



FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*

DIREITO CIVIL

IGOR TARCÍSIO FLEXA DE SOUZA

**PL 478/2007: A DICOTOMIA DO ESTATUTO DO
NASCITURO FRENTE OS DIREITOS DAS MULHERES – A
TUTELA DO ABORTO SOB O ORDENAMENTO PÁTRIO**

Salvador
2018

IGOR TARCÍSIO FLEXA DE SOUZA

**PL 478/2007: A DICOTOMIA DO ESTATUTO DO
NASCITURO FRENTE OS DIREITOS DAS MULHERES – A
TUTELA DO ABORTO SOB O ORDENAMENTO PÁTRIO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito de avaliação do curso de Pós Graduação da Faculdade Baiana de Direito para aprovação no curso de Direito Civil.

Salvador
2018

IGOR TARCÍSIO FLEXA DE SOUZA

**PL 478/2007: A DICOTOMIA DO ESTATUTO DO
NASCITURO FRENTE OS DIREITOS DAS MULHERES – A
TUTELA DO ABORTO SOB O ORDENAMENTO PÁTRIO**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau Especialista em Direito Civil, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2018

A todos aqueles que, direta e indiretamente, me deram a força necessária para concluir o presente trabalho. Vocês sabem.

Como pode o Estado – isto é, um delegado de polícia, um promotor de justiça ou um juiz de direito – impor a uma mulher, nas semanas iniciais da gestação, que a leve a termo, como se tratasse de um útero a serviço da sociedade, e não de uma pessoa autônoma, no gozo de plena capacidade de ser, pensar e viver a própria vida? (BARROSO).

RESUMO

Sabe-se que a luta das mulheres para que essas tenham voz e igualdade de direitos é longa e ainda está longe de chegar ao fim. Em meio a todos os entraves, há ainda uma forte resistência social, política, legislativa e judicial, daquele que, em verdade, deveriam resguardar seus direitos. Tal afirmação se comprova ao analisarmos Projetos como o de nº 478/2007, o qual objetiva a proteção do nascituro frente à mãe, restringindo o já limitado espaço das mulheres frente à sociedade, principalmente no que diz respeito à dignidade e a autonomia corporal, bem como criar mecanismos para obstar a prática do aborto no Brasil, inclusive quando encontra-se excluída a ilicitude para a sua prática. Nesse sentido, o presente trabalho debruça-se na análise do Projeto de Lei nº 478/2007, fazendo um estudo da figura do nascituro, confrontando com os direitos reconhecidos a mulher e uma possível prevalência de um sobre o outro.

Palavras chaves: Projeto de Lei 478/2007; Nascituro; Mulher; Aborto; Autonomia Corporal.

ABSTRACT

It is known that the struggle of women so that they have a voice and equal rights is long and still far from reaching the end. In the midst of all the obstacles, there is a strong social, political, legislative and judicial resistance of the one who, in truth, should safeguard their rights. This assertion is proven by analyzing Projects such as No. 478/2007, which aims to protect the unborn child in front of the mother, restricting the already limited space of women opposite society, especially with regard to dignity and bodily autonomy, as well as how to create mechanisms to prevent the practice of abortion in Brazil, including when it is excluded the illegality for its practice. In this sense, the present work is focused on the analysis of Bill 478/2007, making a study of the figure of the unborn child, confronting with the rights recognized the woman and a possible prevalence of one over the other.

KEY-WORDS: Bill 478/2007; Unborn child; Woman, Abortion, Dignity of human person, Bodily autonomy

LISTA DE SIGLAS

CC - Código Civil

CP - Código Penal

CF - Constituição Federal

PL - Projeto de Lei

PEC - Projeto de Emenda Constitucional

STF - Supremo Tribunal Federal

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CCJ - Comissão de Constituição e Justiça

IBDFam - Instituto Brasileiro de Direito de Família

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O NASCITURO NA HISTÓRIA E SUA EVOLUÇÃO JURÍDICA	13
2.1 O PERÍODO DA GRÉCIA ANTIGA	13
2.2 O NASCITURO E O DIREITO ROMANO	14
2.3 A IDADE MÉDIA E O DIREITO CANÔNICO	16
2.4 A 2ª GUERRA MUNDIAL E A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL	17
3 NOÇÕES ACERCA DA PERSONALIDADE CIVIL E DO NASCITURO	19
3.1 A PESSOA	19
3.2 A PERSONALIDADE CIVIL	20
3.3 INÍCIO DA PERSONALIDADE X INÍCIO DA VIDA	21
3.4 PERSONALIDADE X DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	22
3.5 CAPACIDADE CIVIL	24
3.6 NASCITURO, PROLE EVENTUAL, NATIMORTO, EMBRIÃO E FETO	25
4 TEORIAS ACERCA DO INÍCIO DA PRSONALIDADE	27
4.1 TEORIA NATALISTA	27
4.2 TEORIA CONCEPCIONISTA	29
4.3 TEORIA DA PERSONALIDADE CONDICIONAL	30
4.4 TEORIA ADOTADA À LUZ DO ATUAL ORDENAMENTO PÁTRIO	32
5 O NASCITURO E O DIREITO A VIDA	35
5.1 DIREITO A ADOÇÃO	35
5.2 DIREITO AO RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO	36
5.3 DIREITO A ALIMENTOS E PROVENTOS	37
5.4 DIREITO A REPRESENTAÇÃO E A CURATELA	38
5.5 DIREITO A RECEBER DOAÇÕES	39
5.6 DIREITO A SUCESSÃO	39
5.7 DOS DANOS MORAIS E O RECONHECIMENTO DE DIREITOS AO NASCITURO EM CONSONÂNCIA COM A TEORIA NATALISTA	40

6 PROJETO DE LEI Nº 478/2017	45
6.1 PROJETO DE LEI 478/07 – “A BOLSA ESTUPRO”	45
6.2 O AVANÇO DO RETROCESSO	53
6.3 REJEIÇÃO PELO IBDFAM	56
6.4 PROJETO DE LEI 478/08 X ADPF Nº 54	57
6.5 PL 478/07 X ABORTO	60
6.6 PEC 181, DENTRE OUTROS PROJETOS DANOSOS	67
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	69
REFERÊNCIAS	74

1 INTRODUÇÃO

O direito do nascituro e sua situação de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro são temas de grande importância para as mais diversas searas do direito, medicina e, não obstante, para a própria sociedade, motivando diversos debates, tanto na doutrina, quanto nas jurisprudências acerca do mencionado assunto.

