



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

HONORINA FERNANDES NOGUEIRA NETA

REFLEXOS JURÍDICOS DO DIREITO À VIDA NA
PERSPECTIVA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

SOUSA - PB
2007

HONORINA FERNANDES NOGUEIRA NETA

REFLEXOS JURÍDICOS DO DIREITO À VIDA NA
PERSPECTIVA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Ma. Geórgia Graziela Aragão de Abrantes.

SOUSA - PB
2007



N778r Nogueira Neta, Honorina Fernandes.
Reflexos jurídicos do direito à vida na perspectiva dos direitos da
personalidade. / Honorina Fernandes Nogueira Neta. - Sousa- PB:
[s.n], 2007.

68 f.

Orientadora: Profª. Ma. Geógia Graziela Aragão de Abrantes.

Monografia - Universidade Federal de Campina Grande; Centro
de Formação de Professores; Curso de Bacharelado em Ciências
Jurídicas e Sociais - Direito.

1. Direito à vida. 2. Direitos da personalidade. 3. Direitos
fundamentais. 4. Dignidade da pessoa humana. 5. Nascituro. 6.
Personalidade natural. I. Abrantes, Geógia Graziela Aragão de. II.
Título.

CDU: 342.7(043.1)

Elaboração da Ficha Catalográfica:

Johnny Rodrigues Barbosa
Bibliotecário-Documentalista
CRB-15/626

HONORINA FERNANDES NOGUEIRA NETA

REFLEXOS JURÍDICOS DO DIREITO À VIDA NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS DA
PERSONALIDADE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da
Universidade Federal de Campina Grande como pré-
requisito para a obtenção do título de bacharel em
Direito.

Aprovada em: 12 de dezembro de 2007.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof^ª. Geórgia Graziela Aragão de Abrantes
Orientadora

Examinador (a)

Examinador (a)

Esse estudo é dedicado ao meu esposo e aos meus filhos que contribuíram de maneira ímpar para o meu engrandecimento pessoal, tendo em vista a dedicação, paciência e atenção desprendida por eles, através do que consegui vencer este difícil percurso e sair ileso, sempre em busca do sucesso.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradecer a Deus, por ter me dado à força necessária para não fraquejar diante de tantos obstáculos apresentados nesse longo caminho, pois quem Nele confia não terá arrependimentos.

Ao meu esposo adorado Perilo pela compreensão e auxílio em todos os momentos vividos. Sou imensamente grata pelos seus ensinamentos e companheirismo. Obrigada por você existir, pois sem você não conseguiria alcançar meus objetivos.

Aos meus filhos Iara Neta e Perilo Filho que, apesar de pequenos, foram grandes lições de ternura e compreensão, principalmente nos momentos em que fui ausente.

À minha mãe Marilene e ao meu pai Agapito que me ensinaram a ser uma pessoa honesta e justa, através de lições e ações cotidianas de pessoas retilíneas.

Aos meus irmãos, Júnior, Cristóvão e Isabel que compartilharam comigo as lições oferecidas pelos nossos pais, tendo obtido êxito com os seus quatro filhos.

À minha amiga Laura que, na hora mais turbulenta desse percurso, soube oferecer ajuda e trazer votos de estima e afeto.

À Cristina, Marta, Adiles e Gilmar que tão bem me acolheram em sua terra natal e demonstraram reais laços de amizade todo tempo.

À minha orientadora, Geórgia Graziela Aragão Abrantes, que trouxe harmonia e sapiência no transcurso deste trabalho, fazendo com que momentos de extrema ansiedade fossem encarados como rotineiros e benéficos para a aprendizagem.

Para encerrar, aos colegas de turma e aos meus professores, pelo companheirismo, sorrisos e aprendizado conjuntos.

“A própria vida é o mais alto precioso de todos os tesouros do universo. Mesmo os tesouros do universo inteiro não podem igualar ao valor de uma única vida humana. A vida é como uma chama, e o alimento como o óleo que lhe permite queimar”.

(Nitiren Daishonin).

RESUMO

Desde os primórdios da civilização humana, a questão da origem da vida é objeto de controvérsias. O direito à vida é um direito fundamental do ser humano, pois sem vida, não será possível falar em qualquer outro valor ou bem jurídico, nem mesmo os direitos da personalidade. O direito à vida não compreende somente o conceito de existência, mas de dignidade, de plenitude no exercício deste direito, conjugado a fatores sociais e humanos mais abrangentes que a personalidade. Por esta razão, todas as pessoas possuem o direito à vida, isto é, o direito individual de ter uma vida plena e digna, sendo resguardados seus valores e necessidades. Os direitos da personalidade são absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis. Desde a concepção, o nascituro tem direito a dignidade humana, que deve igualmente ser reconhecida, respeitada e protegida. O objetivo do estudo em tela é mostrar o início da vida para o Direito, elucidando as conseqüências no âmbito jurídico, inclusive sanções públicas e privadas da transgressão deste direito. Para tal, foi utilizada uma interpretação da origem da vida científica, religiosa, filosófica e jurídica. Desta forma, o direito a vida é o direito primordial, pois a vida se inicia no momento da concepção e só a partir daí é que surgem os direitos inerentes à personalidade. A posição dos direitos da personalidade é fundamental na estrutura do direito civil contemporâneo, voltado à realização dos valores constitucionais. Pode-se até mesmo dizer que eles garantem a coerência e a democracia do sistema de direito civil.

Palavras-chave: Origem da vida. Personalidade. Dignidade humana. Direito à vida.

ABSTRACT

From the origins of the human civilization, the subject of the origin of the life is object of controversies. The right to the life is a fundamental right of the human being, because without life, it won't be possible to speak in any other value or very juridical, not even the rights of the personality. The right to the life doesn't understand only the existence concept, but dignity, of fullness in the exercise of this right, conjugated to social and human factors including than the personality. For this reason, all of the people possess the right to the life, that is, the individual right of having a full and worthy life, being protected their values and needs. The rights of the personality are absolute, no transmissible, unavailable, you didn't resign, limitless, no prescriptive, you didn't pawn and no expropriates. From the conception, the fetor is entitled the human dignity, that equally it should be recognized, respected and protected. The objective of the study in screen is to show the beginning of the life for the Right, elucidating the consequences in the juridical extent, besides public and private sanctions of the transgression of this right. For such, an interpretation of the origin of the scientific life, religious person, was used philosophical and juridical. This way, the right the life is the primordial right, because the life begins in the moment of the conception and only since then it is that the inherent rights appear to the personality. The position of the rights of the personality is fundamental in the structure of the contemporary civil law, returned to the accomplishment of the constitutional values. Her can even saying that they guarantee the coherence and the democracy of the civil law system.

Word-key: Origin of the life. Personality. Human dignity. Right to the life.

SUMÁRIO

RESUMO.....	06
ABSTRACT.....	07
INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1 ORIGEM DA VIDA	12
1.1 Aspectos gerais	12
1.2 Nascituro	15
1.2.1 Conceito	15
1.2.2 Condição de nascituro e conseqüências jurídicas	17
1.2.3 Direito comparado	20
1.2.4 Direito brasileiro	21
1.2.5 Eficácia antecipada e nascimento com vida	23
1.2.6 Vitalidade, viabilidade e salvaguarda dos direitos do nascituro	25
CAPÍTULO 2 DIREITOS DA PERSONALIDADE <i>der</i>	28
2.1 Perfil histórico.....	28
2.2 Aspectos gerais e conceito dos direitos da personalidade	31
2.3 Natureza jurídica	33
2.4 Caracteres essenciais dos direitos da personalidade	37
2.5 Os direitos da personalidade no direito brasileiro e no Código Civil de 2002	40
2.6 Começo e fim da personalidade	43
2.6.1 Início da personalidade natural <i>o ato de viver</i>	43
2.6.2 Fim da personalidade natural	45
2.7 Sanção	46
CAPÍTULO 3 DIREITO À VIDA	47
3.1 O direito à vida: aspectos gerais.....	47
3.2 O direito à vida como direito fundamental	50
3.2.1 Direitos fundamentais	50
3.2.2 Conceito e evolução dos direitos fundamentais	51
3.2.3 Igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana	53
3.3 O direito à vida digna na Constituição Federal de 1988	56
3.4 O direito à vida e os direitos da personalidade	60
CONSIDERAÇÕES FINAIS	63
REFERÊNCIAS	66

INTRODUÇÃO

O livro maior da fé Cristã, a Bíblia, definiu o momento que viria a ser um dos maiores mistérios de toda a humanidade, a origem da vida. Em Gênesis 2,7 diz: “E formou o SENHOR Deus o homem do pó da terra, e soprou em suas narinas o fôlego da vida; e o homem foi feito alma vivente”.

E por todos os períodos históricos que se seguiram à existência do ser humano sobre a terra, este tema tem sido objeto das mais diversas polêmicas e vem sendo enfrentado sob inúmeros ramos do conhecimento e paradigmas científicos e teológicos, seja no rumo das questões relativas à possibilidade jurídica da manipulação genética e utilização para fins medicinais das células-tronco, ou, noutro norte, dos grandes dogmas religiosos aos quais se contrapôs Darwin, sem que até hoje se tenha obtido um consenso absolutamente verdadeiro em quaisquer áreas do saber.

No campo do Direito, destes acirrados debates surgiram outros estudos, a exemplo do Código Civil Francês, que em seu *Livro Primeiro: Das pessoas*, dedicou-lhes os artigos 7.º ao 515, conferindo ao “ato de nascer” um caráter mais patrimonialista, definindo a pessoa e os seus direitos na esfera do território, unificando, de maneira definitiva, o modo de agir e pensar de um povo em relação aos seus usos e costumes em torno de uma lei que valesse para todos.

Fortemente influenciados pela tradução francesa conferida ao Código de Napoleão pelos pensadores alemães SAVIGNY, VON IHERING, JELLINECK, HANS Kelsen e outros, aos estudos em direito civil, o direito brasileiro trilhou pelos caminhos do conhecimento de PONTES DE MIRANDA e CLÓVIS BEVILÁQUA, dentre tantos, para o nascedouro do Código Civil de 1.916, adotando um conceito de vida relacionando o ato de nascer ao critério científico então vigente que definia os termos inicial e final da vida em função da atividade cerebral.

Mais adiante, a Constituição cidadã de 1988 inovou o ordenamento normativo

redimensionando o direito à vida além da esfera dos direitos da personalidade, do quais estes derivam, confrontando, em alguns tópicos, o raciocínio dominante que o pareava na seara civil, posto que a garantia constitucional à vida sobrepõe-se ao evento nascimento, retroagindo desde a gravidez à concepção.

O Código Civil de 2002 manteve-se inerte quando simplesmente tangencia o ponto nodal e assegura os direitos do nascituro, cuja proteção também se explicita nos Códigos Penal e Trabalhista, bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente, cada qual em sua abordagem própria, colhendo do avanço constitucional apenas temo atualizados no que pertine à igualdade entre os sexos.

A pesquisa científica ora desenvolvida sobressairá da interpretação de leis que regulam e versam sobre a matéria, utilizando doutrinas, códigos e artigos, ou seja, abordará o método exegético-jurídico. Com base na contradição interpretativa, na exegese e confronto de textos renomados sobre o assunto e na doutrina pertinente, buscar-se-á desenvolver a análise hermenêutica e criteriosa dos reflexos jurídicos do direito à vida na perspectiva dos direitos da personalidade, mostrando o posicionamento de vários doutrinadores em torno da problemática.

O capítulo inicial discorrerá acerca da origem da vida e aspectos relevantes relacionados à vida do nascituro, abordando o conceito, condição de nascituro, conseqüências jurídicas, direito comparado, direito brasileiro, eficácia antecipada, vitalidade, viabilidade e salvaguarda dos direitos do nascituro. A ênfase será feita em torno do direito à vida no âmbito dos direitos da personalidade.

O segundo capítulo mostrará a evolução histórica dos direitos da personalidade, descrevendo sobre suas origens e influências no mundo e no Brasil. Será um estudo direcionado à compreensão do tema, de forma que apresentará o conceito, natureza jurídica, características, começo e término da personalidade e sanções em caso de transgressão dos

direitos da personalidade. Todos os assuntos citados serão comentados segundo o entendimento de vários doutrinadores, vez que é a partir de análises e interpretações que surgem abordagens atuais e relevantes.

O terceiro capítulo versará sobre o direito à vida, enfatizando inicialmente os seus aspectos gerais. Dar-se-á destaque a relação existente entre o direito à vida e a dignidade humana, ambos assegurados pela Constituição Federal de 1988, porque o direito à vida vai além do direito da personalidade. Demonstrar-se-á o valor da dignidade humana para que seja concebido e associado ao real sentido do direito à vida, fazendo uma correlação dos direitos fundamentais com o direito à vida. E para finalizar, estabelecer-se-á uma relação direta do direito à vida e os direitos da personalidade.

Encerrar-se-á a discussão, pelo menos na seara desta atividade, abordando o Direito à Vida, como fator essencial ao surgimento de qualquer outro direito, inclusive os direitos da personalidade, tendo em vista que se fará uma análise na perspectiva interativa da definição da vida pela Constituição Federal e as implicações nos Códigos Civil e Penal por sua transgressão.

