de seu falecimento, deverá ser expressamente autorizada pelo cônjuge do morto ou parente seu até o 2º grau, em linha reta ou colateral. A lei também exige que o documento de autorização seja subscrito por duas testemunhas, que estavam presente no ato de verificação da morte do doador.

A autonomia da vontade do paciente foi privilegiada no art. 15 do Código, o qual determina que ninguém poderá ser constrangido a se submeter a tratamento médico ou intervenção cirúrgica, quando tais procedimentos implicarem risco para sua própria vida. Conforme preconiza Silvio Rodrigues (2002)<sup>45</sup>, enquanto para o paciente esse preceito se encontra no plano dos direitos da personalidade, para o médico constitui máxima pertencente ao âmbito da responsabilidade civil, já que impede sua atuação sem o consentimento expresso do paciente. Logo, se algum dano ao paciente advier de sua intervenção não autorizada, responderá o médico por perdas e danos.

O direito ao nome e ao pseudônimo “bem como a sua proteção” são tratados nos art. 16 ao 19 do Código Civil. O art. 16 determina ter toda pessoa direito ao nome, estando nele contidos o prenome e o sobrenome. Para Francisco Amaral (2003, p. 263)<sup>46</sup>, “o nome integra—se ao gênero da integridade moral, no sentido de que a pessoa deve ser reconhecida em sociedade por denominação própria, que a identifica e diferencia”.

O sobrenome (ou patronímico), que representa o nome da família, é transmitido de geração a geração, ou é adquirido, facultativamente, por um dos cônjuges quando do casamento. O prenome corresponde ao nome individual, e é atribuído à pessoa no momento do registro de seu nascimento, em cartório civil, o qual é obrigatório (art. 50 da Lei n. 6.015/1973 – Lei de Registros Públicos). De acordo com o art. 58 da Lei de Registros Públicos, o prenome é definitivo, sendo admissível a sua substituição por apelido público notório ou, ainda, quando houver

---

<sup>43</sup> Conforme dispõe o *caput* do art. 13 do código: “Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, **ou contrariar os bons costumes**”. (*grifo nosso*)

<sup>44</sup> DONEDA, Danilo. *Op. Cit.*, p. 87.

<sup>45</sup> RODRIGUES, Silvio. *Op. Cit.*, p. 71.

<sup>46</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil* “Introdução. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 263.

fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração do indivíduo com apuração de crime (parágrafo único do art. 58).

O art. 17 do Código Civil não permite o emprego do nome em publicações ou apresentações suscetíveis de expor a pessoa ao desprezo público, ainda que não se tenha essa intenção. Também não autoriza o código a utilização do nome da pessoa em propaganda comercial, sem que haja sua expressa autorização (art. 18). E, finalmente, no art. 19, o código estende ao pseudônimo a mesma proteção jurídica conferida ao nome. Nota-se, então, que mais do que reconhecer à pessoa o direito ao nome, o legislador procurou garantir ao indivíduo o direito à identidade pessoal<sup>47</sup>.

No art. 20 do Código Civil, há a proteção do direito à imagem. Dessa forma, segundo a leitura do artigo, poderá ser proibida a utilização, a publicação ou a exposição da imagem de uma pessoa “ assim como a divulgação de escritos e a transmissão da palavra – se lhe atingir a honra, a boa fama, a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais. Observe-se que, além proteger o direito à imagem, cuidou o legislador do direito à informação. O código, então, não condiciona a divulgação da imagem, da fala ou dos escritos de uma pessoa à sua autorização. Portanto, se a divulgação da imagem, da palavra ou dos escritos de uma pessoa não lhe atingirem a honra ou não tiverem fins comerciais, lícita será a informação veiculada. Podem pleitear os direitos de imagem do morto ou ausente o cônjuge, os ascendentes ou descendentes (parágrafo único do art. 20).

Como último direito da personalidade disciplinado pelo Código Civil, a inviolabilidade da vida privada é regulada no art. 21. Na verdade, a inviolabilidade desse direito já havia sido reconhecida na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, inciso X) antes do advento do Código Civil de 2002. Assim, a Constituição determina serem “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. O código também prevê que, a pedido do interessado, caberá ao magistrado tomar as medidas que achar convenientes para impedir ou fazer cessar os atos atentatórios a esse direito. O magistrado poderá fazer uso de medida cautelar, antecipação de tutela e aplicação de multa no caso de descumprimento de qualquer medida. Embora a demonstração do dano, no caso de violação ao direito de privacidade, seja muitas vezes de difícil comprovação, a responsabilidade civil é meio de que o juiz deve fazer uso na tutela desse direito.