Diariamente, inovações científicas, bem como as mudanças sociais, trazem o homem a se deparar com questões que há tempos atrás eram inconcebíveis de se imaginar, como, a título exemplificativo, a pesquisa acerca da vida, o estudo do DNA humano e, dentre os mais diversos estudos envolvendo tão delicado tema, envolvendo esferas éticas e morais.

Ressalte-se que, no que tange à questão dos direitos do nascituro, grande parte da discussão gira em torno do momento em que se inicia a sua vida, divergindo opiniões de juristas, médicos, cientistas e diversos operadores das demais áreas. O grande conflito, trazendo a discussão para a seara jurídica, se dá na possibilidade, ou não, de conferir personalidade aos entes que ainda não nasceram.

Ressalte-se que dessa discussão, diversas teorias nasceram, sendo que destas, três teorias se sobressaem, quais sejam: teoria natalista, teoria concepcionista e a teoria da personalidade condicional.

De acordo com o Código Civil Brasileiro, mais precisamente no seu artigo 2º, a personalidade civil se inicia com o nascimento com vida, tornando-se, a partir desde momento, sujeito passível de direitos e obrigações. Todavia, note-se que a segunda parte do dispositivo legal resguarda direitos ao nascituro, desde a sua concepção, deixando assim, abrindo uma margem de debate sobre o momento em que se começa, de fato, a personalidade civil.

Em meio ao caloroso debate acerca do tema, avançou para a Câmara de Deputados o Estatuto do Nascituro, projeto de Lei iniciado em 2007, que visa garantir a proteção integral do nascituro, privilegiando os seus direitos desde a concepção e trazendo a controversa possibilidade de que a mulher que venha a ter uma gravidez resultante de estupro, caso seja conhecido o agente do ato criminoso, este será

responsável por fornecer pensão alimentícia ao nascituro e, posteriormente, a criança nascida.

O projeto vem sendo alvo de intensas críticas, principalmente do Conselho Nacional dos Direitos das Mulheres, alegando que causaria um enorme impacto negativo aos direitos adquiridos pelas mulheres, principalmente por desconsiderar a mulher como portadora de direitos sobre si mesma.

Ademais, o mencionado projeto traz em seu bojo uma forte política no sentido impor obstáculos a interrupção da gravidez, ainda que nas formas permitidas em lei, reforçando a uma direta proibição da livre disposição corpórea pela própria mulher, acarretando em uma grave lesão a integridade psicofísica da gestante, bem como uma preocupante questão de saúde pública, posto que a situação do aborto se faz uma realidade cada vez mais presente na nossa sociedade, não podendo se virar as costas para tal problema, uma vez que a sua proibição tem se mostrado ineficaz.

Assim, o presente trabalho se debruça na tentativa de explicar o início da personalidade civil, ressaltando a diferença desta para o início da vida, a partir das diversas teorias acerca do tema, explanando seus argumentos e justificativas, sob a óptica do direito brasileiro, ressaltando quais os direitos resguardados ao nascituro, com o escopo principal de discutir a problemática do Projeto de Lei 478/2007, realizando críticas ao seu texto legal, demonstrando o retrocesso jurídico que este pode causar principalmente no que tange o direito das mulheres, especialmente a dignidade da mulher, a sua integridade psicológica, bem como ao direito do aborto legalizado e a sua livre disposição corporal.

Desta forma, divide-se o presente trabalho da seguinte forma: inicia-se com um apanhado histórico acerca do instituto do nascituro ao longo dos anos, desde o período clássico da Grécia até a contemporaneidade, com enfoque na evolução da concepção do nascituro no nosso ordenamento pátrio. *A posteriori*, no intuito de facilitar a compreensão, antes de adentrar, de fato, a seara do nascituro bem como discutir a problemática do Estatuto, realiza-se uma análise do instituto da personalidade civil, trazendo maior clareza e entendimento acerca do tema, ao destrinchar e distinguir personalidade, capacidade civil, bem como o que venha a ser nascituro, embrião e feto, fazendo o apanhado geral de todos os elementos.

Seguindo com o aprofundamento do tema, importa explanar e debater as teorias acerca do início da personalidade civil, demonstrando os fundamentos e justificativas e qual teoria é adotada pela nossa legislação, além de realizamos uma análise dos direitos adquiridos do nascituro atualmente, quais sejam, direito a vida, a filiação, a adoção, direito a curatela e representação, de receber doações, de suceder, bem como direito a alimentos, demonstrando sua base legal e as diversas jurisprudências acerca do tema.

Por fim, abre-se espaço para o exame do Estatuto do Nascituro, realizando um comparativo com os direitos já concebidos ao nascituro e tecendo críticas ao projeto, demonstrando o quão nocivo pode ser o mencionado projeto caso venha a ser aprovado, em razão do conflito entre os direitos resguardados ao ente ainda a nascer à gestante, principalmente no que diz respeito ao direito de interrupção da gravidez, bem como pela luta das mulheres pela legalização do aborto.

2 O NASCITURO AO LONGO DA HISTÓRIA E SUA EVOLUÇÃO JURÍDICA

Desde o início dos tempos, o fenômeno da gestação e o nascimento do ser humano a partir do ventre da mulher despertam o interesse filosófico e até poético da sociedade, tendo em vista a sua magia e beleza.

Todavia, analisando tal fato a partir da perspectiva social, a figura do nascituro, ou seja, o ente dotado de vida intra-uterina, sempre acarretou em calorosos debates, seja na seara médico científica ou jurídica, principalmente no que diz respeito ao início da vida e sobre o início da personalidade civil, respectivamente,

Desta forma, tendo em vista a sua importância perante o ordenamento jurídico, trazendo o presente debate ao estudo em questão, faz-se mister uma análise pormenorizada da figura do nascituro ao longo dos tempos, bem como sua atual situação perante o nosso ordenamento pátrio, para uma melhor compreensão do tema.

2.1 O PERÍODO DA GRÉCIA ANTIGA

É sabido que a vida é “o primeiro e primordial direito de todos os seres humanos, é fundamento, condição e fonte primária dos demais direitos, trata-se de bem anterior ao direito, que deve ser devidamente respeitado pela ordem jurídica”.

Os direitos do nascituro ou, ao menos a concepção da vida intra-uterina bem como o entendimento acerca da origem da vida, sempre foram causa de debates e discussões sociais, éticas e religiosas ao longo dos tempos.