CAPÍTULO 1 ORIGEM DA VIDA

1.1 Aspectos gerais

Os tratados de Medicina continuam afirmando que a vida humana começa na união do óvulo e do espermatozóide. Da união dos gametas feminino e masculino, surgirão uma ou mais vidas que merecem desde o seu início o tratamento digno que deve ser conferido a toda a existência humana.

Especialistas em Medicina, Biologia, Genética e respectivas ciências afins apresentam sólidos argumentos em favor do início do ciclo vital de um indivíduo humano no instante da concepção, isto é, união do óvulo e do espermatozóide. O novo ser humano, unicelular, já tem o seu próprio código genético, o seu próprio genoma, resultante dessa fusão, diferente, porém do genoma do pai e do genoma da mãe, o qual permanecerá o mesmo, imutável, até o fim da sua vida, conferindo-lhe individualidade, o que quer dizer que ele é e sempre será idêntico a si mesmo e diferente de todos os demais.

O novo ser vivo tem início numa única célula, o zigoto, agora contendo as informações genéticas parentais que se fundiram – parearam, como se diz na genética. Informações estas agora definitivas, únicas e exclusivas, perenes por toda a vida do novo ser, do novo embrião. Sua existência pode durar 100 (cem) anos ou algumas horas, mas seu status genético permanecerá aquele desde o primeiro minuto de vida, após a fusão dos gametas. A cor de sua pele, de seus olhos, sua altura, predisposição para doenças, além de centenas de outras características, embora ainda escondidas, estão já decididas nesta única célula. São características que, aos poucos, no decorrer da gravidez, serão apenas desveladas e manifestas. A natureza não decide tais ou quais características neste ou naquele momento, nesta ou naquela semana da vida intra-uterina do embrião. Tudo está consumado por ocasião

da formação do zigoto. Não há qualquer argumento científico que possa justificar que este novo ser, por mais ínfimo e imperceptível, não pertença à espécie humana. No momento em que se consumou a fecundação, a espécie *homo sapiens* passa a contar com mais um membro. Mesmo que problemas externos agridas o desenvolvimento do embrião ou feto, aquele ser vivo continuará mantendo o vínculo à sua espécie.

Qualquer tese que negue o começo da existência na fecundação e o postergue para outro período da vida do feto, como, por exemplo, o momento do surgimento do sistema nervoso, incide em incongruências lógicas insuperáveis. Estão também nesse caso as teses que defendem como marco inicial da vida a divisão celular, a nidação ou o início da atividade cardíaca.

Qualquer dessas teorias, em última análise, ainda quando seus defensores não o admitam, incorre nos absurdos da negação da existência da paternidade ou na admissão da geração espontânea. Duas posições obviamente inaceitáveis.

Não admitindo que o embrião já é um novo homem desde a fecundação, restará afirmar que se trata de uma parte da mãe ou de um novo ser, mas não humano ainda. Na primeira hipótese, isto é, a do embrião como parte da mãe, – francamente desmentida pela genética – a vida surgiria ou da própria mãe, sem a contribuição masculina, já absorvida tempos atrás na formação desse órgão pertencente à mãe, ou por geração espontânea. A paternidade, nas duas situações, é claramente eliminada. Na segunda, a de tratar-se de um novo ser não-humano, as duas únicas possibilidades são as mesmas.

Mais graves são as teorias que, em clave sociológica ou culturalista, requerem para a caracterização da vida humana alguma manifestação, a seu ver, “típica”, como, por exemplo, um vagido, uma autonomia viável ou um claro ato da vontade. Aqui, atribui-se às correntes filosóficas de ocasião, a determinação do que ou de quem deve ou não ser considerado humano. Ao exigir, por exemplo, a viabilidade existencial ou um ato de vontade,

com que facilidade se poderia recusar, então, ao enfermo inconsciente ou em coma a condição de pessoa, de ser humano.

É preciso ter claro que as etapas e alterações que ocorrem com o embrião desde a sua origem, passando pela implantação, pelas seis semanas, três meses ou seis meses são meros estados de desenvolvimento e maturação de um ser vivo. Etapas que continuam após o nascimento e se concluem somente com a morte.

Mais do que nunca é preciso ater-se à realidade evidente de que o novo ser começa sua existência na fecundação, sob pena de se pôr em risco as bases da democracia e da sociedade. A dignidade é intrínseca a toda e qualquer vida humana. Cada pessoa é merecedora da mais profunda atitude de reverência, ainda que esteja impedida de exercer plenamente suas funções pelas circunstâncias em que se encontre: enfermidade, disfuncionalidade, miserabilidade, inconsciência, idade ou espera no ventre materno.

O tempo para o início da vida torna-se variável, de acordo com os interesses casuísticos do momento, sendo, por isso, convencionado, mas tendo sempre, como ponto de partida, a fecundação.

Pretende-se, por essa via, diluir o qualitativo do humano no tamanho do ser corpóreo, fugindo do fundamento ontológico da vida humana. Assim, todas as posições filosóficas e teológicas são amornadas, relativizadas, “castradas”, empurradas para o mundo individual e subjetivo, perdendo a força de suporte para os ordenamentos dessa sociedade.

Referência aos princípios de ato e potência, constitutivos de todo ser devem ser feitas. Ato é a parte atualizada do ser, desenvolvida, pronta, aperfeiçoada, que atingiria sua plenitude. Mas, a plenitude do ser é transformar em ato puro toda a sua potência, o que não acontece com os seres finitos. Potência é a parte do ser que já é em si, mas ainda não se atualizou, porque dependente de tempo, circunstâncias, motivações, maturidade, esforço, vontade. Essencialmente, a potência não será, uma vez que já é. Em nenhum momento da

vida, desde a fecundação até a morte natural, o ser humano passa a ser totalmente ato. Em momento algum o ser humano pode ser reduzido exclusivamente a se tornar só ato ou só potência. As características indeléveis de cada ser humano estão dadas em potência, na fecundação. Potência, significando a própria estrutura do ser, sendo já aquilo que se revelará ser mais tarde.

Quem ainda não existe, também não é potência. Não começamos a ser mais tarde, por alguma alquimia qualquer, nem por vontade de alguns que crêem apenas na ciência empírica e a ela tudo reduzem. Desde o início na concepção e até o fim da vida, seremos ato e potência, no todo, sempre um e único ser humano, idêntico a si mesmo.

1.2 Nascituro

1.2.1 Conceito

A definição jurídica de vida humana é o de existência de atividade cerebral, ou seja, atividade encefálica. É o que se depreende da leitura, a contrário *sensu*, do disposto no artigo 3º da Lei Federal 9.434/1997, *in verbis*:

Artigo 3º - 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.

Logo, supõe-se que o conceito jurídico de vida humana está relacionado à existência de atividade encefálica.

Deixando de lado, então, quaisquer questões morais, religiosas ou filosóficas, sejam progressistas ou reacionárias, devemos focar nossas atenções no que diz a Lei e,

principalmente, no que diz a Constituição Federal, que é hierarquicamente superior a qualquer outro diploma legislativo. Se a vida humana, juridicamente, termina com a morte encefálica, então a vida humana, juridicamente, começa com o início de atividade encefálica.

Destarte, se a vida começa a partir do início da atividade cerebral, nos termos definidos pela lei, então é preciso saber exatamente quando se inicia essa atividade, e a ciência, como veremos, já tem resposta.

Na linguagem jurídica, diz-se nascituro, sem diferenciar fases, mas, ao contrário, numa só linha vital, desde a concepção até ao nascimento.

O artigo 4º do antigo Código Civil, datado do longínquo ano de 1916, dispunha que “a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”. O referido artigo foi praticamente repetido pelo atual Código Civil, datado de 2002, trocando-se apenas “homem” por “pessoa”, termo politicamente mais correto e consentâneo com a igualdade de direitos entre o homem e a mulher, constitucionalmente estabelecida. Diz o artigo 2º do mesmo diploma legal: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Pontes de Miranda (2000, p. 216), define nascituro: “é a pessoa por nascer, já concebida no ventre materno”. Silvio Rodrigues (2002, p.33) endossa dizendo que “nascituro é o ser já concebido, todavia se encontra no ventre materno”. Sílvio de Sávio Venosa (2003, p. 161) conceitua o nascituro como “um ente já concebido que se distingue daquele que não foi ainda concebido e que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo de uma prole eventual”. Assim, a idéia civilista de nascituro está indissolúvelmente ligada à concepção no ventre materno.

Aduz Pontes de Miranda (2000, p. 217) que, no útero, a criança não é pessoa. Se nasce sem vida, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direito, nem pôde ter sido sujeito

de direito. Entretanto, entre a concepção e o nascimento, o ser vivo acha-se em uma situação que se faz necessário aguardar o nascimento para saber se algum direito, pretensão, ação, ou exceção lhe deveria ser dado. Com o nascimento se tem o início da personalidade e não é preciso cortar o cordão umbilical, apenas que a criança tenha terminado de nascer, ou seja, sair do útero da mãe com vida. A viabilidade não é plenamente exigida, basta que a ciência médica diga que nasceu vivo, porém seria impossível viver mais tempo, foi pessoa, no curto trato de tempo em que viveu.

1.2.2 Condição de nascituro e conseqüências jurídicas

Qualquer condição deverá ser afastada, pois não há condição nas situações jurídicas do nascituro (artigos 4º e 1.718 do Código Civil), nem da prole eventual de determinada pessoa (artigo 1.718, *in fine*), essa é a concepção de Pontes de Miranda (2000, p. 233):

Quando o filho de A nasce morto, o herdeiro é outra pessoa, porque o filho de A não foi herdeiro. Não houve herdeiro nem herança sob condição resolutiva; nem retroatividade, nem qualquer efeito de suspensividade aposta ao negócio jurídico do testamento, nem criada pela lei sobre sucessão legítima. O momento em que a ineficácia se deu foi o momento do nascimento sem vida e o herdeiro concebido não existiu.

Para tanto, a suposição de existir é confirmada, uma vez que os homens presumem que os que já foram concebidos venham a nascer com vida, é apenas uma questão de probabilidade. Porém, o sistema jurídico protege e garante os direitos do nascituro desde a concepção, pois a presunção de nascimento com vida é preponderante. Entre a concepção e o nascimento, os direitos apresentam sujeito, apenas não se sabe definir qual seja.

Em se tratando da ineficácia do nascituro que nasce sem vida, esta corresponde a eficácia quanto ao herdeiro legítimo ou vice-versa. Então, é obvio que os direitos são

constituídos para sujeitos que apenas não são determinados antes do nascimento com vida.

O Código Civil brasileiro traz algumas disposições a respeito do nascituro, mas não o concebe como personalidade. É o que descreve o artigo 2º, porém põe a salvo seus direitos. Portanto, o artigo 2º do Código Civil brasileiro, nega personalidade jurídica ao nascituro, mas garante proteção para os direitos de que possa ser titular. Dessa maneira, esse dispositivo legal define a posição do nosso Código Civil sobre o assunto, que não é pacífico, pois as concepções doutrinárias não são idênticas nos sistemas jurídicos contemporâneos.

Seguindo a concepção de Venosa (2003, p. 161):

[...] o nascituro é um ente já concebido que se diferencia daquele que ainda não foi concebido e que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo de uma prole eventual; e isso leva a uma noção de direito eventual, ou seja, um direito em mera situação de potencialidade para o que nem ainda foi concebido, tendo em vista que é possível ser beneficiado por testamento o ainda não concebido. Então, a condição de nascituro extrapola a simples situação de expectativa de direito. Sob o ângulo do direito eventual, os direitos do nascituro ficam sob condição suspensiva [...]

O nascituro já tem um regime protetivo tanto no Direito Civil como no Direito Penal, por essa razão, a visão acerca do nascituro é peculiar, mesmo não tendo ainda todos os requisitos da personalidade. Desse modo, de acordo com nossa legislação, inclusive o Código de 2002, embora o nascituro não seja considerado pessoa, tem a proteção legal de seus direitos desde a concepção.

O parágrafo único do artigo 1.609 do Código Civil de 2002 diz que “o nascituro pode ser objeto de reconhecimento voluntário de filiação”; o artigo 1.779 do mesmo código prevê que “...deve-se-lhe nomear curador se o pai vier a falecer estando a mulher grávida e não tiver o pátrio poder”; e o artigo 542 define que o nascituro pode ser beneficiário de uma doação feita pelos pais, bem como adquirir bens por testamento, princípios amplamente abordados no Código Civil. Esses direitos outorgados ao nascituro ficam sob condição suspensiva, isto é, ganharão forma se houver nascimento com vida.

A proteção legal desprendida ao nascituro, não deve ser levada a imaginar que ele tenha personalidade tal como concebe o ordenamento, isto é, o fato de ser ele capaz para alguns atos não significa que o ordenamento lhe atribuiu personalidade.

Levando em consideração o que descreve Torrente (2002, p. 51):

[...] diante das novas técnicas de fertilização *in vitro* e do congelamento de embriões humanos, alguns doutrinadores levantaram o problema relativo ao momento em que se deve considerar juridicamente o nascituro, entendendo-se que a vida tem início, naturalmente, com a concepção no ventre materno. Assim sendo, na fecundação na proveta, embora seja a fecundação do óvulo, pelo espermatozóide, que inicia a vida, é a nidação do zigoto ou ovo que a garantirá; logo, o nascituro só será, para alguns juristas, “pessoa” quando o ovo fecundado for implantado no útero materno, sob a condição do nascimento com vida. O embrião humano congelado não pode ser tido como nascituro, embora deva ter proteção jurídica como pessoa virtual, com uma carga genética própria. Embora a vida se inicie com a fecundação, e a vida viável, com a gravidez, que se dá com a nidação, entendemos que o início legal da personalidade jurídica é o momento da penetração do espermatozóide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher, pois os direitos da personalidade, como o direito à vida, à integridade física e à saúde, independem do nascimento com vida. E, além disso, com a fusão dos gametas (masculino e feminino), determinam-se os caracteres do novo ser humano, surgindo, então, a pessoa, enquanto sujeito de direito. Não distinguimos o concebido *in vivo* do obtido *in vitro*. Apenas os efeitos de direitos patrimoniais, como o de receber doação ou herança, dependem do nascimento com vida.