Dessa forma, o regramento dos direitos da personalidade, em capítulo específico, representou uma das principais mudanças trazidas pelo Código Civil de 2002, que passou a se coadunar com a Constituição de 1988 e com seus princípios e valores alicerçados na dignidade da pessoa humana, fim maior de todo direito da personalidade.

#### **4 Direitos da personalidade na legislação ordinária brasileira**

A tutela jurídica dos direitos da personalidade não se restringe apenas à

---

<sup>47</sup> DONEDA, Danilo. *Op. Cit.*, p. 88.

Constituição de 1988, nem tampouco ao Código Civil de 2002. Outros diplomas legais cuidam da proteção a esses direitos, dentre os quais se destacam a Lei n. 9.434/1997 (Lei de Transplante de Órgãos), a Lei n. 9.610/1998 (Lei de Direitos Autorais), a Lei n. 9.279/1996 (Lei de Propriedade Intelectual), a Lei n. 11.105/2005 (Lei de Biossegurança) e a Lei n. 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos). Além desses diplomas, é possível citar o Código Penal brasileiro, que, em diversos dispositivos, procura reprimir atos atentatórios contra os direitos da personalidade, como o direito à vida (arts. 121, 122, 123, 124 a 128), à honra (arts. 138 a 140), à integridade física (art. 129), à saúde (arts. 130 a 136), à liberdade (arts. 146, 148 e 149), ao sentimento religioso (art. 208) etc. Também é importante fazer menção às seguintes resoluções: Resolução n. 1.358/1992, do Conselho Federal de Medicina (que determina normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida), Resolução n. 196/1996, do Conselho Nacional de Saúde (que regulamenta as pesquisas envolvendo seres humanos), e a Resolução n. 1.652/2002, também do Conselho Federal de Medicina (que dispõe sobre a cirurgia transexual).

A Lei n. 9.434/1997 permite a doação – em vida ou após a morte “ de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, para fins de transplante e tratamento. Entretanto, para a referida lei, não estão incluídos nesse rol de tecidos humanos o sangue, o esperma e o óvulo. Embora o sangue não possa ser objeto de comercialização, e sua doação dependa de ato solidário do doador, não é considerado órgão humano, recebendo regulação específica na Lei n. 7.649/1988 (que dispõe sobre os bancos de sangue) e na Lei n. 8.974/1995 (que trata do cadastramento dos doadores e prevenção de contágio por transfusão de sangue). A doação de óvulo e esperma humanos é regulada pelo Código Civil, que reconhece a inseminação artificial heteróloga, e pela Resolução n. 1.358/1992, do CFM, que estabelece normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida.

Com o objetivo de garantir a integridade física do doador e receptor, a lei exige que sejam realizados testes de triagem para diagnóstico de infecção e infestação, antes do efetivo transplante. A preocupação com a tutela ao corpo humano traz na lei, também, a exigência de que – antes do transplante “ haja autorização expressa do doador ou, após a sua morte, dos seus representantes legais. A lei, de igual modo, procurou defender a integridade do corpo de pessoa morta, ao proibir a remoção de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoas mortas não identificadas.

Somente é admitida a doação *post mortem* mediante a comprovação de morte encefálica, que pressupõe o encerramento da vida quando do término dos sinais neurológicos. Para a comprovação da morte encefálica, a lei exige que a constatação seja realizada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante. A doação em vida só poderá ocorrer quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, de tecidos ou partes do corpo, cuja retirada não comprometa o organismo do doador e o impeça de continuar vivendo. Quando a doação *in vivo* se der entre estranhos, há necessidade de autorização judicial para o transplante. A autorização é dispensada quando a doação ocorrer entre

cônjuges e parentes consanguíneos até o 4º grau, ou quando se tratar de doação de medula óssea. O doador juridicamente incapaz, desde que disponha de saúde e capacidade imunológica comprovada, poderá fazer doação para o transplante de medula óssea, mediante autorização judicial e consentimento de ambos os pais ou responsáveis legais. Com o intuito de fazer prevalecer a autonomia corporal do indivíduo, há exigência legal de que o transplante ou enxerto só ocorram com o consentimento expresso do doador.