Sendo considerado um dos berços da cultura e sociedade ocidental, a Grécia foi uma das primeiras sociedades a falar sobre a origem e/ou existência de vida, ainda no período gestatório. A título exemplificativo, Hipócrates, considerado por muitos o “pai da medicina”, não administrava métodos ou medicamentos abortivos as mulheres gestantes.

O filósofo Plantão, por sua vez, admitia a idéia do aborto eugênico, ou seja, apenas nas hipóteses em que a criança pudesse nascer com deficiências físicas, mentais, ou quaisquer anomalias, visando o controle da “qualidade” da raça humana, pensamento este compartilhado também por Aristóteles, além da concepção do aborto em razão do controle demográfico. Aristóteles ainda defendia, bem como distinguia o

aborto, de acordo com a sua legalidade, sendo este criminoso, segundo o próprio filósofo, quando o feto já estivesse dotado de alma, ou seja, já possuísse vida, sendo que, seria necessário, primeiramente, constatar o sexo deste para então contabilizar a “aquisição da alma”: caso o feto fosse masculino, teria a alma adquirida aos quarenta dias de gestação, ao passo que, se fosse feminino, teria aos três meses.

Desta forma, é possível constatar que os gregos já admitiam a concepção do nascituro, assegurando-lhes direitos. Corrobora tal afirmação a leitura do texto A Vida de Licurgo, lendário personagem reconhecido por ser o legislador da cidade de Esparta, conforme abaixo:

[...] O que de tal modo aumentou a audácia e a insolência do povo que o próprio pai de Licurgo, que era rei, foi morto em consequência: pois, querendo um dia apartar alguns que se engalinhavam, recebeu um golpe de faca de cozinha, do que morreu, deixando o reino ao filho primogénito, Polidectes, o qual morreu logo depois sem herdeiros; **de maneira que todos estimavam que Licurgo devia ser rei, como também o foi, até que se conheceu que a mulher de seu irmão tinha ficado grávida: logo que ele o percebeu, declarou que o reino pertencia ao filho que nascesse, se fosse homem; e depois administrou o reino como tutor do rei somente.** Os Lacedemônios chamam Pródicos aos tutores de seus réis que ficam órfãos em tenra idade (PLUTARCO, 2017).

Pode-se depreender que a época em questão, já se debatia e até se reconhecia direitos a figura do nascituro como, a título exemplificativo supracitado, o direito sucessório.

2.2 O NASCITURO E O DIREITO ROMANO

Roma, ao seu tempo, debruçou-se de grande influência da Grécia para a composição da sua sociedade. Entretanto, no que tange a elaboração do seu código, foi adotado princípio do *Jus Civile* em consonância com o *Jus Naturale*, admitindo como o marco para o início da personalidade o nascimento com vida, que se configura com a separação completa do feto da mãe. Ademais, para que bebe fosse dotado de personalidade, deveria atender a certos requisitos, senão vejamos:

- a) Características Humanas: Para que fosse considerado humano, o bebe deveria nascer com todas as características humanas. A cria nascida com quaisquer deficiências ou má formação poderia ser morto pelo seu pai, posto que era considerado um monstro.

b) Nascimento com vida: O bebe que já nascesse sem vida, era considerado como se nem sequer tivesse nascido. Para que o nascimento fosse constatado, deveria a criança separar-se completamente da mãe, não tendo vida própria enquanto ainda estivesse ligado.

c) Viabilidade: Após a separação da mãe, o bebe deveria mostrar ser “viável”, ou seja, ter aptidão para se desenvolver e viver com saúde.

Para os adeptos da escola dos Proculianos, fazia-se indispensável para a constatação da vida, o choro da criança. Posteriormente, com a ascensão da escola dos Sabineanos, “qualquer sinal de vida passou a ser considerado necessário e suficiente à comprovação da vida”.

Note-se que, nesse sentido, para os romanos, o aborto espontâneo não era considerado pessoa, uma vez que nasceu sem vida, tampouco o deficiente físico ou disforme, sendo estes excluídos de toda e qualquer relação jurídica a época.

Grandes juristas como Savigny e Clóvis Bevilácqua constataram divergências em relação a entendimento acerca da figura do nascituro, posto que “enquanto alguns expressaram que os *infansconceptus* ainda não é uma pessoa, mas tão somente parte do corpo materno, uma víscera materna, não lhe atribuindo qualquer autonomia, outros, equiparavam o nascituro à criança já nascida, considerando-o como sujeito de direitos.”

No entendimento de Savigny, para os romanos, o feto ainda não poderia ser entendido como sujeito capaz de titular direitos, todavia, por ficção, deveria ser considerado pessoa, no escopo de ter resguardado princípios basilares como a vida, resguardando-o da morte, sendo tais direitos, de fato, conquistados após o nascimento.

Embora tenha sido falado que a viabilidade do neonato não era exigida, conforme leciona Savigny, alguns autores discordam de tal condição. Diante de tal divergência, nasceram regras, inspiradas nos ensinamentos de Hipócrates, de que o menor tempo para o ciclo de gestação ser viável seria de 182 (cento e oitenta) dias e com período máximo de 300 (trezentos) dias, a partir da concepção.

No entendimento de Silmara Juny de Abreu Chinelato e Almeida, a época em questão, já se falava em regras e normas para resguardar o direito a vida, razão pela qual eram estipuladas penas criminais contra o aborto, seja ele praticado pela mãe ou quaisquer pessoas que auxiliasse ou realizasse tal prática. Foi ainda instituída a “Lei

Régia”, permitindo a abertura do cadáver da mulher grávida, no escopo de salvar o bebe, sendo esta uma das formas de origem ao parto à cesariana.

No que tange o direito sucessório em relação ao nascituro, tinha-se o entendimento de que “se os direitos sucessórios dependiam do nascimento com vida, a mesma afirmação não é válida para outros direitos que deles eram independentes, sendo concedidos ao nascituro pelo simples fato de estar concebido”.

Assim, faz-se lógico afirmar que o direito brasileiro se inspirou no direito romano no que diz respeito ao início da personalidade, adotando a mesma teoria, ou seja, após o nascimento com vida, como será melhor explanado no momento oportuno.

2.3 A IDADE MÉDIA E O DIREITO CANÔNICO

A sociedade medieval teve uma grande influência por parte da Igreja, uma vez que, antes mesmo de fazer parte de um grupo familiar, da própria sociedade ou da política, era necessário que o indivíduo fosse integrante do catolicismo, cumprindo com suas obrigações junto à igreja.

Era notória e clara a influência do Direito Canônico na sociedade a época, razão pela qual, consoante ao que era preconizado nos ensinamentos católicos, o nascituro era considerado pessoa desde o momento da sua concepção, posto que já era considerado dotado de alma.