Su per falon ou
IN VITRO

O ordenamento pátrio conferiu os necessários instrumentos para a proteção do patrimônio do nascituro. Existem tentativas legislativas com o intuito de ampliar a proteção ao próprio embrião, o que aumentaria demasiadamente essa “quase personalidade”. Porém, apenas o futuro e a ciência genética nos mostrarão tal aplicação, isso tudo sob o argumento de que a personalidade só é adquirida após o nascimento com vida.

Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 162) faz menção ao entendimento de Stolze Gagliano e Pamplona Filho:

[...] o nascituro deve fazer jus a alimentos, por não ser justo que a genitora suporte todos os encargos da gestação sem a colaboração econômica do seu companheiro reconhecido. Corretíssima a afirmação. Os alimentos são devidos não apenas pelo companheiro reconhecido, mas por qualquer um que tenha concebido o nascituro.

Neste sentido, seria contraditório dizer que o nascituro só tem direito a alimentos

se vier a nascer com vida. Igualmente seria disparatado dizer que o nascituro só tem direito à vida se vier a nascer com vida.

Em outra assertiva feita por Silvio de Salvo Venosa (2003, p. 162), fazendo jus ao conhecimento de Antônio Chaves, diz respeito ao aspecto do nascimento de gêmeos, tendo em vista que não há definição no nosso ordenamento, porém, o Código Civil argentino dispõe que quando houver mais de um nascimento no mesmo parto, os nascidos são considerados em pé de igualdade e com iguais direitos para os casos de instituição ou substituição dos filhos maiores.

1.2.3 Direito comparado

Como foi relatado anteriormente, o artigo 2º do Código Civil brasileiro, não atribui personalidade jurídica ao nascituro, porém protege os direitos de que possa ser titular. Logo, torna-se claro o posicionamento do Código Civil pátrio, mas não há unanimidade nesta compreensão, já que o assunto é tema atual e polêmico.

evolução
 ↖ Façamos um breve retrospecto sobre o assunto. No direito romano, o nascituro não era considerado ainda pessoa, mas, nascia como homem capaz de direitos e sua existência era computada desde a concepção. Nas Ordenações do Reino a personalidade começava da concepção.

Amaral (2003, p. 222) traz em tela o entendimento de Teixeira de Freitas, dizendo que no artigo 1º da Consolidação das Leis Civis, considerava nascidas as pessoas formadas no ventre materno, conservando-lhes a lei seus direitos de sucessão para o tempo do nascimento.

Em seus ensinamentos (2003, p. 223), cita Clóvis Beviláqua que dispunha no artigo 3º de seu Projeto:

Artigo 3º - A personalidade civil do ser humano começa com a concepção, sob a condição de nascer com vida. O Código Civil argentino acolheu esse critério no seu artigo 70, e da mesma forma alguns códigos mais modernos, como o mexicano (artigo 22), o venezuelano (artigo 17), o peruano (artigo 1º). Também o Código Civil suíço, no artigo 31: “O nascimento com vida torna, na mesma ocasião, o ente humano sujeito de direito e, em consequência, transforma em direitos subjetivos as expectativas de direito que lhe tenham sido atribuídas na fase da concepção”. Ora, expectativa de direito é direito subjetivo com eficácia suspensa ou em formação. Falar em condição ou em expectativa de direito é reconhecer o nascituro como titular de direitos em formação, o que pressupõe titularidade, obviamente, personalidade. O direito francês admite também que a personalidade começa da concepção, desde que o ser humano nasça vivo e seja viável.

1.2.4 Direito brasileiro

No que se refere ao nascituro, Pontes de Miranda (2000, p. 217) sabiamente elenca o artigo 4º do Código Civil, dizendo que “a personalidade civil do homem se inicia do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”; e o artigo 1.718 refere que:

[...] são absolutamente incapazes de adquirir por testamento os indivíduos não concebidos até a morte do testador, salvo se a disposição deste se referir à prole eventual de pessoas por ele designadas e existentes ao abrir-se a sucessão.

Portanto, são capazes os *concepti* e a prole eventual de pessoas designadas e existentes ao abrir-se a sucessão. Esse mesmo jurista descreve que os *nondum concepti* podem ser contemplados em testamento, negócio jurídico unilateral e em estipulações a favor de terceiro (artigo 1.098); a construção não é a mesma da contemplação do nascituro e da estipulação a favor do nascituro. Por essa razão, não aparece a figura do curador da prole eventual. Os *nondum concepti* têm, no direito brasileiro das sucessões, duas possibilidades de plena ressalva de direitos, quais sejam: 1) no mesmo pé de igualdade com os concebidos ainda não nascidos, se nas condições do artigo 1.718; e 2) nos fideicomissos e sucessões posteriores. A disposição ou estipulação a favor da prole eventual não é nula, e sim ineficaz, se a prole eventual se tornar impossível. A demonstração da ineficácia faz ir aos substitutos

ou aos herdeiros legítimos a sucessão.

No direito brasileiro, alguns juristas defendem que o nascituro não tem personalidade jurídica, como dispõe o artigo 2º do Código Civil. No entanto, o sistema jurídico brasileiro permite também outro entendimento. Na Constituição da República, artigo 5º, caput, garante o direito à vida, isto é, o direito subjetivo à vida. No Código Civil os artigos 1609, parágrafo único, 542, 1.779 e 1.799, I, consideram também o feto, desde a concepção, como possível sujeito de relações jurídicas, podendo ser entendido como sujeito de direitos. Em regra, só será titular de direito quem tiver personalidade, portanto, formalmente, o nascituro tem personalidade jurídica. Esse é outro entendimento. Vejamos o que tais artigos descrevem:

Parágrafo único do artigo 1.609 - O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

Artigo 542 - A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.

Artigo 1.779 - Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.

Artigo 1.799 - Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão.

Não se pode, assim, negar ao nascituro a titularidade jurídica. O nascimento com vida não é condição para que a personalidade exista, mas para que se consolide. A capacidade do concebido não pode ser resolvida simplesmente sobre o prisma da norma que mostra o nascimento como o momento de aquisição da capacidade jurídica. Deve-se considerar que o ordenamento reconhece o concebido como portador de interesses merecedores de tutela e em correspondência a tais interesses lhe atribui uma capacidade provisória que poderá passar a ser definitiva, caso o concebido venha a nascer.

Dessa maneira, a questão não é despicienda, pois apresenta reflexos na

responsabilidade civil, no direito contratual, no direito de família e no direito processual. A jurisprudência brasileira tem reconhecido à capacidade processual ativa do nascituro, além da capacidade processual passiva. Para tanto, a questão da personalidade jurídica do nascituro tem relação com a política legislativa, tendo em vista que existem códigos que a reconhecem e outros que a negam. A concepção hodierna diferencia a personalidade da capacidade, atribuindo a primeira ao nascituro e ao defunto, e a segunda, aos indivíduos com vida extra-uterina. A distinção entre personalidade e capacidade de direito é, aliás, consagrada no Código Civil, no Título I, Capítulo I, à semelhança do disposto no Código Civil português, Livro I, Título II, Capítulo I, Seção I, intituladas “Personalidade e capacidade jurídica”.

1.2.5 Eficácia antecipada e nascimento com vida

Pontes de Miranda (2000, p. 225) adota o entendimento de que não existe inversão de elementos na regra jurídica *Nasciturus pro iam nato habetur*, e sim, a antecipação da eficácia. Não seria coerente reconhecer todos os efeitos após o nascimento, como também errado seria admiti-los todos desde já. Por esta razão, resguardar os interesses seria a melhor opção. As normas jurídicas relacionadas a pessoas futuras, ou seja, aquelas ainda não nascidas ou nem concebidas, é feita de forma diferenciada, por razões claras, pois o direito iria de encontro ao fato da vida e sua própria concepção da personalidade caso utilizasse a regra *pro iam nato habetur*, para tratar de *nondum concepti*. O já concebido é equiparado a “pessoa”, que pode vir a nascer sem vida e, portanto, é como se não tivesse sido concebido. Em se tratando de seus interesses, surgem problemas de técnica legislativa, pois é preciso saber até que ponto e quando podem ou devem ser protegidos os interesses da pessoa que ainda não nasceu.

Em relação *infans conceptus*, Pontes de Miranda (2000, p. 226) se lhe fosse

atribuído personalidade, o nascimento sem vida traria uma nova situação, onde seria necessário adentrar no direito e cancelar a eficácia da personificação prematura, trazendo à tona o efeito *ex tunc*. Nesse raciocínio, a vida independe do nascimento e determina a personalidade, porque *homo e persona* se misturam. Logo, essa fusão se desvia da verdadeira natureza do direito, baseado na proteção do feto como ser humano já nascido. Para a ciência biológica, o *conceptus sed non natus* já é homem, mas juridicamente falando, esse ser humano ainda não possui vida social, que é onde se enlaçam as relações jurídicas.

No nosso ordenamento jurídico a personificação do nascituro não foi explicitamente abordada, como foi feito pelos legisladores e juristas gregos e romanos. Tinham eles consciência de que os efeitos eram antecipados.

Outra regra jurídica trata em dizer que só são pessoas físicas os homens já nascidos, e a aplicação dessa regra deixa sem proteção o *nondum editus homo*. O direito pós-clássico corrigiu-o, com a regra jurídica *Infans conceptus*, que vinha sendo elaborada através de salvaguarda dos interesses dos concebidos ainda não nascidos.

O sábio doutrinador Pontes de Miranda (2000, p. 226/227) entende que o nascimento com vida encontra a eficácia do fato jurídico da concepção, pois a concepção é que constitui o fato jurídico. A esse respeito, juristas tratam à retroatividade da eficácia do fato jurídico do nascimento, relatando que não há que se falar em retroatividade porque os efeitos do fato jurídico se produzem sem qualquer pendência ou condicionalidade. Para tanto, o parto sem vida exclui qualquer efeito futuro e o parto com vida completa o suporte fático para surgir a pessoa, no real sentido jurídico. O *infans conceptus* é suporte fático à parte; o suporte fático entra no mundo jurídico e, como fato jurídico, traz à tona a eficácia. Com os elementos desse suporte fático, mais o nascimento com vida, compõe-se o suporte fático de que exsurge a pessoa.

1.2.6 Vitalidade, viabilidade e salvaguarda dos direitos do nascituro

Como já foi relatado, o nascituro é o concebido ao tempo em que se apura se alguém é titular de direito ou de pretensão, ação, ou exceção, dependendo a existência de que nasça com vida. Fica ele como elemento do suporte fático do negócio jurídico. Se o concebido nasce morto, foi ineficaz o negócio jurídico, seja ele fato jurídico *stricto sensu* ou o ato jurídico. *Nondum conceptus* é o ente humano, futuro, a que se alude. Alude-se ao que pode vir a ser concebido, à prole eventual.

Devido ao coletivismo primitivo, o problema jurídico do embrião ou nascituro não podia interessar ao homem da horda ou do clã. Em seguida, com o surgimento da especialização dos direitos, o problema apresentou-se. Nas XII Tábuas esse problema não foi abordado. Várias teorias surgiram na doutrina: a) Os ficcionistas construíram a proteção do nascituro com a ficção de já ter nascido, pois entendiam o nascituro como pessoa desde já. Pessoa fingida seria ele; b) À teoria da ficção opôs-se a teoria dos direitos sem sujeito que, ao invés de fingir o sujeito de direito, o escamoteava; c) A teoria da *hereditas iacens*, que torna sem dono até o nascimento a herança, se há nascituro, no próprio direito romano não bastaria a explicar a tutela do nascituro, e é - perante o direito brasileiro, como perante o direito francês, alemão e qualquer outro que tenha a saisina - insustentável; d) A teoria da eficácia passiva; e) A teoria da aparência de condição; f) A teoria da condição que também escapava o problema da capacidade e que não aceita o conceito de “futuro homem” que há no nascituro; g) A teoria do análogo à condição traz consigo que não há direitos do nascituro, ele é que será, se nascer vivo, titular desses direitos; h) A teoria da personalidade “jurídica” do nascituro cria, entendendo que a personalidade jurídica do nascituro surge antes da personalidade física; i) A teoria da representação atribuiu ao curador representar o nascituro, mas deixou sem solução o problema da existência, ou não, do representado; e j) A teoria do

sujeito indeterminado já se aproximou da verdade, porque atendeu à indeterminação objetiva do sujeito descreve que o ser humano vivo, que ainda não nasceu, já é ser humano e o que é indeterminado é o sujeito do direito, tendo em vista que o direito não é futuro, e apenas o sujeito ainda não foi determinado.