É defeso à gestante fazer doação de órgãos ou partes do corpo, exceto quando se tratar de transplante de medula óssea, e o procedimento não acarretar nenhum dano à sua saúde ou à do feto. É garantida à gestante, também, a doação voluntária de sangue do cordão umbilical e placenta.

Por fim, a lei proíbe a veiculação, por qualquer meio de comunicação, de propaganda que possa, de alguma forma, interferir na livre vontade do doador ou receptor, para o fim de fazer prevalecer a liberdade de decisão e autonomia corporal do indivíduo. Somente os órgãos de gestão do Sistema Único de Saúde estão autorizados a fazer campanhas e publicidade para estimular a doação de órgãos.

Convém, numa última e breve análise da Lei de Transplante de Órgãos, identificar algumas omissões cometidas pela Lei n. 9.434/1997. Gediel (2000)<sup>48</sup>, no tocante ao assunto, aponta três questões muito interessantes: a primeira, relacionada à possibilidade de utilização, para fins terapêuticos, de embriões e fetos mortos; a segunda, relativa ao uso, também para fins terapêuticos, de elementos corporais de anencéfalos; e a terceira, que diz respeito à disposição de órgãos de doadores animais para o transplante em humanos (modalidade denominada hetero ou xenotransplante). O silêncio do legislador no tocante a esses assuntos leva-nos a crer que, talvez, não tivesse preparado para enfrentar essas e outras questões igualmente polêmicas. Entretanto, a evolução constante das ciências biotecnológicas exige que matérias tão controversas sejam reguladas, sob pena de se terem, cada vez mais, violados os direitos da personalidade.

Questão que gerou bastante celeuma no ordenamento jurídico brasileiro foi a entrada em vigor da Lei n. 11.105/2005 (denominada nova Lei de Biossegurança). Elaborada, inicialmente, para tratar apenas dos organismos geneticamente modificados (OGM) e seus derivados, a lei incluiu um único artigo que cuida de assunto totalmente alheio à manipulação e pesquisa de organismos geneticamente modificados: o uso de células embrionárias humanas em pesquisas científicas. Em seu art. 5º, a lei permite que, para fins de pesquisa científica e terapia, sejam utilizadas células-tronco embrionárias humanas obtidas de embriões humanos que tenham sido produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no procedimento. O resultado disso foi o questionamento da constitucionalidade da lei perante o Supremo Tribunal Federal. De acordo com o ex-procurador-geral da República Cláudio Fonteles, o dispositivo legal questionado atentava contra os princípios basilares da vida e dignidade da pessoa humana.

---

<sup>48</sup> GEDIEL, José Antônio Peres. *Os Transplantes de Órgãos e a Invenção Moderna do Corpo*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000, p. 126-129.

Uma mobilização nacional, contra e a favor da utilização de células embrionárias em pesquisas, incursionada dentro do Supremo, aconteceu. Após uma série de debates, o STF decidiu, por maioria de votos, pela constitucionalidade da lei, e o uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas virou, definitivamente, uma realidade para a sociedade brasileira.

Como se pôde perceber, o nosso ordenamento jurídico conta com diversificados instrumentos normativos que têm por fim garantir a todos os indivíduos a devida proteção aos seus direitos da personalidade. Entretanto, como demonstrado, há ainda um longo caminho a ser percorrido pelo legislador pátrio na efetivação dos direitos da personalidade, já que a rapidez das inovações biomédicas e biotecnológicas não tem permitido ao legislador acompanhar, no mesmo ritmo, toda essa evolução. E, por consequência disso, nosso sistema carece de leis capazes de, efetivamente, reprimir os atos atentatórios aos direitos da personalidade.

### **5 O início da vida, alcance e repercussões**

A preocupação em determinar o momento exato em que se dá início a vida humana tem sido objeto de discussão de inúmeros juristas, filósofos, religiosos, cientistas etc. No intuito de tentar definir os primeiros sinais de surgimento do ser humano, várias teorias foram criadas, que ora são marcadas por um determinismo biológico, ora se sustentam em argumentos de ordem religiosa ou filosófica.

Aristóteles (2007)<sup>49</sup>, por exemplo, acreditava ser a existência humana estabelecida com o tempo, à medida que a matéria contida no útero da mulher se transformasse em um ser com caracteres humanos e dotado de alma.