O entendimento doutrinário religioso reforçava que a vida, em toda a sua extensão, era considerada sagrada, uma vez que Deus estava presente em todo o momento, desde a sua concepção.

Nesta senda, tendo em vista a santidade e ausência de mácula pregada pelo catolicismo em torno da vida humana, o aborto era considerado uma aberração por parte da sociedade, tornando um pecado do qual deveria ser punido com as penas da época.

Diante o exposto, importa ressaltar a mudança no pensamento na idade média, acerca do nascituro, em comparado com o direito romano. Enquanto a idade média, influenciada pela forte base católica, passou a considerar o nascituro como pessoa

desde a sua concepção, o período romano tinha o entendimento de que a vida só se iniciava com o nascimento com vida, concretizado com a separação completa do feto para a sua mãe.

2.4 A 2ª GUERRA MUNDIAL E A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Após o final da Segunda Guerra mundial, diante das atrozes violações aos direitos humanos, em especial pelas mortes e intervenções médicas realizadas pelo regime nazista, fez-se imprescindível um maior destaque e proteção a dignidade humana, objetivando impedir novas ofensas e violações aos direitos personalíssimos do ser humano, como ocorreram no período de guerra. Nesse sentido:

Com o advento da Segunda Guerra Mundial, houve uma mudança paradigmática nas bases do direito. Antes, com o Código Napoleônico, por exemplo, desfrutávamos de um sistema jurídico liberal e individualista, que se reportava à autonomia privada e à livre circulação de riquezas. Após a Segunda Guerra, diante de todos os massacres e crimes contra a humanidade cometidos pelos regimes nazista e fascista, fomos conduzidos à necessidade de reconstrução dos Direitos Humanos e de criação de institutos jurídicos de valorização e de proteção da pessoa, como a Organização das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ALVARENGA, 2010).

Desta forma, todas as Constituições que sucederam a tal período passaram a ter o princípio da dignidade humana como base essencial e primeira para seu ordenamento jurídico, alterando o entendimento social antes vigente, que preconizava uma tutela maior aos bens e coisas.

Com a aceleração do desenvolvimento tecnológico – pós-guerra – ou seja, com a tensão causada pelo desenvolvimento, o homem passa a reivindicar um espaço seu, ou melhor, um direito que contemple a especificidade de sua personalidade. Isso não ocorre com uma retomada de concepção individualista ou liberal, mas com a exaltação de uma visão personalista e ética de formação e desenvolvimento do ordenamento jurídico (SOUSA, 2008, p.483).

Banhando-se na mesma ideia que influenciava todo o mundo, foi promulgada a Constituição Federal Brasileira de 1988, também utilizando-se da concepção da dignidade da pessoa humana como valor supremo constitucional, entendimento que vigora até os tempos atuais. Nas palavras do Mestre Luís Roberto Barroso acerca do tema:

O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. Relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito quanto com as condições materiais de subsistência. Aliás, o reconhecimento dos direitos da personalidade como direitos autônomos, de que todo indivíduo é titular, generalizou-se também após a Segunda Guerra Mundial e a doutrina descreve-os hoje como emanações da própria dignidade, funcionando como 'atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano'. Tais direitos, reconhecidos a todo ser humano e consagrados pelos textos constitucionais modernos em geral, são oponíveis a toda a coletividade e também ao Estado (BARROSO, 2001, p. 33).

Nesse sentido, como bem sintetizou Capelo de Souza, cumpre enfatizar que a mudança da visão liberal e individualista, baseada no Código Napoleônico para uma nova ótica humanista, consagrando o princípio da dignidade humana como cláusula geral de tutela a personalidade nas mais diversas constituições ao redor do mundo no período pós guerra e, como supracitado, na constituição brasileira, também serviu como base para a elaboração do Código Civil Brasileiro.

Trazendo o debate ao direito brasileiro, como já fora mencionado anteriormente, a legislação brasileira teve como base o ordenamento romano, justificando tal casuística a nossa colonização portuguesa, regida, obviamente, pelas Ordenações do Reino de Portugal. Desta forma, a época em questão, o entendimento era de que a pessoa só viria a ter capacidade de titular de direitos e contrair obrigações a partir do seu nascimento com vida, premissa seguida pelo Código Civil de 1916.

Ao longo do tempo, diversos anteprojetos trouxeram pensamentos diversos acerca da teoria que deveria ser adotada pelo ordenamento pátrio, anteriores, inclusive, ao próprio Código de 16, a exemplo dos esboços realizados pelos juristas Teixeira de Freitas e Clóvis Bevilácqua, os quais defendiam idéia concepcionista como fundamento acerca da condição do nascituro. Todavia, com a entrada do Código Civil de 2002 em vigor, em seu artigo segundo, restou consagrada a teoria natalista, como se depreende do caput abaixo:

Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. (Grifos Nossos) – (BRASIL, 2010).

Da leitura do mencionado artigo, fazendo-se uma análise superficial, pode-se concluir que o dispositivo traz em si uma contradição, uma vez que a primeira parte demonstra que o Código adotou a teoria natalista, contudo a sua segunda parte

resguarda os direitos do nascituro desde a sua concepção, inclinando-se para a teoria concepcionista, todavia tal ambigüidade será melhor explanada no momento oportuno.

3 NOÇÕES ACERCA DA PERSONALIDADE CIVIL E DO NASCITURO

Após o apanhado histórico para melhor entendimento da origem do instituto, faz-se mister uma análise e explanação acerca dos institutos que rodeiam o nascituro, correlatos a discussão, fundamentais para melhor compreensão e discernimento sobre o tema.

3.1 A PESSOA

Conceituando a partir do entendimento filosófico, temos que a pessoa é o ser humano dotado de racionalidade, o qual age e interage com o mundo a partir da sua manifestação de vontade. Juridicamente falando, a pessoa é o sujeito capaz de direitos e obrigações, diferindo da coisa, sendo sempre esta o objeto da relação jurídica.

Nas palavras do mestre Paulo Nader:

Pessoa física ou natural é o ser dotado de razão e portador sociabilidade, condição que o leva a convivência. Por sua constituição corpórea integra o reino da natureza e se sujeita às leis da física em geral. O que o distingue, todavia, é a espiritualidade – dom divino que singulariza no conjunto da escala animal (NADER, 2004, p. 144).