O fato de ainda não ter nascido o nascituro, contempla outro entrave, pois a transmissão do direito foi dada, mas ainda não surte efeitos quanto ao sujeito. A alternativa pode ser entre nascituros e pessoas vivas, ou entre nascituros, pessoas físicas e pessoas jurídicas, ou só entre nascituros.

A salvaguarda dos direitos do nascituro é solucionada pela segunda parte do artigo 4º do Código Civil, senão vejamos: “[...] a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”. Contudo, o entendimento não é pacífico, tendo em vista que os jurista interpretam e lançam seus entendimentos, senão vejamos: 1ª corrente - entendem que o feto já é pessoa, desde que nasça vivo, sem capacidade de exercício de direitos; 2ª corrente - descrevem que há indeterminação do sujeito até que se dê a saída do corpo da mãe; 3ª corrente – há a exclusão de qualquer personalidade até o nascimento com vida, operando o artigo 4º, 2ª parte, como regra jurídica de eficácia retroativa; 4ª corrente - se tem o nascituro como dotado de capacidade de direito limitada; 5ª corrente - se consideram sem sujeito os direitos que podem vir a ser do nascituro; 6ª corrente - se tem o patrimônio destinado a fim como pessoa jurídica; 7ª corrente - se transplanta para a teoria dos sujeitos a noção de expectativa, que diz respeito a relações ou efeitos de relações; 8ª corrente - se tem como ainda não constituídos os direitos; 9ª corrente -se admite que a certeza sobre o nascimento com vida cria a personalidade antes do nascimento; 10ª corrente - se vê apenas eficácia do fato da concepção.

A Viabilidade do nascituro é questão essencial para o entendimento e desenvolvimento deste tema, pois o ser humano nascer com vida é *quaestio facti*, e não é *quaestio iuris*, porque a resolução é efetivada com os recursos disponíveis no momento. Se

nasceu com vida e morreu, adquiriu o ser humano os direitos; pretensões, ações e exceções e foram transmitidos deveres, obrigações e situações passivas nas ações e exceções; transmitindo, por sua vez, aqueles e esses, se, com a morte, os não perdeu, ou não os perdeu nos minutos que viveu. Assim, iniciado o parto de ser humano que nasceria viável, haver-se-ia de ter como nascido o ente humano. O artigo 4º, 1ª parte, fala de nascimento com vida, o que significa dizer que o feto deverá estar fora das entranhas, com vida.

Tendo inerente direito à vida, direito humano, como tem, desde a concepção, o nascituro tem dignidade humana, que deve igualmente ser reconhecida, respeitada e protegida.

CAPÍTULO 2 DIREITOS DA PERSONALIDADE

2.1 Perfil histórico

Em uma breve avaliação da evolução histórica dos direitos da personalidade, foi visto que o reconhecimento formal pelo ordenamento jurídico da pessoa humana como valor universal é recente, mesmo tendo várias proteções ao homem em ordenamentos anteriores.

No século XIX surgiu a teoria dos direitos da personalidade, mas foi no século seguinte que a matéria teve seu decisivo desenvolvimento. Porém, nas civilizações antigas já se tinha início a proteção à pessoa. Em Roma, a proteção jurídica era dada à pessoa, no que concerne a aspectos fundamentais da personalidade.

O pensamento filosófico grego apresentou grande influência na formação da teoria dos direitos da personalidade, demonstrando o dualismo entre o direito natural e o positivo. Ao analisar a experiência grega, Capelo de Souza (1995, p. 47) estabelece que:

O homem passou a ser tido como origem e finalidade da lei e do direito, ganhando, por isso, novo sentido os problemas da personalidade e da capacidade jurídica de todo e cada homem e dos seus inerentes direitos da personalidade.

Houve a promoção do *status* jurídico da pessoa humana em decorrência imediata de duas tradições, são elas: *a do cristianismo*, que ao exaltar o indivíduo como ente único, distinguia este da coletividade e ainda reconhecia seu livre arbítrio e criou e desenvolveu a idéia da dignidade humana, reconhecendo a existência de um vínculo entre o homem e Deus; e *a das declarações de direitos* surgidas em fins do século XVIII, como substrato para realizar a libertação do homem das várias limitações que lhe eram apostas pelo sistema feudal. Assim, apareceu um novo ambiente econômico, cultural e político, no qual surgia a figura do Estado de Direito.

Segundo Szaniawski (1993, p. 22) foi na Idade Média que se teve um conceito moderno de pessoa humana, baseado na dignidade e na valorização do indivíduo como pessoa. Seguiram-se, o Renascimento, o Humanismo, no século XVI e o Iluminismo nos séculos XVII e XVIII, quando foi desenvolvida a teoria dos direitos subjetivos, que instituiu a tutela dos direitos fundamentais e próprios da pessoa humana.

Outros textos que abordavam a proteção da pessoa humana também foram essenciais para a construção dos direitos da personalidade, como o *Bill of Rights* (1689), a Declaração de Independência das Colônias inglesas (1776), a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), a Declaração Universal dos Direitos do Homem, votada em 1948, pela Assembléia geral da Organização das Nações Unidas (ONU).

Segundo Amaral (2003, p. 257) “os direitos da personalidade surgiram nos citados textos fundamentais como direitos naturais ou direitos inatos, que denominavam inicialmente de direitos humanos assim compreendidos os direitos inerentes ao homem”.

Ainda Amaral (2003, p. 250 e 255) refere que:

Os direitos da personalidade são uma construção teórica recente, não sendo uniforme a doutrina no que diz respeito à sua existência, conceituação, natureza e âmbito de incidência. Seu objeto é o bem jurídico da personalidade, aqui entendida como a titularidade de direitos e deveres que se consideram ínsitos em qualquer ser humano, em razão do que este se torna sujeito de relações jurídicas, dotado, portanto, de capacidade de direito. [...] No direito natural encontra-se, portanto, o germe da teoria dos direitos naturais ou inatos, direitos inerentes ao homem e preexistentes ao Estado, que os devia conhecer e respeitar.

Na esteira de sua enorme influência, que permite que o tomemos como paradigma de sua era, devem ser destacados alguns códigos civis que seguem suas linhas gerais, como o italiano de 1865 e o português de 1867. Mais recentemente, o Código Civil Italiano de 1942, deu-lhes uma parcial disciplina, já de forma sistemática, embora esteja muito longe de apresentar especificação e classificação acabadas.

Seguindo o entendimento de Silvio Rodrigues (2002, p. 63) é possível ver que:

Se encontram as duas medidas básicas de proteção aos direitos da personalidade, ou seja, a possibilidade de se obter judicialmente, de um lado, a cessação da perturbação e, de outro, o ressarcimento do prejuízo experimentado pela vítima.

A teoria dos direitos da personalidade teve notoriedade a partir do texto expresso na Constituição alemã de 1949, na Constituição portuguesa de 1976 e na Constituição espanhola de 1978.

A Constituição Imperial trazia consigo informações acerca dos direitos da personalidade, como a inviolabilidade da liberdade, igualdade e o sigilo de correspondência, e que a primeira Constituição Republicana de 1891, acrescentou a tutela dos direitos à propriedade industrial e o direito autoral, aumentando o seu regime nas de 1934 e 1946. Mesmo diante dessa situação global, o Código Civil de 1916 não contemplou tais direitos. Com o advento da Constituição Federal de 1988, os direitos da personalidade foram acolhidos, tutelados e sancionados, pois a dignidade da pessoa humana foi adotada como princípio fundamental da República Federativa do Brasil.

O Código Civil Brasileiro de 2002 em consonância com a Lei Maior e com as novas relações sociais que reclamam à necessidade da tutela dos valores essenciais da pessoa, dedicou capítulo especial sobre os direitos da personalidade e se refere especificamente, ao direito de proteção a inviolabilidade da pessoa natural, à integridade do seu corpo, nome e imagem.

Dessa maneira, segundo a ótica de Amaral (2003, p. 257), os direitos da personalidade são disciplinados e protegidos, pela Constituição Federal, pelo Código Civil, bem como pelo Código Penal e ainda, em legislação especial, como a Lei de Imprensa, a Lei dos Transplantes, dos Direitos Autorais, etc. Portanto, a tutela jurídica dessa matéria se estabelece em nível constitucional, administrativa, civil e penal.

Destarte, o ordenamento jurídico brasileiro apresenta a base normativa necessária para proporcionar uma tutela adequada à personalidade, a partir da cláusula geral de tutela da

personalidade e é possível dizer que, segundo Godoy (2001, p. 31), a teoria dos direitos da personalidade evoluiu progressivamente, sendo vista através da idéia de valorização da pessoa humana, em especial o elemento da dignidade.

2.2 Aspectos gerais e conceito dos direitos da personalidade

O conceito de personalidade está intimamente relacionado à definição da palavra pessoa. Todo aquele que nasce com vida se torna uma pessoa e, conseqüentemente, adquire personalidade.

A personalidade jurídica é conceito básico da ordem jurídica e é tida como qualidade ou atributo do ser humano. Ela se expande a todas as pessoas, consagrando-se na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade. É conceituada como aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações ou deveres na ordem civil. É pressuposto para a inserção e atuação da pessoa na ordem jurídica, pois é condição preliminar de todos os direitos e deveres.

Clóvis Beviláqua (1961) define a personalidade como sendo uma aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, afim de que seja exercido direitos e contraído obrigações.

Hodiernamente, o reconhecimento dessa qualidade atribuída a todo ser humano representa uma evolução da civilização jurídica. O Código Civil de 2002 reconhece os atributos da personalidade com esse sentido de universalidade ao proclamar, no artigo 1º, que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

Renan Lotufo (2002, p. 221) faz referência a Francisco Amaral conceituando os direitos da personalidade como “os direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no aspecto físico, moral e intelectual”.

Em explanação sobre o tema, Pontes de Miranda (2000, p.27) delinea que:

Só se devia tratar das pessoas, depois de se tratar dos sujeitos de direito; porque ser pessoa é apenas ter a possibilidade de ser sujeito de direito. Ser sujeito de direito é estar na posição de titular de direito. Não importa se esse direito está subjetivado, se é munido de pretensão e ação, ou de exceção. Mas importa que haja "direito". Se alguém não está em relação de direito não é sujeito de direito: é pessoa; isto é, o que pode ser sujeito de direito, além daqueles direitos que o ser pessoa produz. O ser pessoa é fato jurídico: com o nascimento, o ser humano entra no mundo jurídico, como elemento do suporte fático em que o nascer é o núcleo. Esse fato jurídico tem a sua irradiação de eficácia. A civilização contemporânea assegurou aos que nela nasceram o serem pessoas e ter o fato jurídico do nascimento efeitos da mais alta significação. Outros direitos, porém, surgem de outros fatos jurídicos em cujos suportes fáticos a pessoa se introduziu e em tais direitos ela se faz sujeito de direito. A personalidade é a possibilidade de se encaixar em suportes fáticos, que, pela incidência das regras jurídicas, se tornem fatos jurídicos; portanto, a possibilidade de ser sujeito de direito. A personalidade, como possibilidade, fica diante dos bens da vida, contemplando-os e querendo-os, ou afastando-os de si; o ser sujeito de direito é entrar no suporte fático e viver nas relações jurídicas, como um dos termos delas. Para se ser pessoa, não é preciso que seja possível ter quaisquer direitos; basta que possa ter um direito. Quem pode ter um direito é pessoa.

Segundo o entendimento de Pontes de Miranda (2000, p. 39), a definição dos direitos da personalidade é dada como todos os direitos necessários à realização da personalidade e à sua inserção nas relações jurídicas, descreve ainda que os direitos da personalidade em si mesma são os primeiros a serem constituídos. Então, não se trata de direito sobre a pessoa, e sim, é o direito que se irradia do fato jurídico da personalidade.

Ao tratar dos direitos da personalidade, Caio Mário (2004, p. 241/242) ressalta que não constitui esta um direito, e sim, de onde se originam alguns direitos, pois a personalidade serve como ponto de partida de todos os direitos e obrigações. Esse mesmo autor descreve que os direitos da personalidade são divididos em duas categorias gerais: *adquiridos* e *inatos*. Os adquiridos existem nos termos e na extensão de como o direito os disciplina e os inatos são absolutos, irrenunciáveis, intransmissíveis, imprescritíveis, como o como o direito à vida, o direito à integridade física e moral. Essa caracterização dos direitos da personalidade inata é entendida como absoluta, porque oponíveis *erga omnes*; *irrenunciáveis*, pois vinculam-se à pessoa de seu titular; *intransmissíveis*, porque o indivíduo

goza de seus atributos, sendo inválida toda tentativa de sua cessão a outrem; *imprescritíveis*, porque o titular poderá dispor deles a qualquer tempo.

Maria Helena Diniz (2003, p. 116/117 e 120), também faz a interligação entre personalidade e pessoa. Cita que “personalidade, é a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações. Toda pessoa é dotada de personalidade”.

Os direitos da personalidade, para essa autora, surgem das necessidades nas relações sociais, a partir daí, o homem adquire direitos e assume obrigações, sendo, portanto, sujeito ativo e passivo de relações jurídico-econômicas.

A sistematização dos direitos da personalidade é fato inovador no direito positivo brasileiro. As mudanças apresentadas no mundo contemporâneo fizeram com que os doutrinadores abordassem com maior intensidade o tema, além de determinar que os legisladores regulassem a matéria, porque aflorou na órbita internacional na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 e no Código Civil de 2002 existe um capítulo especialmente dedicado aos Direitos da Personalidade (artigos 11 a 21), em seus diversos aspectos.