Seguindo a teoria aristotélica, Santo Tomás de Aquino (2001)<sup>50</sup>, no século XIII, de igual modo condicionava a existência humana à presença de alma, afirmando que, nos primeiros estágios de gravidez, há ausência de uma alma racional humana. Assim sendo, para Tomás de Aquino, o corpo não poderia existir sem a alma, assim como a alma não poderia ter sua existência plena na ausência de corpo, já que é através do corpo que a alma se instrumentaliza.

Com o passar do tempo, a evolução das ciências biológicas contribuiu para a adaptação de antigos discursos ontológicos às realidades científicas atuais. Prova disso é a utilização pela Igreja Católica da teoria concepcionista de inauguração da vida, que determina ter início a vida de um novo ser humano com a fecundação, momento em que a alma passa a integrar esse ser<sup>51</sup>.

Tendo como marco inicial a fertilização (que consiste no encontro do espermatozóide com o óvulo), a tese genética propõe que, a partir da fecundação, uma nova estrutura celular é formada contendo código genético próprio<sup>52</sup>. Percebe-se aí a importância que se dá ao genoma na caracterização da individualidade do

---

<sup>49</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2007.

<sup>50</sup> TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*. I, q.2, pról.

<sup>51</sup> LUNA, Naara. *A personalização do embrião humano: da transcendência na biologia*. p. 426.

<sup>52</sup> CESARINO, Letícia. 2006. *Acendendo as luzes da ciência para iluminar o caminho do progresso: uma análise simétrica da Lei de Biossegurança Brasileira*. p. 149.

ser humano. O ente concebido passa a ser único porque composto de uma identidade genética própria, excepcional, que o distingue dos demais.

Levando em conta a mesma argumentação da morte cerebral (ou encefálica), a tese neurológica preconiza que a vida também só teria início com o surgimento das primeiras estruturas nervosas, entre a 8ª e 20ª semana de gravidez. Na 8ª semana, começam a surgir as primeiras terminações nervosas que vão dar origem ao sistema nervoso central. E, na 20ª semana, a formação do sistema nervoso central se completa<sup>53</sup>. Nota-se que a idéia de vincular a presença de cérebro à existência de vida pode estar ligada à concepção de que a racionalidade, atributo da natureza humana, depende essencialmente do desenvolvimento do sistema nervoso central. A tese neurológica parece ser uma evolução da teoria de Tomás de Aquino que, como visto anteriormente, da mesma forma condicionava o início da vida à presença de uma *alma racional humana*, dando ênfase à racionalidade, característica que nos difere de outros seres deste Planeta.

Na tese embriológica, o início da vida se daria a partir do 14º dia de gestação, instante em que se completa o processo de nidação (fase em que o embrião se fixa na parede do útero) e de formação da linha primitiva (responsável por dar origem à coluna vertebral). Nessa fase, o embrião apresenta uma estrutura propriamente individual, já não podendo diferenciar-se em dois ou mais indivíduos, nem tampouco fundir-se a outro embrião. Somado a isso, ainda há o fato de o embrião já se distinguir das demais células que compõem os anexos embrionários (como cordão umbilical, placenta etc.)<sup>54</sup>.

A tese ecológica sustenta que a vida humana só teria início entre a 20ª e 24ª semana de gestação, momento no qual os pulmões atingem a plena maturação. A partir desse estágio de desenvolvimento, o feto teria condições de sobreviver, autonomamente, fora do útero da mãe. Foi utilizando-se, fundamentalmente, da tese ecológica que a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu por legalizar o aborto<sup>55</sup>.

Outra tese que também procura fundamentar o início da vida em argumentos biológicos é a gradualista. Para essa teoria, no entanto, não existe um momento exato em que a vida se pode dar por iniciada, posto ser o processo biológico contínuo, e a vida humana concebida como um ciclo<sup>56</sup>.

No debate acerca do surgimento da pessoa humana, por exemplo, há os que consideram o embrião humano como indivíduo (pessoa) e aqueles que o classificam apenas como material celular<sup>57</sup>. O impasse acerca da definição de um estatuto do embrião faz com que alguns afirmem caber à sociedade, de maneira arbitrária, a determinação desses direitos<sup>58</sup>.

---

<sup>53</sup> CESARINO, Leticia da Nóbrega. *Nas fronteiras do "humano": os debates britânico e brasileiro sobre a pesquisa com embriões*. p.365.