Note-se que não existe direito sem a presença de pessoas compondo a relação jurídica, posto que essas titulem os direitos e contraem deveres, denominadas de sujeitos de direito. Da leitura do Código Civil de 1916, tínhamos a seguinte redação no seu artigo 2º: “Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil”. Porém, com a sua revogação, a partir do Código de 2002, houve uma mudança no presente artigo, senão vejamos: Art. 1º. “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

Ao realizar um comparativo entre os códigos, notamos a principal mudança na substituição da palavra “homem” por “pessoa”, tornando a abrangência abarcada no dispositivo legal muito maior, uma vez que passou a incluir as mulheres. Alguns

doutrinadores, principalmente os adeptos da teoria concepcionista, afirmam que o presente dispositivo legal também engloba o nascituro, posto que, para estes, o ser intra-uterino já é considerado pessoa. Ademais, o mencionado artigo coaduna com idéia de igualdade, prevalecendo à dignidade da pessoa humana, premissa máxima da Constituição Federal.

Cumpra ainda ressaltar que a pessoa, enquanto gênero divide-se entre pessoa física, a qual o conceito já fora explanado e a pessoa jurídica, sendo esta uma entidade, podendo ser um conjunto de bens ou pessoas, sendo-lhe atribuída personalidade jurídica, todavia, esta não nos interessa, posto que apenas a pessoa natural engloba o objeto do nosso presente estudo.

3.2 A PERSONALIDADE CIVIL

De acordo com mestre Caio Mário, “Personalidade jurídica é a aptidão genérica de titular direitos e contrair obrigações na ordem civil”. Ressalte-se ainda, que a personalidade sob o prisma jurídico não se confunde com o conceito de personalidade na ótica psicologia, visto que essa ciência trata da maneira de ser e agir de cada indivíduo, com suas peculiaridades e nuances.

Nas palavras de Clóvis Beviláqua, a personalidade é “o conjunto dos direitos atuais ou possíveis, das faculdades jurídicas atribuídas a um ser, sendo certo que somente é pessoa o que pode ser sujeito de direitos e obrigações”.

Cumpra demonstrar ainda a evolução da personalidade jurídica ao longo dos tempos, uma vez que, no passado, nem todas as pessoas eram dotadas de personalidade. Os escravos, a título exemplificativo eram, considerados coisas, verdadeiras mercadorias para compra e venda e trocas de produtos. Após a abolição da escravatura e da ideia de morte civil, apenas os bens e os animais passaram a ser considerados objetos do direito, consoante o quanto disposto no artigo primeiro do nosso Código Civil.

Ademais, apenas por amor ao debate, importa mencionar que há uma corrente acerca dos animais, a qual defende que estes devam ser considerados, de fato, dotados de personalidade jurídica, considerando-os sujeito de direito, todavia, esta é

uma longa discussão que não diz respeito ao objeto do presente estudo, razão pela qual não iremos nos aprofundar nela.

Importa salientar ainda que a personalidade tem como pilares de sustentação duas premissas: a sua existência e duração e a sua individualização. Diversos doutrinadores defendem a ideia de que a personalidade se inicia com o nascimento com vida, findando-se com a morte, todavia essa teoria é muito contestada, restando como única convergência entre os doutrinadores, a premissa de que toda pessoa é dotada de personalidade.

Podemos ainda dividir a personalidade em dois tipos: a personalidade real, verdadeira, que é a personalidade inerente a toda pessoa e a personalidade ficta, presumida, considera a personalidade do ausente, a título exemplificativo.

3.3 INÍCIO DA PERSONALIDADE X INÍCIO DA VIDA

Embora de acordo com a atual doutrina e legislação, ambas pareçam manter uma relação simbiótica e de conexão, é imperioso ressaltar que o início da personalidade jurídica e o início da vida distinguem-se em si.

O início da personalidade jurídica é objeto de um caloroso debate jurídico, dividindo-se em diversas teorias, das quais, três merecem o nosso maior destaque: teoria natalista, teoria concepcionista e a teoria da personalidade condicional, as quais serão devidamente elencadas e discutidas em momento oportuno, tendo como foco principal os direitos resguardados ao nascituro, bem como a tutela ao aborto e a sua legalidade.

Ao seu passo, o início da vida também é motivo de grande controvérsia e discussão, todavia o seu enfoque se torna muito maior a partir da análise de pesquisas médicas e científicas acerca do tema, objetivando, principalmente, a utilização de células embrionárias para fins terapêuticos, sem que haja lesão aos princípios éticos, filosóficos e religiosos da sociedade.

Embora existam diversos métodos para a constatação o início da vida, principalmente a vida extra-uterina, o método mais utilizado é docimasia hidrostática, a qual se baseia na entrada de ar nos pulmões para a constatação da vida ou não. O

experimento é realizado mergulhando o pulmão em água. Caso esse bóie, é sinal que houve entrada de ar, considerando que a criança respirou, caso contrário, na situação em que o pulmão afunde, trata-se de um natimorto, nascendo à criança sem vida.

Desta forma, importa esclarecer que o início a vida e o início da personalidade, em que pese no primeiro instante se pareçam similares e até causem certa confusão, distinguem-se em diferentes institutos, cada um com diferentes peculiaridades e distintos objetos de estudo, de acordo com a sua respectiva ciência.

3.4 PERSONALIDADE X DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Os direitos da personalidade visam tutelar a integridade do ser humano, posto que tratam de direitos subjetivos a própria pessoa, dividindo-se essa tutela em uma tripartição da personalidade assim definida em: integridade física, integridade intelectual e integridade moral. Pontuando nas palavras do ilustre doutrinador Pedro Lenza:

Os direitos da personalidade são os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária); e a sua integridade moral (honra, imagem, recato, segredo profissional e doméstico, identidade pessoal, familiar e social). (LENZA, 2011, p.888).

Ressalte-se que o mencionado rol de direitos tutelados pela personalidade é meramente exemplificativo, não havendo o que se falar em limitação ou taxatividade de tais direitos, uma vez que esses integram o mínimo existencial ao ser humano para uma vida digna.

Os direitos da personalidade encontram respaldo legal na Constituição Federal, bem como no Código Civil, a partir do art. 11, traçando uma tutela geral de direitos da personalidade, senão vejamos:

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

Desta forma, imperioso afirmar que os direitos da personalidade são uma consequência de uma existência digna do ser humano, tornando a dignidade da pessoa

humana não um direito, mais sim um valor, consagrado como cláusula geral de tutela a personalidade.

O valor que é dado ao ser humano, em verdade, é traduzido para o ordenamento jurídico através do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, positivado, atua como *numerus clausus*, abrindo espaços para direitos que não se encontram legislados, mas que integram o mínimo existencial humano, atendendo os anseios sociais ao longo do tempo e a sua evolução.