Falar em direitos da personalidade envolve um leque muito abrangente, pois trata do direito à vida, à liberdade, à incolumidade física, à proteção da intimidade, à integridade moral, à preservação da própria imagem, ao nome, às obras de criação do indivíduo, entre tantos outros que necessitem de proteção, amparo e defesa na ordem constitucional, penal, administrativa, processual e civil.

2.3 Natureza jurídica

A discussão doutrinária resiste também, quanto à natureza dos direitos da personalidade, de serem ou não direitos inatos (direitos da própria pessoa), o que decorre, principalmente, do emprego de diversos termos, para designar esses direitos, que variam

conforme o autor e a tese por ele adotada.

Para De Cupis (1961, p. 18) e outros positivistas, “não é possível denominar os direitos da personalidade como direitos inatos, entendidos no sentido de direitos respeitantes, por natureza à pessoa”, até porque com as modificações sociais, modifica-se também o âmbito e os valores dos chamados direitos essenciais à personalidade. Obviamente, os positivistas defendem, pois que devem ser incluídos, como direitos da personalidade, apenas àqueles reconhecidos pelo Estado, que lhes reveste de obrigatoriedade e cogência.

Já os naturalistas, como Limongi França (1996, p. 1033), por sua vez, sustentam a impossibilidade de limitá-los positivamente, na medida em que constituem faculdades inerentes à condição humana, porquanto, na definição, não raro repetida, deste doutrinador “direitos da personalidade dizem-se as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior”.

No mesmo diapasão afirma, Bittar (1995, p. 07), a seu turno, que:

Os direitos da personalidade constituem direitos inatos, correspondentes às faculdades normalmente exercidas pelo homem, relacionados a atributos inerentes à condição humana, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro plano do direito positivo e dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se volte, a saber: contra o arbítrio do poder público ou às incursões de particulares.

Szaniawski (1993, p. 23), por sua vez, também prefere enquadrar os direitos da personalidade dentro do conceito de um direito natural, justamente por apoiarem-se na natureza das coisas.

Os direitos da personalidade transcendem ao direito positivado, porquanto são direitos inerentes à condição humana e como tal não podem ser taxados ou enumerados de forma limitada, pois a sociedade evolui e a tecnologia progride, a passos largos, no que não lhe acompanha o direito positivado, com descobertas que fazem surgir novas formas de

agressão a personalidade humana, que reclama igualmente novas formas de proteção e de fazer cessar essas ameaças.

Desse modo, poderíamos dizer que os direitos da personalidade não constituem um rol limitativo de direitos, um depende do outro e não existem em separados, sendo inesgotáveis, na medida em que inerentes à condição humana que esta atrelada as mudanças sociais e tecnológicas introduzidas com o passar dos tempos.

Consoante afirma Jabur (2000, p. 28), em trabalho sobre o tema:

Os direitos da personalidade são, diante de sua especial natureza, carentes de taxação exauriente e indefectível. São todos indispensáveis ao desenrolar saudável e pleno das virtudes psicofísicas que ornamentam a pessoa.

Não se pode permanecer a espera de que o legislador outorgue outras formas de proteção além das já previstas, não é o caso concreto que deve moldar-se a lei, e sim esta, por sua interpretação hermenêutica, ao fato colocado sobre apreciação, e isto cabe a jurisprudência, que com vistas aos princípios gerais do direito, deve criar formas de amplamente proteger e repelir as agressões aos direitos da personalidade, uma vez que o objetivo maior, é sem dúvida, o respeito e o cumprimento da dignidade da pessoa humana em todos os seus aspetos e plenitude.

Na verdade, o fato é que, reconhecidos como direitos inatos ou não, os direitos da personalidade se constituem em direitos mínimos que asseguram e resguardam a dignidade da pessoa humana e como tais devem ser previstos e sancionados pelo ordenamento jurídico, não de forma estanque e limitativa, mas levando-se em consideração o reconhecimento de um direito geral de personalidade, a que se remeteriam todos os outros tipos previstos ou não no sistema jurídico.

Segundo leciona Netto Lôbo (2001, p. 08), “a Constituição brasileira prevê a cláusula geral de tutela da personalidade, que pode ser encontrada no princípio fundamental

da dignidade da pessoa humana”.

Para tanto, a existência de um direito geral de personalidade nada mais é que o reconhecimento de que os direitos da personalidade constituem uma categoria dirigida para a defesa e promoção da pessoa humana, isso significa dizer que a tutela da dignidade da pessoa humana constitui a lógica fundante dos direitos da personalidade.

Enfim, segundo Godoy (2001, p. 30):

A inserção da dignidade como princípio constitucional fundamental, contida em preceito introdutório do capítulo dos direitos fundamentais, significa, afinal, adoção mesmo de um dever geral de personalidade, cujo conteúdo é justamente a prerrogativa do ser humano de desenvolver a integralidade de sua personalidade, todos os seus desdobramentos e projeções, nada mais senão a garantia dessa sua própria dignidade.

Aduz Amaral (2003, p.253):

[...] Temos, assim, um direito geral de personalidade, que a considera um objeto da tutela jurídica geral, e defende a inviolabilidade da pessoa humana, em todos os seus aspectos, físico, moral e intelectual, e temos, ainda direitos especiais e específicos, correspondentes a esses aspectos parciais da personalidade.

Resumidamente pode-se afirmar, que os direitos da personalidade são direitos subjetivos, que tem por objeto os elementos que constituem a personalidade do seu titular, considerada em seus aspectos físico, moral e intelectual. São direitos inatos e permanentes, nascem com a pessoa e a acompanham durante toda sua existência, tendo como finalidade primordial à proteção das qualidades e dos atributos essenciais da pessoa humana, de forma a salvaguardar sua dignidade e a impedir apropriações e agressões de particulares ou mesmo do poder público.

Consoante acentua De Cupis (1961, p. 22):

[...] o modo de qualificação próprio dos direitos da personalidade, pelo qual eles revestem o caráter de proeminência relativamente aos outros direitos subjetivos e de

essencialidade para a pessoa, deriva do seu ponto de referência objetivo, isto é, do seu objeto. Este objeto apresenta, de fato, uma dupla característica: 1) encontra-se em um nexó estrito com a pessoa, a ponto de poder dizer-se orgânico; 2) identifica-se com os bens de maior valor susceptíveis de domínio jurídico.

Ao final, apenas, para não passar em branco, merece destaque, em rápidas pinceladas, pelo já exposto anteriormente, que o objeto dos direitos da personalidade é o bem jurídico da própria personalidade, como conjunto unitário, dinâmico e evolutivo dos bens e valores essenciais da pessoa no seu aspecto físico, moral e intelectual, destinados fundamentalmente ao exercício da tutela da dignidade da pessoa humana, que é a titular dos direitos da personalidade, como decorrência da garantia maior do direito à vida.

2.4 Caracteres essenciais dos direitos da personalidade

Os direitos da personalidade são constituídos de caracteres especiais, de forma que são destinados à proteção da pessoa humana em seus atributos de maneira a proteger e assegurar como valor fundamental a sua dignidade. Segundo Bittar (1995, p. 11), constituem “direitos inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes*”.

Na mesma seara aponta Venosa (2003, p. 150), citando Guillermo Borba, que pela circunstância dos direitos da personalidade estarem intimamente ligados à pessoa humana, possuem as seguintes características:

[...] a) São inatos ou originários porque se adquirem ao nascer, independentemente de qualquer vontade; b) são vitalícios, perenes ou perpétuos, porque perduram por toda a vida. Alguns se refletem até mesmo após a morte da pessoa. Pela mesma razão são imprescindíveis porque perduram enquanto perdurar a personalidade, isto é, a vida humana. Na verdade, transcendem a própria vida, pois são protegidos também após o falecimento; são imprescritíveis; c) são inalienáveis, ou mais propriamente, relativamente indisponíveis, porque em princípio, estão fora do comércio e não possuem valor econômico imediato; d) são absolutos, no sentido de que podem ser opostos *erga omnes* [...]

De acordo com Francisco Amaral (2003, p. 252):

Caracterizam-se os direitos da personalidade por serem essenciais, inatos e permanentes, no sentido de que, sem eles, não se configura a personalidade, nascendo com a pessoa e acompanhando-a por toda a existência. São inerentes à pessoa, intransmissíveis, inseparáveis do titular, e por isso se chamam, também, personalíssimos, pelo que se extinguem com a morte do titular. Conseqüentemente, são absolutos, indisponíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis e extrapatrimoniais [...]

O artigo 11 do Código Civil Brasileiro de 2002 refere à intransmissibilidade, à irrenunciabilidade e a impossibilidade de limitação voluntária pelo seu titular, que pode ser entendida, como indisponibilidade, tendo em vista que a limitação pode ocorrer apenas por ato de disposição, devendo ser considerada a doutrina e a jurisprudencial sobre a matéria.

Como frisa de Cupis (19961, p. 48) “são indisponíveis e intransmissíveis, na medida que não podem ser disponibilizados ou transmitidos aos demais”. Ainda refere que:

Nem o ordenamento jurídico pode consentir que o indivíduo de 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.

Em análise sobre o assunto, Pontes de Miranda (2000, p. 32) diz:

A intransmissibilidade deles é resultante da infungibilidade mesma da pessoa e da irradiação de efeitos próprios [...], nem os poderes contidos em cada direitos de personalidade, ou seu exercício, são suscetíveis de ser transmitidos ou por outra maneira outorgados.

Nesta referência, são singulares, porque são próprios de cada pessoa, em que pese alguns estudiosos os qualificarem como relativamente indisponíveis, como Jabur (2000, p. 55), para quem “a fruição e a exploração de algumas de suas faculdades encontra licitude, por não ofenderem a preservação do direito de que emanam”.

O aspecto patrimonial é o que efetivamente se pode dispor e transmitir, é o que ocorre com a proteção outorgada ao patrimônio pessoal do morto, não é que se estenda a

personalidade em seu aspecto jurídico após a morte, seguindo esse raciocínio, Castro (2002, p. 72) refere-se que “é fundamental para a agregação social que seja resguardada a personalidade psíquica, enquanto patrimônio pessoal daquele que feneceu”. Também se caracterizam por serem vitalícios, ou seja, perduram a vida inteira, e imprescritíveis, podendo ser reclamados após a morte de seu titular, por quem a lei atribua tal legitimidade.

Existem outras características: são inalienáveis, impenhoráveis e extrapatrimoniais, vez que não admitem qualquer apreciação pecuniária, não podendo, seu titular transmiti-los a outrem, diz Venosa (2003, p. 151) que:

[...] as indenizações que ataques a eles podem motivar, de índole moral, são substitutivos de um desconforto, mas não se equiparam à remuneração. Apenas, no sentido metafórico e poético podemos afirmar que pertencem ao patrimônio moral de uma pessoa.

Se faz mister a desvinculação da existência do direito como mero protetor de interesses patrimoniais, vez que a proteção deverá ser dada a pessoa humana. Os direitos da personalidade não devem assegurar apenas a certeza da possibilidade de obtenção de ressarcimento patrimonial, e sim, a efetivação da dignidade da pessoa humana, com o intuito de formar uma sociedade mais justa e igualitária.

Como última característica, temos que são absolutos e de tal maneira oponíveis *erga omnes*.

Ao tratar da natureza extrapatrimonial e o fato de serem inatos e fundamentais para a realização da pessoa, percebe-se que surgem características que os singularizam e os dotam de critérios que os tornam essenciais, pois demonstram que sem os quais a dignidade humana não se concretiza. É o que estabelece Lôbo (2001, p. 10): “a cada pessoa não é conferido poder de dispô-los, sob pena de reduzir sua condição humana; todas as demais pessoas devem abster-se de violá-los”.

Deste modo, nas palavras de Venosa (2003, p. 152):

Os direitos da personalidade são os que resguardam a dignidade humana. Desse modo, ninguém pode, por ato voluntário, dispor de sua privacidade, renunciar a liberdade, ceder seu nome de registro para utilização por outrem, renunciar ao direito de pedir alimentos [...] Há, porém situações na sociedade atual que tangenciam a proibição. Na busca de audiência e sensacionalismo, já vimos exemplos de programas televisivos nos quais pessoas autorizam, que si vida seja cerceada e sua integralidade física seja colocada em situações de extremo limite de resistência, etc. Ora, não resta dúvida de que, nesses casos, os envolvidos renunciam negocialmente a direitos em tese irrenunciáveis. A sociedade e a tecnologia, mais uma vez, estão à frente da lei mais moderna [...]

Apesar disso, vale lembrar que todo aquele que se sentir lesado ou ameaçado em seus direitos da personalidade, pode exigir que cesse a ameaça ou a lesão, assim como pode reclamar indenização pelos danos sofridos, diante do que prescreve o artigo 12, do Código Civil Brasileiro, e especialmente pelo que lhe assegura a Lei Maior deste País, quando prevê a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro.

2.5 Os direitos da personalidade no direito brasileiro e no código civil de 2002

A primeira observação sobre a introdução dos direitos da personalidade no Código Civil é a de que o legislador optou por reconhecer especificamente o que entendeu como o atual estado de evolução jurisprudencial. A disciplina introduzida no Código não se pretende exaustiva. O legislador assim dividiu os 11 artigos que tratam dos direitos da personalidade no Código Civil: nos artigos 11 e 12, trata-se da natureza e da tutela destes direitos, enquanto todos os demais artigos referem-se a específicos direitos da personalidade: o direito à integridade psicofísica (artigos 13 a 15), o direito ao nome e ao pseudônimo (artigos 16 a 19), o direito à imagem (artigo 20) e o direito à privacidade (artigo 21).