<sup>54</sup> *Ibid.*, mesma página.

<sup>55</sup> *Ibid.*, mesma página.

<sup>56</sup> CESARINO, Leticia. 2006. *Acendendo as luzes da ciência para iluminar o caminho do progresso: uma análise simétrica da Lei de Biossegurança Brasileira*. p. 149.

<sup>57</sup> *Ibid.*, mesma página.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 418.

Conforme se viu no primeiro item deste trabalho, o surgimento da personalidade, assim como da pessoa humana (o que implica dizer o instante em que esse indivíduo passará a ter os seus direitos tutelados), transmuda-se de acordo com o momento histórico e com as transformações sociais.

Observou-se, então, que foi a partir do Cristianismo, com seus ideais de amor e igualdade, que o homem passou a ser considerado sujeito de valores, contribuindo, desse modo, para o surgimento do princípio maior da dignidade da pessoa humana<sup>59</sup>. Dessa forma, na Idade Média, ainda sob influência do Cristianismo, o ser humano ganha individualidade e passa a ser o âmago das questões éticas, filosóficas e jurídicas da época<sup>60</sup>. Com o Iluminismo e a Revolução Francesa, o individualismo era baseado na ideia de uma igualdade natural entre todos os seres humanos, já que a essência do ser humano em todos existe<sup>61</sup>.

Por meio da análise das teorias acerca do início da vida, percebe-se que a vida humana tende a, cada vez mais, se fundamentar em traços físicos ou biológicos, como aqui se viu nas teses genética, neurológica, embriológica, ecológica etc. Mesmo nos discursos religiosos, a ideia de que a essência humana poderia ser encontrada na biologia tem-se tornado cada vez mais evidente. E isso acontece porque, com o desenvolvimento acentuado das ciências biológicas a partir do século XX, a apelação às bases naturais tem como propósito atribuir maior certeza à argumentação.

## **6 Ambientes extrauterinos: vida, viabilidade e sua proteção**

As tecnologias reprodutivas (também denominadas técnicas de reprodução assistida) consistem em procedimentos da medicina de reprodução humana, cujo objetivo é substituir a concepção realizada por meio do ato sexual<sup>62</sup>.

Na reprodução humana assistida, estão incluídos todos os métodos que têm por fim a manipulação laboratorial de ovócitos e espermatozoides. Sua finalidade primordial é possibilitar que casais estéreis ou inférteis consigam ter filhos.

Por meio da reprodução assistida, consegue-se unir, artificialmente, gametas feminino e masculino, dando origem a um embrião. A fecundação poderá acontecer *in vivo* ou *in vitro*, pelos métodos GIFT (*Gametha Intra Fallopian*) e ZIFT (*Zibot Intra Fallopian Transfer*)<sup>63</sup>.

Na fertilização *in vivo*, na qual se utiliza o método GIFT, há apenas a introdução do sêmen na mulher, sem que haja qualquer manipulação externa do óvulo ou embrião. Ao contrário do que ocorre no GIFT, no método ZIFT, que ocorrerá quando a fertilização for *in vitro* (FIV), o óvulo é retirado para ser fecundado, na proveta, com sêmen. Depois de fecundado o óvulo, o embrião poderá ser introduzido no útero<sup>64</sup>.

---

<sup>59</sup> CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. *O Direito Geral de Personalidade*. p. 56.

<sup>60</sup> TOBEÑAS, Juan Castan. *Los Derechos del Hombre*. Madrid: Editora Reus, 1969.

<sup>61</sup> SIMMEL, Georg. *On individuality and social forms*. Chicago: University of Chicago Press.

<sup>62</sup> LUNA, Naara. *Natureza humana criada em laboratório: biologização e genitização do parentesco nas novas tecnologias reprodutivas*. p. 396.

<sup>63</sup> MONTENEGRO, Rezende. *Obstetrícia Fundamental*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan S.A., 1999.

<sup>64</sup> DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. p.476.

De acordo com a proveniência dos gametas doados para a fertilização, a inseminação artificial poderá ser homóloga ou heteróloga. A homóloga ocorrerá quando a fertilização se der com óvulo ou sêmen do casal. Se, ao contrário, for utilizado na fecundação espermatozoide ou óvulo de terceiro doador, a fertilização será heretóloga<sup>65</sup>.