O direito geral de personalidade encontra o seu reconhecimento no direito brasileiro, não só no princípio da dignidade da pessoa humana presente no art. 1º, III da Constituição como um direito fundamental, mas com muito vigor, ainda, no art. 12 do Código Civil que traça uma tutela geral aos direitos de personalidade, conforme abaixo demonstrado:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Isto porque a aferição objetiva da tutela geral do art. 12 do CC depende da inserção e conjunção de outros dispositivos de lei (tais como: o solidarismo constitucional do art. 3º, I da CF), que resultarão na subsunção do fato concreto em dispositivo de efetiva proteção da personalidade do indivíduo.

Tal direito geral de personalidade, assim, é consectário lógico e inabalável do direito humano a existência digna. Parece-nos que a proteção da dignidade humana por uma cláusula geral de direitos da personalidade acomoda de maneira mais confortável a finalidade de proteção extrapatrimonial do homem, da sua dignidade. Nas palavras de Amaro, (2008), “Os direitos da personalidade têm por escopo a defesa e a promoção da pessoa humana, fundada essencialmente na tutela da dignidade da pessoa humana”.

Moraes, por sua vez, conceitua a dignidade como:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas

limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (MORAES, 2010, p. 22).

3.5 CAPACIDADE CIVIL

A capacidade é a medida da personalidade. Estando disposto no artigo primeiro do Código Civil, distingue-se a capacidade da personalidade em razão da primeira ser a aptidão de alguém exercer os atos da vida civil por si só, ao passo em que a segunda trata da aptidão de adquirir direito e exercê-los, por si ou por outrem. Nos dizeres de Paulo Nader:

Não se confundem os conceitos de personalidade jurídica e de capacidade jurídica. Impõe-se a distinção, pois enquanto que o conceito de personalidade jurídica é absoluto, uma vez que dela ninguém possui graus, a capacidade jurídica é relativa, pois comporta alguma variação. Assim os estrangeiros possuem personalidade jurídica perante a legislação brasileira, mas a sua capacidade jurídica sofre restrições, pois não podem, por exemplo, ocupar certos cargos públicos que são privativos de brasileiros (NADER, 2004, p. 145).

Assim, resta claro afirmar que, para a aquisição da personalidade, é necessário tão somente o nascimento com vida do ser humano, todavia, para que este se torne capaz, faz imprescindível o preenchimento de uma série de condições.

Utilizando da doutrina francesa, cumpre ressaltar que a capacidade divide-se em duas, quais sejam, capacidade de direito e de fato. A aptidão para adquirir os direitos da vida civil, dá-se o nome de capacidade de direito, já a aptidão para postulá-los e exercê-los na vida civil, dá-se o nome de capacidade de fato.

Com a junção de ambas as capacidades é que temos a chamada capacidade plena. Todavia, será considerado incapaz aquele indivíduo que faça não jus, tão somente, a capacidade de direito, estando o rol de incapazes elencado no art. 4º do Código Civil, conforme abaixo:

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:
I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;
III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
IV - os pródigos.
Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

3.6 NASCITURO, PROLE EVENTUAL, NATIMORTO, EMBRIÃO E FETO

De acordo com o dicionário Aurélio, o nascituro é “aquele que há de nascer”, ou seja, trata-se do ser humano já concebido, ainda em vida intra-uterina, mas que tem o seu nascimento como fato futuro e certo, consoante os ensinamentos de Maria Helena Diniz:

Nascituro é aquele que [...] na vida intra-uterina tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos de personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneceriam em estado potencial, somente com o nascimento com vida (DINIZ, 1998).

Ademais, faz-se mister esclarecer que não se pode confundir o nascituro com a prole eventual, também conhecida como concepturo, tutelado pelo Código Civil, no seu artigo 1.799, em seu inciso I:

Art. 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; (grifos nossos).

Desta forma, trata-se a prole eventual do nascituro que ainda não foi concebido e que, conseqüentemente, pode ou não sê-lo. Nas palavras de Teixeira de Freitas, “é a prole futura de determinada pessoa, que poderá ou não ser concebida”. Resta notório a distinção desta para o nascituro, posto que a primeira sequer foi concebida, podendo, inclusive, nunca existir.

Ao seu turno, o natimorto é aquele que já venha a nascer sem vida. Em consonância com o enunciado da 1ª Jornada de Direito Civil, o natimorto deverá ser registrado em livro próprio no do Cartório de Pessoas Físicas, alcançando, o que lhe cabe, direitos de nascituro, senão vejamos:

Art. 2º: A proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como: nome, imagem e sepultura.

Anterior ao nascituro, o qual será terá a sua importância e eficácia legal melhor discutida em momento oportuno, está o embrião, que é, biologicamente falando, a união entre o óvulo (gameta feminino) e o espermatozóide (gameta masculino), formando uma única célula (zigoto) que começa a dividir-se e multiplicar-se, passando

pelo “estado de mórula”, até se tornar blastocisto. A partir desse período da gestação é que se inicia a formação da placenta e o resto do corpo do futuro bebe.

Após a oitava semana de gestação, o embrião desenvolvido passa a ser chamado de feto, uma vez começa a desenvolver os seus órgãos internos, sem que estes estejam no seu estágio evolutivo completo, iniciando também a formação dos braços, pernas e dedos. A partir desse estágio, o bebe é denominado de feto até o seu nascimento.

Torna-se imperioso concluir que a figura do feto acaba por se confundir com a do nascituro, podendo ser denominado de ambas as forma, uma vez que a sua diferença gira em torno apenas da etimologia.

4 TEORIAS ACERCA DO INÍCIO DA PERSONALIDADE

Após uma sucinta análise dos institutos que permeiam a seara objeto do nosso estudo, abre-se espaço para um dos questionamentos de maior hesitação e divergências dentre juristas e legisladores, que é o início da personalidade. Em verdade, desde direito romano, há um caloroso debate sobre a partir de que ponto se inicia a vida, a personalidade civil, bem com a partir de que momento este passa a ser considerado um sujeito de direitos.

Ademais, a partir da legislação pátria, a discussão ganha ainda mais força tendo em vista a ambigüidade já mencionada constante no nosso artigo 2º do Código Civil, segundo sustentam alguns doutrinadores e que será devidamente explanada.