No artigo 11, verifica-se que são atribuídos aos direitos da personalidade as características da intransmissibilidade e da irrenunciabilidade, além da impossibilidade de limitação voluntária de seu exercício.

Tais características já eram amplamente veiculadas em doutrina, muitas vezes vindo acompanhados de outras, como a da imprescritibilidade ou da sua natureza de direito absoluto – assim entendido por ser oponível *erga omnes*. Estas características são geralmente enfatizadas como forma de diferenciar os direitos da personalidade dos demais direitos subjetivos.

A reserva presente no artigo: “Com exceção dos casos previstos em lei...” há de ser devidamente ponderada, atendendo a valores constitucionalmente relevantes. De forma alguma abre-se para a possibilidade de limitar a tutela por atos legislativos ordinários, o que inclusive não se enquadra no espírito dos dispositivos aqui examinados. A tutela dos direitos da personalidade, deve ser integral, garantindo a sua proteção em qualquer situação.

O artigo 12 aborda a necessidade de ampliação da tutela visando minimizar ou evitar danos à personalidade, ou seja, a tutela inibitória que é acompanhada pela responsabilidade civil. Além da possibilidade de outras sanções, previstas em lei, incidirem sobre o ofensor.

O parágrafo único do artigo 12 preenche a lacuna sobre a legitimidade para requerer a tutela dos direitos da personalidade de pessoa falecida. Na jurisprudência já se tinha a sucessão dos familiares no direito a esta ação, e agora fica evidenciado o rol dos possíveis legitimados: o cônjuge, qualquer parente em linha reta sem distinção de grau ou então colaterais até o quarto grau. O parágrafo único do artigo 20 traz um rol de legitimados mais restrito, pois exclui os colaterais e que inclui o ausente, tal rol descreve as partes legítimas nos casos de ofensa do direito à imagem.

O direito à integridade biofísica é assegurado nos artigos 13 a 15 do Código Civil. O artigo 13 do mesmo diploma demonstra a influência da lei italiana. Este dispositivo é aplicado nos atos de disposição de partes do corpo.

A possibilidade de disposição gratuita do próprio corpo para após a morte é dita

pela dicção do artigo 14 do Código Civil, onde é vedada a exploração econômica do mesmo e as finalidades da disposição são delimitadas: científicas ou altruísticas. As finalidades altruísticas são aquelas em que se necessita do consentimento para a doação do corpo ou de partes dele para fins de transplante, após a morte.

A partir do artigo 15 do diploma legal supra citado, começam a aparecer assuntos controversos, como a possibilidade de recusa ao tratamento médico pelo paciente, amenizada, porém, com o requisito do tratamento ou cirurgia apresentarem risco de vida.

Do artigo 16 ao 19 do Código Civil brasileiro se tem a regulamentação do direito ao nome. Sendo este, provavelmente, o primeiro direito da personalidade que trouxe preocupação aos juristas, mesmo antes de se cogitar os direitos da personalidade.

O direito universal ao nome é reconhecido no artigo 16 do Código Civil vigente e o nome deve ser composto de prenome e sobrenome. A Lei 6.015/73 em seus artigos 52 a 55, refere-se à obrigação de todo nascimento ser levado ao conhecimento do registro civil, onde será posto um nome à criança. Como extensão a esse direito, protege-se também o pseudônimo, é o que reza o artigo 19 do Código Civil, demonstrando que, ao se tutelar o nome, vai-se além da simples afirmação de um direito ao nome e chegasse a um verdadeiro direito à identidade pessoal.

O Código Civil pátrio, em seus artigos 17 e 18, afirma que é relevante o fato do direito à informação e à liberdade de expressão ser considerado pelo legislador, que não vetou a pura e simples publicação do nome alheio, porém somente em casos que exponham a pessoa ao desprezo público, bem como nas situações onde há intenção de lucro.

O direito à imagem é especialmente tratado através do artigo 20 desse mesmo diploma legal, muito embora vá além do direito à imagem, pois reflete também o direito à informação. Ao estabelecer requisitos para que uma pessoa impeça a divulgação de aspectos de sua imagem, abre-se a reserva de que esta divulgação é lícita quando não lhe macule a

honra ou quando tenha finalidade lucrativa.

Por fim, o direito à privacidade é referido no artigo 21 do Código Civil. O legislador excluiu do âmbito de atuação do artigo a pessoa jurídica, considerando, pois, somente a privacidade da pessoa natural como inviolável. A proteção da privacidade é um tema muito delicado, isto pelo potencial de ofensas à personalidade ter crescido rapidamente com o desenvolvimento tecnológico e também pela dificuldade dos instrumentos de tutela tradicionais do ordenamento realizar adequadamente esta proteção.

2.6 Começo e fim da personalidade

2.6.1 Início da personalidade natural

O ordenamento brasileiro, através do Código Civil de 2002, reza em seu artigo 2º que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, pondo a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

A partir daí, quanto ao nascimento com vida, a pessoa adquire a plenitude da sua personalidade jurídica, podendo ser sujeito ativo e passivo do direito. Então, do nascimento com vida, distinguem-se dois elementos: o nascimento e o nascimento com vida.

Limongi França (1996, p.47/48) explica que nascimento “é a separação do feto das vísceras maternas”. Constitui, pois o nascimento. Refere-se que o elemento vida, deverá acompanhar o nascimento, onde se caracteriza pela respiração pulmonar, tendo em vista que é este o primeiro indício de que a criança já não se alimenta através do organismo materno. Para ele, a personalidade se caracteriza a partir de um só instante de vida. “O nascituro é o ente já concebido no ventre materno, aquele que há ou deve nascer”. Nesta condição, a personalidade já existe com a concepção e será apenas consolidada com o nascimento.

A personalidade para Caio Mário (2004, p. 216/217) está ligada à pessoa humana e sua duração é a própria vida. O homem é dotado de personalidade desde que vive e enquanto vive. Ele reforça dizendo que “o nascituro não é ainda uma pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que lhe reconhecem permanecem em estado potencial”.

Essas são as palavras do jurista acima nomeado (2004, p. 218):

Pelo nosso direito, portanto, antes do nascimento com vida não há personalidade. Mas a lei cuida, em dadas circunstâncias, de proteger e resguardar os interesses do nascituro. Situações existem, na verdade, em que se reconhece a existência de um direito potencial ao ente concebido [...] Assentado o começo da personalidade no nascimento com vida, somente a partir de então existe uma pessoa em que se integram direitos e obrigações. Até aí o que há são direitos meramente potenciais, para cuja constituição dever-se-à aguardar o fato do nascimento e a aquisição da personalidade. Nascendo vivo, ainda que morra em seguida, o novo ente chegou a ser pessoa, adquiriu direitos, e com sua morte os transmite.

A tutela dos direitos do nascituro é assegurada pela lei civil e também pela lei penal, tendo em vista a punição do aborto, do infanticídio durante o parto, da periclitada da vida e da saúde, entre outros.

Antônio Chaves (1994, p. 25), delinea que “é a fecundação que marca o início da vida”. Isto significa dizer que é no momento da fecundação que os cromossomos femininos e masculinos definem o novo ser humano e o uso de qualquer método artificial visando destruí-lo põe fim à vida. Este autor descreve em sua obra uma série de entendimentos no que pertine ao início da vida.

Para De Cupis (1961, p. 212) “a concepção representa o ato inicial da vida, seja vida física ou vida jurídica”.

Fazendo uma análise do direito em outros países, a exemplo da Argentina, Orgaz (1947, p. 114) refere que o embrião humano já tem proteção pública e privada, mesmo antes de nascer.

Importante ressaltar que pertinente ao tema existem correntes divergentes, pois

para alguns doutrinadores se faz mister, para ter qualquer direito da personalidade, que haja nascimento com vida. Porém, os doutrinadores supra citados demonstram que a vida deve ser compreendida em sua totalidade biológica, considerando inclusive o processo mutacional, ou seja, do início individualizado com a concepção até a morte.

2.6.2 Fim da personalidade natural

O Código Civil determina que a existência da pessoa natural termina com a morte. Para Limongi França (1996, p.62) existe mais de um tipo de morte, a natural e a presumida. A morte natural é entendida como o limite final do ciclo vital do homem, isto é, com a morte a pessoa humana perde sua vida biológica, e em consequência, extingue sua personalidade natural. Enquanto que a morte presumida ocorre no caso dos ausentes, especificados no Código Civil brasileiro, após a declaração pelo juiz. Esta declaração é feita depois de dois anos sem que se saiba do ausente, ou vinte anos depois de passada em julgado a sentença de abertura da sucessão provisória do ausente, ou ainda o ausente com oitenta anos de nascido e de cinco datam as suas últimas notícias.

Antônio Chaves (1994, p. 50) explica que “a morte é a cessação de toda a atividade funcional peculiar a animais e vegetais, tempo decorrido entre o começo e o fim da existência”.

Diz o nobre doutrinador Caio Mário (2004, p. 221):

A personalidade é um atributo do ser humano e o acompanha por toda a sua vida. Como a existência da pessoa natural termina com a morte, somente com esta cessa a sua personalidade. Este princípio, com esta generalidade, pode-se dizer recente na história jurídica.

Neste sentido, há o consenso dos doutrinadores, de forma que a morte é o ponto que determina o término da personalidade natural.

2.7 Sanção

O fato de o direito à vida representar um grandioso e importante marco para os direitos da personalidade, é que se tem uma dupla sanção: a pública e a privada. A sanção pública é tida em decorrência da garantia ao direito à vida e à dignidade, portanto é a feição constitucional e a outra é a penal, abordando o homicídio, induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, infanticídio e aborto. Por sua vez, a sanção privada é caracterizada em especial pelas indenizações pelos danos materiais e morais (civis), causados contra a vida de outrem, mas também pelas sanções na esfera administrativa, como no âmbito dos órgãos de classe (Conselho Federal ou Regional de Medicina, entre outros).

Capelo de Souza (1995, p. 82), lembra que “os bens jurídicos de personalidade: a vida, o corpo, a saúde e a liberdade, devem ser indenizados em caso de lesão (proteção civil) e que a vida é protegida pelo Direito Penal”.

CAPÍTULO 3 DIREITO À VIDA

3.1 O Direito à vida: aspectos gerais

A palavra, termo ou expressão VIDA, possui um grande valor em todos os seus ramos, pois a sua amplitude e importância em cada área é capaz de estabelecer marcos e referências responsáveis por atos e conseqüências no âmbito jurídico. Para tanto, é importante mostrar que a vida também está descrita na Bíblia Sagrada, em Gênesis, 1-2, diz que:

Deus criou a luz, o firmamento, a terra, o mar, o Sol, a Lua e as estrelas, mas isso não era bastante, então, criou a VIDA, primeiro a vida vegetal e depois criou a vida animal. Daí, criou também o homem e a mulher, soprou sobre eles vida e os tornou seres viventes.

Sob diferentes aspectos a palavra VIDA é conceituada no Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa (2001, p. 2858), nos quais os que pertine ao Direito à Vida são os do nosso interesse, são os seguintes:

[...] 3 - o período de um ser vivo compreendido entre o nascimento e a morte; existência. ...5 - motivação que anima a existência de um ser vivo, que lhe dá entusiasmo ou prazer; alma, espírito...8 - o conjunto dos acontecimentos mais relevantes na existência de alguém; 9 - meio de subsistência ou sustento necessário para manter a vida [...]

Não seria possível descrever sobre a vida e sua tutela sem destacar Canotilho (2001, p. 526/533/539) que aduz:

O direito à vida é um direito subjetivo de defesa, pois é indiscutível o direito de o indivíduo afirmar o direito de viver, com a garantia da não agressão ao direito à vida, implicando também a garantia de uma dimensão protetiva deste direito à vida.

Então, o indivíduo tem o direito perante o Estado de viver, o Estado tem a

obrigação de se abster de atentar contra a vida do indivíduo, e por outro lado, o indivíduo tem o direito à vida perante os outros indivíduos e estes não devem praticar atos que atentem contra a vida de ninguém. Dessa forma, o direito à vida é um direito e não é uma faculdade.

Muito bem expresso por Capelo de Souza (1995, p. 203):

Independentemente da origem da vida humana, a vida é um fluxo de projeção coletivo, contínuo, transmissível, comum a toda a espécie humana e presente em cada indivíduo humano, enquanto depositário, continuador e transmitente dessa energia vital global. Constitui um elemento promordial e estruturante da personalidade. A vida humana é susceptível de diversas perspectivas.

O doutrinador supra citado (1995, p. 204), entende ainda que não há apenas um direito de vida, como por exemplo a conservação da vida existente, mas também um direito à vida que é o desdobramento e evolução da vida e até mesmo à consecução do nascimento com vida.

Para Sarlet (2005: p. 62):

No que diz com o reconhecimento de novos direitos fundamentais, impende apontar para o risco de uma degradação dos direitos fundamentais, colocando em risco o seu “*status* jurídico e científico”, além dos desprestígio de sua própria “fundamentalidade”. Assim, fazem-se necessárias a observância de critérios rígidos e a máxima cautela para que seja preservada a efetiva relevância e prestígio destas reivindicações e que efetivamente correspondam a valores fundamentais consensualmente reconhecidos no âmbito de determinada sociedade ou mesmo no plano universal.