Técnicos recomendam a geração de pelo menos quatro embriões a serem implantados no útero. Entretanto, a fim de que se possa garantir o sucesso do procedimento, são criados embriões em excesso. Esses embriões excedentes são congelados (criopreservados) em cilindros de nitrogênio para que possam, no futuro, ser novamente utilizados em caso de insucesso na primeira implantação. Normalmente, a maioria dos casais que gera esses embriões excedentes não retorna para realizar nova implantação<sup>66</sup>.

Como óvulo é fecundado com sêmen, na proveta, para depois ser introduzido no útero, essa manipulação externa de gametas (óvulo e esperma), na fertilização *in vitro* (FIV), gera a possibilidade de que determinadas características do indivíduo por nascer sejam predeterminadas. Para se ter ideia de como isso pode ser feito, uma técnica desenvolvida no Japão já permite a seleção do sexo da criança, com 80 a 85 por cento de acerto. A técnica consiste em misturar o sêmen a uma substância e centrifugá-lo. Dessa forma, os espermatozoides que carregam o cromossomo feminino (X), por serem mais densos do que os espermatozoides com cromossomo Y, concentram-se no fundo, enquanto os de cromossomo Y tendem a permanecer na superfície<sup>67</sup>.

A fertilização *in vitro* tem sido muito criticada por estudiosos que acreditam que técnicas como essa intervêm na ordem natural da procriação. A preocupação é ainda maior com a fertilização *in vitro* com transferência de embriões (FIVETE), já que essa modalidade de fecundação poderia ensejar a clonagem de embriões.

Com o advento das técnicas de reprodução assistida, mais especificamente a FIV, surge então uma nova categoria de indivíduo: o pré-embrião (também denominado embrião extracorporal ou embrião pré-implantado). E, juntamente com o despontamento dessa nova categoria de indivíduo, uma infinidade de questões, de ordem ética e jurídica, igualmente surgiu. Tania Salem (1997, p.16)<sup>68</sup> reúne muito bem essas questões:

[...] Se é inegável que os debates sobre o embrião *in utero* e o *ex utero* suscitam dilemas coincidentes, e podem ter importantes repercussões entre si, é impossível deixar de reconhecer que nos defrontamos também com um cenário e interrogações de fato inusitados. Assim é que, ao lado de questões que dizem respeito ao embrião contido por um corpo feminino,

---

<sup>65</sup> Ibid., mesma página.

<sup>66</sup> LUNA, Naara. *A personalização do embrião humano: da transcendência na biologia*. p. 413.

<sup>67</sup> Ibid., p.498.

<sup>68</sup> SALEM, Tania. 1997. *As novas tecnologias reprodutivas: o estatuto do embrião e a noção de pessoa*. In: Mana. Estudos de Antropologia Social, vol. 3. n.1. p. 76.

se agregam outras indagações: se, de um ponto de vista técnico, o embrião extracorporal pode ser congelado por tempo indeterminado, qual o limite de tempo socialmente tolerado para sua manutenção nesse estado? O que fazer com os embriões ditos “excedentes” e com os milhares dos chamados “embriões-órfãos” que não estão sendo reclamados por seus genitores? É legítimo implantar embriões em um útero após a morte de um dos cônjuges? Como resolver eventuais disputas sobre a sorte de embriões congelados que podem emergir entre os genitores, ou entre estes e o corpo médico? Quem, afinal, tem autoridade para falar em seu nome ou para decidir sobre seu destino? **E, mais importante para meu presente propósito: que tipo de manipulações podem ser realizadas em embriões extracorporais? É eticamente admissível criá-los em laboratório visando seu uso exclusivamente para fins de pesquisa?**

(Os grifos não são do original)

Diante desses questionamentos, torna-se evidente o quão importante é a definição de um estatuto do embrião para solucionar essas questões. Definir um estatuto do embrião humano significa, então, fixar parâmetros (sejam eles físicos, biológicos, jurídicos ou morais) que possibilitem determinar em que momento esse novo ser passará a ter sua vida e seus direitos resguardados e, além disso, se é lícita ou, ao menos, tolerável a sua utilização em pesquisas científicas.

Assim, convém analisar como o legislador pátrio procurou tutelar a vida humana, bem como o embrião extracorporal humano. De início, é importante frisar que, sendo os preceitos de nosso ordenamento jurídico inspirados, em sua grande parte, no Direito Canônico, a vida é resguardada desde a concepção. E, embora o início da personalidade civil dependa do nascimento com vida (art. 2º do Código Civil), os direitos do nascituro são tutelados a partir da concepção.