Dos inúmeros debates acerca do tema, surgiram diversas teorias, das quais, principalmente perante a ótica do direito brasileiro, três delas merecem nosso destaque e atenção, quais sejam, a teoria natalista, a teoria concepcionista e a teoria da personalidade integral, as quais encontram-se destrinchadas abaixo.

4.1 TEORIA NATALISTA

De acordo com a teoria natalista, a personalidade tem seu início apenas com o nascimento com vida. Desta forma, pode-se afirmar que, segundo tal vertente doutrinária, não há personalidade antes do nascimento, pois o nascituro ainda não é pessoa. A este, são reservados expectativas de direitos, os quais, caso o nascituro não venha a nascer com vida, sequer serão confirmados e constituídos.

É oportuno frisar que esta é a teoria que prevalece perante os civilistas. Dentre diversos defensores, a exemplo de Caio Mário da Silva Pereira, Eduardo Espínola, Vicente Ráo e Silvio Rodrigues, podemos destacar a maestria de Sérgio Abdalla Semião que preleciona:

No útero, a criança não é pessoa, se não nasce viva, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direitos, nem pode ter sido sujeito de direitos, (...). Todavia, entre a concepção e o nascituro, o ser vivo pode achar-se em situação tal que se tem de esperar o nascimento para saber se algum direito, pretensão, ação ou exceção lhe deveria ter ido. Quando o nascimento se consuma, a personalidade começa (SEMIÃO, 2000, p. 89).

Cumprido ressaltar que, ainda que a lei ponha a salvo os direitos do nascituro, o nosso código civil é genuinamente natalista ao definir no seu artigo segundo que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida”. Nas palavras de Semião Dantas:

Os projetos do Código Civil Brasileiro variam muito na solução que deveriam adotar com relação a está datado início da personalidade, mas, no nosso Código Civil, o assunto não tem lugar a dúvidas. A personalidade data do nascimento” (DANTAS, 1942, p,45 *apud* SEMIÃO, 1998, p 42-43).

Ademais, reforçando a consonância do ordenamento pátrio com a teoria natalista, ainda que o Código Penal condene e puna o aborto e apesar deste estar elencado entre os crimes contra a pessoa, a tutela conferida ao nascituro não se equipara a da pessoa humana, uma vez que, comparando o crime de aborto ao de homicídio, resta evidente a discrepância as penas conferidas para ambos, uma vez que a pena conferida ao homicídio é substancialmente superior a qualquer pena do tipo penal do aborto. Ademais, há ainda de se destacar que a lei penal, atualmente, permite a realização do aborto em duas hipóteses: o aborto terapêutico e o aborto humanizado.

O aborto terapêutico ou necessário ocorre “se não há outro meio de salvar a vida da gestante”, ou seja, será permitido o aborto quando a gravidez acarretar risco a vida ou saúde da gestante.

Não obstante, também será ausente e ilícito o aborto quando a “gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

Na primeira hipótese, a vida da mulher a é colocada a frente da vida daquele que ainda há nascer, ao passo que na segunda hipótese, também é privilegiado o interesse da gestante, sendo considerada a profusão de sentimentos de aversão, tristeza, asco, dentre outros, da vítima de estupro superior ao direito à vida do fruto desta relação repulsiva. Note-se que em ambos os casos, ainda que haja o conflito entre interesses mútuos, o legislador privilegia os interesses da pessoa nascida, ou seja, da mulher, frente aos interesses do nascituro. Nesse sentido, imprescindível se faz trazer a baila os ensinamentos de NUCCI (2012, p. 622) quando ele nos diz que “entre os dois bens

que estão em conflito (vida da mãe e vida do feto ou embrião), o direito faz clara opção pela vida da mãe”.

Ocorre que esse entendimento pode vir a ser abalado, caso o Projeto de Lei 478/2007, que regula o estatuto do nascituro venha a ser aprovado, uma vez que esse visa tutelar a proteção de forma integral do nascituro. Todavia, esse tema será melhor discutido em no momento adequado.

Dentre os diversos doutrinadores contrários a corrente natalista, podemos apontar o civilista Flávio Tartuce, o qual defende que a teoria natalista trata o nascituro tão somente como coisa, posto que não o reconhece como pessoa. Nesse sentido:

Do ponto de vista prático, a teoria natalista nega ao nascituro até mesmo os direitos fundamentais, relacionados com a sua personalidade, caso do direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até à imagem. Com essa negativa, a teoria natalista esbarra em dispositivos do Código Civil que consagram direitos àquele que foi concebido e não nasceu. Essa negativa de direitos é mais um argumento forte para sustentar a total superação dessa corrente doutrinária (TARTUCE, 2012, p. 71).

Ademais, de acordo com os críticos, os diversos avanços medicinais, principalmente no que diz respeito à reprodução assistida, bem como a utilização de células-tronco embrionárias, acabam colocando a teoria natalista como uma corrente ultrapassada.

4.2 TEORIA CONCEPCIONISTA

A teoria concepcionista, também conhecida como verdadeiramente concepcionista, defende a premissa de que a personalidade tem o seu início a partir da concepção. Ou seja, reforça a ideia de que desde o momento da concepção (momento em que há a fecundação do óvulo com o espermatozóide), passa a existir a personalidade. Desta forma, é imperioso afirmar que, de acordo com esta corrente, o nascituro já é considerado pessoa.

Embora seja uma corrente minoritária, esta teoria inspirada no Direito Francês abarca alguns defensores renomados, dentre eles, nomes como Clóvis Beviláqua, Teixeira de Freitas, Francisco Amaral, Cristiano Chaves, dentre outros.

Estes alegam que diversos direitos respaldados tanto na Constituição como no Código Civil, independem do nascimento, a exemplo do direito ao reconhecimento da

filiação, do direito a ser representado através de curador, a receber doação, dentre outros. Nas palavras de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

E, finalmente, impõe-se registrar uma posição mais avançada da moderna doutrina civilista, esposando a tese de que o nascituro possui personalidade jurídica. É a teoria concepcionista. A ideia é inspirada no Direito francês e assegura que a personalidade jurídica é adquirida a partir do momento da concepção. Com esse pensar, encontram-se os preclaros Pontes de Miranda, Renan Lotufo, J. M. Leoni Lopes de Oliveira, Rubens Limongi França, Francisco Amaral, José Ascensão de Oliveira, Flávio Tartuce, Silmara Juny A. Chinellato e Almeida, dentre outros, e que tem como precursor o genial Teixeira de Freitas. Essa teoria está alicerçada, corretamente, no próprio Código Civil brasileiro, buscando como referências as regras contidas nos Arts. 1.609, Parágrafo Único (que permite o reconhecimento da filiação do nascituro), 1.779 (versando sobre a possibilidade de nomeação de curador ao nascituro), 542 (autorizando que se faça doação ao nascituro) e 1.798 (reconhecendo a capacidade sucessória do nascituro). Assim, vislumbram que a ordem jurídica, verdadeiramente, reconhece a personalidade jurídica do nascituro, conferindo-lhe personalidade concreta e não condicionada ao seu nascimento com vida (FARIAS, 2011, p. 123).