A concepção de De Cupis (1961, p. 211) insiste que há uma identidade da existência biológica e a palavra vida em si e que o direito à vida é essencial, tendo vista que possui como objeto um bem muito mais importante e elevado que qualquer outro, por isso é um direito essencialíssimo. Ainda estabelece que o direito a vida é um direito inato, adquirido no nascimento, portanto, intransmissível, irrenunciável e indisponível.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pela XXI sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas, preconiza que o direito à vida é inerente à pessoa

humana, por esta razão, deverá ser protegido pela lei e ninguém poderá ser arbitrariamente provado de sua vida. (Parte III, artigo 6º).

Por fim, a vida forma um pressuposto essencial à aquisição de direitos da personalidade e a vida humana constitui um bem jurídico, objeto de relações jurídicas, porém é intransferível e indisponível.

Pode-se mencionar algumas das características dos direitos fundamentais:

1 - Historicidade: apresentam evolução histórica como qualquer outro direito, pois se formos encontrar as origens, encontraremos uma cadeia evolutiva, no pico da qual eles se situam.

2 - Universalidade: são destinados a todos os seres humanos, indistintamente, constituindo uma preocupação geral da humanidade.

3 - Individualidade: apesar da universalidade anteriormente descrita, os direitos fundamentais estão relacionados ao fato de que cada pessoa é um ente perfeito e completo, mesmo que considerado de forma isolada.

4 - Limitabilidade: não são absolutos, porque o direito fundamental poderá se confrontar com um outro direito fundamental, e isso será resolvido pela preponderância de um em detrimento do outro direito, de acordo com o caso em concreto.

5 - Concorrência: os direitos fundamentais podem ser acumulados num mesmo titular ou cruzar vários deles.

6 - Irrenunciabilidade: os indivíduos não podem deles dispor. É possível que deixem de exercer alguns dos seus direitos fundamentais, mas não renunciar a eles.

A natureza dos direitos fundamentais são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana. No que tange a sua eficácia e aplicabilidade das norma que contêm os direitos fundamentais dependem muito de seu enunciado, pois se trata de assunto que está em função

do direito positivo, sendo que a Constituição Federal de 1988 é expressa sob quando estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, têm aplicação imediata.

3.2 O Direito à vida como direito fundamental

3.2.1 Direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, por serem normas jurídicas positivas constitucionais, têm como objetivo a proteção à dignidade, à liberdade e à igualdade humana em todas as dimensões. O termo fundamental deixa clara a imprescindibilidade desses direitos à condição humana e ao convívio social.

Os estudos realizados por Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p. 70) versam:

Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e posituação constitucional de determinados valores básicos, integram o núcleo substancial, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais a substância propriamente dita, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo.

Para classificar direitos como fundamentais, faz-se necessário tirá-los da esfera de disponibilidade do legislador ordinário e agregar-lhes força, imperatividade absoluta, cogência e garantia tão intensas, que não é mais possível qualquer restrição, limitação, flexibilização ou não incidência deles.

Não existe norma constitucional completamente destituída de eficácia. No entanto, quando se fala em direitos fundamentais, a carga eficaz deve ser vista, tida e realizada de modo integral.

3.2.2 Conceito e evolução dos direitos fundamentais

Diante da dificuldade de se fornecer uma definição consistente sobre a temática, fez-se necessário investigar a doutrina competente. Assim, na boa linguagem de João Baptista Herkenhoff (1994, p. 2):

Por direitos humanos ou direitos do homem são, modernamente, entendidos aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente. São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política. Pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e garantir. Este conceito não é absolutamente unânime nas diversas culturas. Contudo, no seu núcleo central, a idéia alcança uma real universalidade no mundo contemporâneo [...].

Também denominados de “direitos naturais”, “direitos do homem”, “direitos individuais”, “direitos públicos subjetivos”, “direitos fundamentais”, “liberdades fundamentais” e “liberdades públicas”, esses direitos são aqueles essenciais à pessoa humana e que precisa ser respeitada como pessoa. São aqueles atribuídos a todo ser humano independente de raça, cor, cultura, origem, etc. Trata-se, portanto, da necessidade básica, fundamental, nascida com cada um, impregnada, essencial e inalienável, sendo inadmissível que os agentes estatais os tratem de forma arbitrária.

Ressalte-se que, a partir do momento que esses direitos são positivados, ou seja, codificados, passam a ser chamados de “direitos fundamentais”, constituindo a essencialidade e a fundamentação de toda Constituição.

As expressões direitos fundamentais e direitos do homem, em regra, são utilizadas para expressar o mesmo sentido, porém, uma distinção poderá ser feita. Seguindo o raciocínio de Canotilho (2001, p. 387), os direitos do homem “são direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente” enquanto que os direitos fundamentais “são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos”, isto é, mostra-

se uma dimensão jusnaturalista-universalista.

Para José Afonso da Silva (1998, p. 182), Direitos fundamentais do homem é a denominação mais pertinente, haja vista que:

Além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

Destarte, é imprescindível destacar a diferença terminológica entre direitos fundamentais e direitos humanos. Os direitos fundamentais são direitos humanos reconhecidos dentro de cada ordem jurídica interna, de acordo com os dogmas e peculiaridades atuais de cada Estado, para tanto são nacionais e podem variar de acordo com o local e com época, enquanto que direitos humanos são aqueles reconhecidos internacionalmente, com seu marco jurídico inicial na Declaração Universal de Direitos Humanos. Fica claro que os direitos fundamentais são conseqüências diretas do direito interno do Estado e os direitos humanos é utilizado a partir da óptica do direito internacional.

Os Direitos fundamentais estão intimamente ligados à pessoa humana, sendo, portanto, indispensáveis para que a pessoa humana tenha a garantia da liberdade, igualdade e direito à vida digna.

Em face da constante dinamicidade social e histórica da humanidade, os Direitos Humanos foram aumentando gradativamente como reflexo das necessidades que tem o homem quando convive coletivamente.

Os primeiros direitos do homem elevados no âmbito mundial, ou melhor, os direitos humanos de primeira geração, tiveram sua ascensão no século XVIII, refletindo o individualismo liberal-burguês emergente. São direitos de titularidade individual, embora alguns sejam exercidos em conjuntos de indivíduos. São as liberdades públicas, como o direito de liberdade política, da livre iniciativa econômica, da manifestação da vontade,

liberdade de pensamento, liberdade de ir e vir, as liberdades de culto, crença, consciência, opinião, expressão, associação e reunião pacíficas, locomoção, residência, participação política, bem como o direito à vida, segurança, não discriminação racial, propriedade privada, etc.

Uma outra geração de direitos surgiu no final do século XIX e início do XX como resultado de aspirações igualitárias, provenientes principalmente das lutas das classes trabalhadoras, após a Revolução Industrial. Trata-se dos direitos econômicos e sociais, também conhecidos por direitos metaindividuais, ou coletivos, e têm por escopo, efetivar o ideal de igualdade, de forma que possa garantir a todos condições materiais justas para a progressão econômica e auto-suficiência. São exemplos: os direitos previdenciários e os direitos trabalhistas.

A terceira geração de direitos, do século XX, seriam os ligados à solidariedade entre os seres humanos e contemplam o princípio da fraternidade. São eles: direito à paz, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, direito de comunicação, etc.

Recentemente, percebe-se a existência de discussões doutrinárias que indicam uma quarta e uma quinta geração de direitos, sendo aquela ligada à preservação da biosfera, engenharia genética, ecologia, etc.; e a quinta geração estaria ligada aos direitos virtuais, à democratização da informação, à internet, entre outros.

3.2.3 Igualdade, liberdade e a dignidade da pessoa humana

Saliente-se que, todos esses direitos do homem, dispostos no tópico anterior, encontram-se sacramentados em oito valores, como ensina João Batista Herkenhoff (1994, p. 124), impregnados no corpo textual da Declaração Universal dos Direitos Humanos da

Organização das Nações Unidas, de 1948, em seus trinta artigos.

Esses grandes valores ético-jurídicos são: igualdade, fraternidade, liberdade, dignidade da pessoa humana, paz e solidariedade universal, proteção legal dos direitos, justiça, democracia e dignificação do trabalho. Todos eles configuram a finalidade almejada por esse diploma, para que se possa alcançar a harmonia dentro das nações e entre elas, reconhecendo-se, dessa forma, a existência formal de direitos universais inerentes à pessoa humana.

Neste momento, em razão da abordagem temática do presente trabalho científico, não desdenhando os outros valores, serão analisados aqui apenas três: igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana.

Como se sabe, a igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana são valores intrínsecos à vida de cada ser humano, constituindo premissas básicas e indispensáveis do Estado de Direito Democrático, motivo pelo qual, tais princípios fundamentais vêm inseridos no preâmbulo das Constituições.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, contempla em seu artigo primeiro o valor igualdade quando prescreve que, os homens nascem e são livres e iguais em direitos. Sendo um dos lemas da Revolução Francesa, de 1789, esse princípio baseado em ideais iluministas eclodiu por todo o mundo, derrotando o absolutismo. Também está contemplada nos dois primeiros artigos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, quando prescrevem:

Artigo 1º - Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo 2º - I) Todo o homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. II) Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob

tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

Sinteticamente, pode-se dizer que, a igualdade visa preservar ou buscar condições para que todos, sem distinção de qualquer natureza, possam desfrutar de um equilíbrio social derivador de harmonia e justiça.

Já o valor liberdade está sacramentado nos artigos III, IV, XIII, XVIII, XIX e XX da Declaração Universal dos Direitos Humanos, assegurando a todas as pessoas o direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal; a liberdade de locomoção; de pensamento, consciência e religião; de opinião e expressão; e de reunião e associação pacíficas.

A Constituição Federal de 1988 alberga esse valor em vários dispositivos (5º, *caput*, VI, IX, XIII, XV, XVI, LXVIII e LXIX), e em seu preâmbulo o assegura e o eleva a categoria de valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, juntamente com o exercício dos direitos sociais e individuais, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.

Quanto à dignidade da pessoa humana, para se ter noção da dimensão desse valor, é interessante que se saiba sua origem etimológica. Pois bem, o termo “dignidade” é a expressão latina *dignitas*, que significa “respeitabilidade”, “prestígio”, “consideração”, “estima” e o termo *dignus* é um adjetivo provindo do verbo *decet*, que significa conveniente ou apropriado.

É irrefutável que a dignidade humana como princípio ou como valor possui *status* de supremo em todo sistema jurídico. Na Declaração Universal dos Direitos Humanos constitui o suporte dos artigos: III, quando garante a todo o homem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal; V, com a garantia de que ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante; VI, com o reconhecimento do homem como pessoa perante a lei; XIV, direito de asilo; XV, com a garantia de nacionalidade à todo homem; XVI, direito de constituir família e casar; XXII, direitos econômicos, sociais e

culturais; XXVI, direito à instrução no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais; e XXVII, participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de fruir de seus benefícios, além de proteção autoral.

Esse princípio abarca todos os direitos de personalidade, ou seja, todos os direitos humanos que estão sob o prisma das relações entre particulares. É um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, e está estabelecido no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Interessante observar que, a idéia central dele, se baseia no entendimento de que, a pessoa humana é um fim em si mesma, não podendo ser instrumentalizada ou descartada em função das características que lhe conferem individualidade.

Observe-se que, já é consenso doutrinário que, a liberdade e a igualdade são proteções e garantias da dignidade, o que significa dizer que o princípio da dignidade humana só ganha cenário pragmático por meio da igualdade e da liberdade.

Partindo dessa premissa, esses princípios ganham ainda maior relevância, pois fundamentam a necessidade de se reconhecer o direito à vida como um direito intrínseco a personalidade humana e vice-versa. A liberdade, como direito de personalidade, é direito subjetivo que tem como objeto a própria pessoa. Fica evidente que o direito à vida trata-se de um direito fundamental ao ser humano, intrínseco a ele.

O Direito à vida é, portanto, um direito humano personalíssimo, não cabendo ao Estado frustrá-lo ou reprimi-lo, cuja livre manifestação merece proteção e reconhecimento.

3.3 O direito à vida digna na Constituição Federal de 1988

O direito à vida é também um direito natural, inerente à condição de ser humano. Por essa razão, a Constituição Federal do Brasil de 1988 declara que o direito à vida é

inviolável. O artigo 5º da Carta magna diz: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida”.

Não existe direito passível de violação. Porém a Constituição Federal trouxe a questão da inviolabilidade do direito à vida porque esse é um direito fundamental. E, sendo a Constituição Federal a Lei Maior do país, as demais leis são infraconstitucionais e devem se reportar a ela. Os direitos previstos no artigo 5º da Constituição Federal são cláusulas pétreas e não podem ser suprimidos nem mesmo por emenda constitucional.

A inviolabilidade do direito à vida é estabelecida pela Constituição Federal do Brasil e pelos acordos internacionais sobre Direitos Humanos. O principal desses acordos é o Pacto de São José da Costa Rica, que em seu artigo 4º prevê: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”. O Pacto de São José da Costa Rica entrou para o ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto 678/1992 e tem força de norma constitucional, vale dizer, deve ser obedecido por todas as demais leis do país, tal como a Constituição Federal.