Limongi França define o nascituro como sendo aquele que, já concebido no ventre materno, está por nascer<sup>69</sup>. Sendo assim, ainda que não tenha adquirido personalidade civil, ao nascituro são resguardados os direitos personalíssimos (como a vida, a integridade etc.).

Entretanto, quando se trata, especificamente, de um estatuto do embrião humano extracorporal, nosso ordenamento jurídico é silente. Por esse motivo, alguns juristas, como Sergio Abdalia Semião<sup>70</sup>, sustentam que o embrião extracorporal, criopreservado em laboratório, não pode, juridicamente, ser considerado pessoa humana, nem tampouco ter seus direitos tutelados.

Silmara Almeida defende que a nidação (momento em que o ovo fecundado se fixa na parede uterina) é crucial para o surgimento do nascituro. Portanto, ao embrião extracorporal proveniente de FIV não se pode atribuir a categoria de nascituro, uma vez que a gravidez (implantação do embrião no ventre materno)

---

<sup>69</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de Direito Civil*. p.48.

<sup>70</sup> SEMIÃO, Sergio Abdalia. *Os Direitos do Nascituro – Aspectos Cíveis, Criminais e do Biodireito*. p. 177.

seria condição pré-existente ao surgimento do nascituro. Para a jurista, por mais que a FIV tenha dado início à vida, a possibilidade de o embrião vir a se desenvolver fora do útero é totalmente nula<sup>71</sup>.

Por outro lado, há doutrinadores que preconizam que a proteção jurídica à vida humana se deve estender a qualquer de suas formas (embrião, zigoto, nascituro etc.). Assim define Pablo Stolze (2006, p. 83)<sup>72</sup> ser favorável “à ampla proteção do embrião concebido *in vitro*, uma vez que não reputamos justo haver diferença de tratamento em face do nascituro pelo simples fato de este ter-se desenvolvido intrauterinamente”.

Embora não faça menção específica à tutela do embrião extracorporal, o Código Civil brasileiro, em seu artigo 1.597, reconhece a FIV, ao determinar que se presumem concebidos, na constância da sociedade conjugal, os filhos provindos de inseminação artificial (homóloga ou heteróloga).

No entanto, diante da complexidade ética e jurídica que envolve a utilização das técnicas de reprodução humana, é cada vez mais imperiosa a promulgação de legislação específica que venha a regulamentar essas técnicas.

O ordenamento jurídico brasileiro só conta, atualmente, com a Resolução n. 1.358, do CFM, editada em 1992, que estabelece normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. A resolução também prevê a possibilidade de que clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de reprodução humana possam criopreservar espermatozoides, óvulos e pré-embriões. Ainda segundo a resolução, os pré-embriões criopreservados terão seu destino determinado segundo a vontade de seus genitores, em caso de divórcio, doenças graves, falecimento de um ou ambos os cônjuges ou companheiros, ou quando desejarem doá—los. Muito embora a Resolução n. 1.358 não tenha a força normativa de lei, ela continua sendo o mais importante instrumento na regulação das técnicas de reprodução humana.

Com relação à pesquisa envolvendo seres humanos, a Resolução n. 196, de 10 de outubro de 1996, do Conselho Nacional de Saúde (CNS), propõe algumas diretrizes e normas regulamentadoras. Por meio da Resolução n. 303, de 06 de julho de 2000, o CNS regulamentou a Resolução n. 196/96 para tratar de alguns temas por ela não vislumbrados, dentre os quais se destacam a pesquisa em reprodução humana e a manipulação de gametas, pré-embriões, embriões e feto.

Por fim, a nova Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105/2005), de 24 de março de 2005, passou a regulamentar a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por FIV, para fins de pesquisa e terapia. A fim de que possam ser utilizados em pesquisa, é necessário o preenchimento de duas condições: a) que os embriões sejam considerados inviáveis, ou seja, incapazes de serem fecundados; b) que os embriões estejam congelados há 3 anos ou mais. Como anteriormente mencionado, a Lei n. 11.105/2005 foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3.510-0/DF), promovida pelo o ex-procurador-geral da

---

<sup>71</sup> ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. *Tutela Civil do Nascituro*. p. 11.

<sup>72</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, v.1.