Oportuno o pensamento do ilustre constitucionalista Paulo Bonavides (2001, p. 233), para quem “nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana”.

Maria Helena Diniz (2003, p. 22/24) comenta que o direito à vida é essencial ao ser humano, e isso condiciona os demais direitos da personalidade. Haja vista que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, caput, garante a inviolabilidade do direito à vida, isto é, a integralidade existencial, conseqüentemente, a vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde o momento da concepção. E a vida humana deve ser protegida, pois é objeto de direito personalíssimo. O respeito a ela e aos demais bens ou

direitos correlatos decorrem de um dever absoluto.

Para Alexandre de Moraes (2000, p. 61/62):

[...] o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, tendo em vista que é pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos. [...] A Constituição Federal protege também a vida intra-uterina e cabe ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.

Como acentua Pontes de Miranda (2000, 14/29): “O direito à vida é inato, quem nasce com vida, tem direito a ela”. Em relação às leis e outros atos normativos dos poderes públicos, a incolumidade da vida é assegurada pelas regras jurídicas constitucionais e garantida pela decretação da inconstitucionalidade daquelas leis ou atos normativos. O direito à vida existe em qualquer ramo do direito, inclusive no sistema jurídico supraestatal. O direito à vida passa à frente do direito à integridade física ou psíquica. O direito de personalidade à integridade física cede ao direito de personalidade à vida e à integridade psíquica.

No que tange à dignidade da vida humana, Pontes de Miranda (2000, p. 62) faz uma comparação bastante interessante: “O direito ao salário mínimo, que não se confunde com o direito ao mínimo vital, que é o direito à existência”.

Quando Cretella Junior (1988, p. 182/183) fez Comentários à Constituição Brasileira de 1988, relatou que “bastaria que se tivesse dito o direito ao invés de a inviolabilidade do direito à vida”. Se vida é um direito garantido pelo Estado, esse direito é inviolável, embora não inviolado. Se disser que é inviolável quer dizer que se trata de rol de bens jurídicos dotados de inviolabilidade. O direito à vida é o primeiro dos direitos invioláveis, assegurados pela Constituição. Direito à vida é expressão que possui, pelo menos, dois sentidos: a) o direito a continuar vivo, embora se esteja com saúde - ligado à segurança física da pessoa humana, quanto a agentes humanos ou não, que possam ameaçar-lhe a existência; e b) o direito de subsistência - ligado ao direito de prover à própria existência.

Portanto, a vida constitucionalmente referida não é uma vida qualquer. Seu conceito se apóia noutra definição constitucional que é a da dignidade, vale dizer, o legislador constitucional propugna pela defesa da vida digna.

Capelo de Souza (1995, p. 78), apud Antônio Luiz de Seabra, dizendo que “o termo dignidade é mais abrangente que vida, porque não basta a vida, se esta não é digna e todos os seres humanos têm a mesma dignidade vital”.

Por último, o multiculturalismo mundividencial, religioso ou filosófico constitui fundamento para a dignidade da pessoa humana expressa pelo início da República como comunidade constitucional inclusiva.

O artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90), afirma que a criança e o adolescente têm a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Destarte, o direito à vida apresenta uma relação direta com a dignidade, pois esta é tida como a plenitude da vida. Portanto, o direito à vida é matéria ampla e não é apenas o direito de sobreviver, pois viver dignamente é o mínimo necessário. Nesse sentido, a Constituição Federal refere-se ao direito à vida, não somente no caput do Artigo 5º, mas também em outros artigos, como artigo 227 e o Artigo 230:

Artigo 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Artigo 230 - A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

O que se pretende neste momento é mostrar que é possível a efetiva realização do princípio da dignidade da pessoa humana, amplamente encontrado no ordenamento jurídico

pátrio, haja vista que o poder encontra-se centralizado no Estado que nada faz para minimizar as desigualdades absurdas da sociedade. Para que tal princípio seja deveras aplicado, o mínimo necessário será o desenvolvimento de mecanismos e políticas públicas eficazes, a fim de que os direitos fundamentais passem a figurar no plano concreto e não apenas no plano teórico.

3.4 O direito à vida e os direitos da personalidade

O direito à vida é um direito supremo e inviolável sem o qual não existiriam os demais direitos fundamentais. É ainda supremo e oponível, é inerente à pessoa humana e deve ser protegido por lei e ninguém poderá ser arbitrariamente privado da vida.

Do ponto de vista jurídico, o direito à vida está inserido como princípio fundamental na Constituição Federal de 1988 logo no *caput* do artigo 5º, que preconiza, *in verbis*:

Artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, (...) garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:"

Alexandre de Moraes (2000, p. 63), a propósito, afirma que: "O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos".

Em exposição sobre o tema, foi mostrado que por direitos da personalidade entende-se aqueles inerentes ao ser humano pelo fato de existir, sendo os mesmos essenciais para resguardar a dignidade da pessoa. Os bens a serem tutelados por essa gama de direitos podem ou não ter materialidade. O certo é que têm valor jurídico, posto que recebem tutela, embora nem sempre seja possível auferir valor econômico preciso.

A tutela dos direitos da personalidade estende-se, portanto, a todos os bens que representem uma projeção da personalidade: corpo humano, integridade física, órgãos, nome, intimidade, produção intelectual por exemplo, sem os quais a vida do ser humano não seria digna. Tais bens, físicos ou psíquicos, representam a totalidade do sujeito, um ser completo e pleno.

Diz o Código Civil brasileiro de 2002, *in verbis*: “Artigo 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Para o sábio doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 70):

O conceito de personalidade está umbilicalmente ligado ao de pessoa. Todo aquele que nasce com vida torna-se uma pessoa, ou seja, adquire personalidade. Esta é, portanto, qualidade ou atributo do ser humano [...]. É pressuposto para a inserção e atuação da pessoa na ordem jurídica. A personalidade é, portanto, o conceito básico da ordem jurídica, que estende a todos os homens, consagrando-a na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade [...].

A personalidade do nascituro é uma realidade originária. O nascituro é pessoa, não porque a lei lhe conferiu direitos e deveres, mas por ser um centro de irradiação de direitos e deveres. Cabe ao legislador tão-somente reconhecer esse dado da natureza.

Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 77), em comum acordo com o que preconiza Caio Mário, esclarece que o início da personalidade jurídica do indivíduo, para o atual direito brasileiro, tem um momento certo, um marco zero que é quando a criança é separada biologicamente do ventre materno, desfazendo a unidade biológica, constituindo, mãe e filho, dois corpos, com vida orgânica própria. Completando o raciocínio, lembra que é indiferente que o cordão umbilical tenha sido rompido, o que contraria o entendimento de Washington de Barros Monteiro (2000, p. 59), que afirma que “a criança não terá nascido enquanto permanecer ligada ao ventre materno pelo cordão umbilical”.

A imposição do nascimento com vida reflete uma obviedade: a de que só aos

vivos interessa a tutela jurídica do Estado. A vida aqui será comprovada pela respiração do bebê, medida de qualquer forma, hoje mais modernamente, através de aparelhos ou da experiência clínica dos médicos. Questão importante é a observância de que, para o direito nacional, não interessa quanto tempo sobreviveu a criança, pois basta a primeira respiração para que se componha o surgimento do ser e da personalidade jurídica.

Novamente recorreremos às lições de Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 79):

Muitas vezes torna-se de suma importância saber se o feto, que morreu durante o parto, respirou e viveu, ainda que por alguns segundos [...] Essa constatação se faz, tradicionalmente, pelo exame clínico denominado docimasia de Galeno. Baseia-se essa prova no princípio de que o feto tendo respirado, inflou de ar os pulmões. Extraídos do corpo do que morreu durante o parto e imersos em água, eles sobrenadam. Os pulmões que não respiram, ao contrário, estando vazios e com as paredes alveolares encostadas, afundam. A medicina tem hoje recursos modernos e eficazes, inclusive pelo exame de outros órgãos do corpo, para apurar se houve ou não ar circulando no corpo do nascituro.

Com a dignidade tendo status constitucional, ela poderá ser invocada como uma cláusula geral de proteção de todos os direitos que integrem a personalidade e lhes sejam indispensáveis. Obviamente, a tutela dos direitos da personalidade ganha agilidade, absorvendo novos direitos sempre que for necessário.

Ademais, há a previsão constitucional de imediata aplicação das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, o que demonstra a possibilidade de imediata defesa dos direitos da personalidade, tendo por amparo o texto constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A justaposição dos relevantes temas ciência, fé e direito nos proporcionou semelhante encanto ao do ancião que redescobre o prazer de andar calmamente quando, depois de algum tempo, não mais precisa da velocidade dantes tão sonhada.

É que para conhecermos nossa própria existência, necessário retornar ao princípio de tudo e assim traçar a trajetória daquilo que fomos, que somos e do que desejamos vir a ser.

Da análise do tema em estudo, entende-se e vê-se que se faz necessário o exame contextualizado da matéria no ordenamento jurídico brasileiro, sempre utilizando a interpretação sistemática das normas, para considerar o grau de importância que traduz cada direito fundamental, em especial o direito fundamental à vida, vez que tal direito fundamental é considerado o mais fundamental de todos os direitos, pois é a partir do direito à vida que se ramificam todos os demais direitos.

Cientificamente, a vida começa na concepção, isto é, no momento em que os gametas masculinos (espermatozóide) entram em contato com os gametas femininos (óvulo). Isso ocorre já nas primeiras horas após a relação sexual. É nessa fase, na fase do zigoto, que toda a identidade genética do novo ser é definida. A partir daí, segundo a ciência, inicia a vida biológica do ser humano. Todos fomos concebidos assim. O que somos hoje, geneticamente, já o éramos desde a concepção.

Baseado nessa informação científica acerca do início da vida é que o Pacto de São José da Costa Rica diz que a vida deve ser protegida desde a concepção. Ademais, reconhecendo que a vida começa na concepção, também o Código Civil Brasileiro, de acordo com a Constituição Federal e com o Pacto de São José da Costa Rica, afirma em seu artigo 2º que: “A personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Foi através deste estudo científico, teológico e jurídico da origem da vida que se

firmou um posicionamento mais condizente com a exegese da Constituição e do direito fundamental à vida nela constituído, que ultrapassa os limites infraconstitucionais da definição legal de nascituro e o cunho materialista dos direitos inerentes à personalidade, sobrepondo-se a estes.

Despindo-se então dos conceitos científicos e teológicos atinentes à espécie e prendendo-se ao texto constitucional se pode declarar em termos jurídicos próprios que a existência no seu ponto de vista mais amplo diverge da interpretação pragmática da vida no sentido físico-material como condição para o exercício de direitos.

Assim sendo, a origem da vida não pode ser considerada tão somente um fenómeno jurídico a partir do nascimento, momento a partir do qual se adquire o direito de ter direitos, sublimando-os *post mortem*, ato jurídico natural ou presumido, como se na “novela do ser humano” só importassem os capítulos inicial e final, onde os mocinhos se casam e os vilões morrem.

A elaboração desta trama vem aquém da apresentação ao público do seu personagem principal, o ser humano, contemplando também a sua formação, o seu desenvolvimento e o exercício digno de seus papéis na sociedade e a satisfação de suas necessidades, desde a sua concepção ao seu fenecer.

E ao extinguirmos este direito, antes ou depois do seu efetivo exercício, estamos nos sujeitando, conseqüentemente, às sanções públicas e privadas cominadas ao perecimento deste mais precioso bem, haja vista que não podemos, em nome de valores menores, atingir o direito do ser humano enquanto pessoa quando já existente a personalidade ou antes que esta se consolide.

Com estas considerações sobre a matéria, foi dada uma modesta contribuição, sem, contudo, ter a pretensão de pôr um termo ao assunto, que se revela mais denso a cada dia e que se perpetuará, certamente, às gerações que haverão de nos suceder na exploração deste

profundo e talvez infinito espectro do conhecimento.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. Ed. Malheiros, 2001.
- BÍBLIA SAGRADA. *Nova Tradução na Linguagem de hoje*. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2000.
- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. 31. ed., atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Código Civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 5. ed. Ed. Coimbra, 2001.
- CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- CHAVES, Antônio. *Direito à Vida e ao Próprio Corpo (intersexualidade, transexualidade, transplantes)*. 2ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1988.
- DE CUPIS, Adriano. *Os direitos de personalidade*. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antônio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961.
- Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 1. 20. ed. rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

FRANÇA, R. Limongi. *Instituições de direito Civil*. 4. ed, atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. v. 1. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

HERKENHOFF, João Baptista. *Curso de direitos humanos: gênese dos direitos humanos*. v. 1. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1994.

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e o direito à vida privada*. São Paulo: RT, 2000.

LÔBO NETTO, Paulo Luiz. *Danos morais e direitos da personalidade*. Revista Jurídica Notadez. Porto Alegre, ano 49, nº. 284, jun. 2001.

LOTUFO, Renan. *Direito civil constitucional*. Caderno 3. 1. ed. São Paulo: Malheiros editores Ltda, 2002

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. v. 1 Campinas: Brookseller, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil, direito das obrigações*. 2º parte. São Paulo: Saraiva, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ORGAZ, Alfredo. *Personas individuales*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Depalma, 1947.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. Rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

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

SOUZA, Reindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 1995.

SZANIAWSKI, Elimar. Direitos da personalidade e sua tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. Ed. Malheiros, 1998.

TORRENTE. *Manuais di diritto privato*. v. 1. RT, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. Parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.