República Cláudio Fonteles, que contestou o artigo 5º da Lei. No entanto, como já visto, em unânime decisão o STF declarou a lei constitucional.

A possibilidade de a vida humana vir a ser concebida fora do corpo, por meio das técnicas de reprodução humana assistida, trouxe consigo uma série implicações éticas e jurídicas, que estão longe de chegar ao fim. Embora exista, no Código Civil, a tentativa de tutela à integridade do nascituro desde a sua concepção, o sistema jurídico pátrio carece de legislação adequada que consiga proteger o embrião humano extracorporal e regular adequadamente as técnicas de reprodução humana assistida, já que a Resolução n. 1.358/1992, do Conselho Federal de Medicina, e a Resolução n. 196/1996, do Conselho Nacional de Saúde não possuem o condão de fazer valer os seus mandamentos, já que carecem da imperatividade jurídica própria de lei.

### **Considerações finais**

A tentativa de delimitação dos direitos da personalidade pelo ordenamento jurídico tem por fim assegurar a todos os indivíduos a efetiva tutela desses direitos. Mas, ainda que se procure estabelecer um rol para os direitos da personalidade, ele nunca será taxativo. A evolução histórica dos direitos da personalidade demonstrou que, ao surgimento de novas necessidades humanas, novos direitos eram reconhecidos e salvaguardados.

O desenvolvimento da ciência, da medicina e da biotecnologia fez com que a humanidade tivesse de encarar novos desafios e fazer novas escolhas. Por isso, ainda que se pretenda positivar todos os direitos, o homem não terá condições de prever todos os resultados advindos dessa constante transformação. Daí porque os direitos da personalidade não são, como visto, regulados em um único diploma legal e nem, tampouco, merecem ser exaustivos.

Embora se reconheça a existência de um número mínimo de direitos que mereçam a tutela do Estado e do Direito, é essa elasticidade conferida aos direitos da personalidade que permite a análise acerca da natureza de uma série de questões controvertidas – e jamais prevista pela Humanidade – entre as quais se inclui a vida concebida fora do útero e o embrião humano extracorporal procedente dessa concepção.

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. *Tutela Civil do Nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2007.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil* “ Introdução. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AQUINO, Rubim Santos Leão de. et. al. *História das Sociedades: das sociedades modernas às sociedades atuais*. 26 ed. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1993.

ARRUDA, José Jobson de A. *História Antiga e Medieval*. 18 ed. São Paulo: Ática, 1996.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Pessoa, direitos fundamentais e direitos da personalidade *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 26, p. 46-66, abril-junho 2006.

BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1993. 3 v.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CATÃO, Marconi de Ó. *Biodireito: transplante de órgãos humanos e direitos de personalidade*. São Paulo: Madras, 2004.

CESARINO, Leticia da Nóbrega. Nas fronteiras do “humano”: os debates britânico e brasileiro sobre a pesquisa com embriões. *Mana*, 13 v., n. 2, p. 347-380, out 2007.

\_\_\_\_\_. *Acendendo as luzes da ciência para iluminar o caminho do progresso: uma análise simétrica da Lei de Biossegurança Brasileira*. Dissertação de mestrado: Universidade de Brasília, 2006.

COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga: estudo sobre o Culto, o Direito, as Instituições da Grécia e de Roma*. São Paulo: Hemus, 1975.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano VI, n. 6, Campos, 71-99, junho 2005.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 3 ed. Curitiba: Positivo, 2004.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de Direito Civil*. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 1 v.

GEDIEL, José Antônio Peres. *Os Transplantes de Órgãos e a Invenção Moderna do Corpo*. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LEITE, Rita de Cássia Curvo. *Transplantes de Órgãos e tecidos e Direitos da Personalidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. 1 v.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990

MONTENEGRO, Rezende. *Obstetrícia Fundamental*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan S.A., 1999.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PINTO, Carlos Mota. *Direito das Obrigações*. Coimbra; Coimbra Editora, 1973.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Parte Geral. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 1 v.

SALEM, Tania. 1997. *As novas tecnologias reprodutivas: o estatuto do embrião e a noção de pessoa*. Mana. Estudos de Antropologia Social, vol. 3. n.1. p. 75-94.

SEMIÃO, Sergio Abdalia. *Os Direitos do Nascituro – Aspectos Civis, Criminais e do Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica Vol. I*. São Paulo: Loyola, 2001.