A partir da ótica concepcionista, podemos afirmar que o aborto constitui um crime contra a pessoa, visto que o nascituro, desde a sua concepção, deve ser considerado como sujeito de direitos, dotado de personalidade. Diferente tratamento não poderia ser aplicado a pesquisas com embriões, ainda que estes fossem fertilizados “in vitro”, recaindo sobre tal ato o mesmo tipo penal.

Assim sendo, de acordo com os concepcionistas, deve-se considerar o nascituro, desde a sua concepção, como pessoa, não havendo o que se falar em mera expectativa de direitos. Seguindo a mesma linha de raciocínio, o nascimento sem vida se equipara a morte de uma pessoa já nascida.

4.3 TEORIA DA PERSONALIDADE CONDICIONAL

A partir dos intensos debates acerca do tema, alguns doutrinadores passaram a dividir a teoria concepcionista em duas vertentes: a teoria verdadeiramente concepcionista, a qual já fora devidamente explanada, onde a personalidade inicia-se com a concepção, ou seja, na fecundação do espermatozóide ao óvulo, e a teoria da personalidade condicional, a qual será explicada a seguir.

De acordo com a personalidade condicional, a personalidade também tem o seu início a partir do nascimento com vida, todavia, garante ao nascituro direitos,

condicionando-os ao nascimento do ente já concebido. Em outras palavras, caso o nascituro venha a nascer com vida, a sua personalidade irá retroagir ao momento da sua concepção. Trata-se de uma condição suspensiva, como explica com maestria o professor Flávio Tartuce:

É aquela pela qual a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, ou seja, são direitos eventuais. Como se sabe, a condição suspensiva é o elemento accidental do negócio ou ato jurídico que subordina a sua eficácia a evento futuro e incerto. No caso, a condição é justamente o nascimento daquele que foi concebido (TARTUCE, 2015, p. 122).

Desta forma, pode-se afirmar que a personalidade deve ser considerada desde o momento da concepção, mas só virá a ser efetivada após o nascimento com vida. Aquele que já está concebido no ventre materno goza de direitos personalíssimos e extra patrimoniais, todavia, faz-se imprescindível o seu nascimento com vida para a aquisição desses direitos. Nesse período o concebido deve ser representado por um curador ou outro representante legal.

Note-se que a teoria condicional distingue-se da teoria natalista, no sentido de que, ao passo em que essa segunda descarta qualquer direito o tutela ao nascituro, a primeira já resguarda direitos desde a sua concepção, todavia, condicionando tais direitos ao seu nascimento com vida.

Rubens Limongi França sustenta que essa teoria é que mais se assemelha com a realidade, contudo, salienta que teoria condicional passa a ideia de que a personalidade só venha a existir após o nascimento com vida, o que, perante o seu ponto de vista, se faz equivocado, posto que, por se tratar de uma vertente concepcionista, há de se defender que a personalidade tenha como marco inicial a sua concepção. No seu entendimento, o nascimento não é onde se inicia a personalidade, este é apenas o momento de concretização da capacidade jurídica do nascituro.

No mesmo sentido, faz-se mister trazer novamente as considerações de Flávio Tartuce acerca do tema:

O grande problema da corrente doutrinária é que ela é apegada a questões patrimoniais, não respondendo ao apelo de direitos pessoais ou da personalidade a favor do nascituro. Ressalte-se, por oportuno, que os direitos da personalidade não podem estar sujeitos a condição, termo ou encargo, como propugna a corrente. Além disso, essa linha de entendimento acaba reconhecendo que o nascituro não tem direitos efetivos, mas apenas direitos

eventuais sob condição suspensiva, ou seja, também mera expectativa de direitos (TARTUCE, 2013, p.79).

Fato é que os concepcionistas, sejam ele “verdadeiramente concepcionistas” ou defensores da teoria condicional, tendo como base o amparo dispensado pela legislação brasileira a situação do nascituro, atentando-se ao quanto disposto na lei civil, penal e até trabalhista, sustentam que, em razão da grande quantidade de direitos dispensados a este, há de ser considerado como pessoa, não havendo razoabilidade nos preceitos defendidos pela teoria natalista, que sustenta que o ente já concebido goza apenas de mera expectativa.

4.4 TEORIA ADOTADA À LUZ DO ATUAL ORDENAMENTO PÁTRIO

Trazendo a presente discussão para o direito pátrio, tendo em vista o sustentado pelos defensores do concepcionismo, bem como pelos natalistas, podemos afirmar que não há um entendimento pacificado acerca da corrente adotada pela legislação brasileira, afinal, como fora supramencionado, há um intenso debate doutrinário sobre o tema. Nesse sentido, podemos nos respaldar nos dizeres de Vinícius Mazza Oliveira:

[...] até hoje não existe uma pacificidade e uma uniformidade nos tribunais brasileiros sobre qual teoria foi adotada pelo atual ordenamento jurídico a respeito do início da personalidade jurídica da pessoa, devido a essa dinâmica e acirrada discussão doutrinária (OLIVEIRA, 2018).

Esta calorosa discussão existe desde o Código Civil de 1916, o qual trazia em seu artigo a tutela ao nascituro, senão vejamos:

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

A partir da sua análise, resta clara a constatação de que a legislação brasileira adotou duas teorias: na primeira parte o legislador recorre à teoria natalista, afirmando que a personalidade inicia-se com o nascimento com vida, contudo, em um segundo momento, resguarda direitos ao nascituro desde a sua concepção, em evidente influência da teoria concepcionista. Ainda assim, reforçando tal fato, há de se atentar que o código põe a salvo os “direitos” do nascituro e não apenas a “expectativa” desses, reconhecendo a sua personalidade.

Note-se que se as afirmações encontram-se separadas pela conjunção adversativa “mas” e que ambas as frases, analisadas separadamente, são totalmente antagônicas, posto que defendem teoria natalista e concepcionista, respectivamente, o que mostra, segundo alguns doutrinadores, uma contradição no mencionado artigo.

Não obstante, com o advento do Código de 2002, foi dada a oportunidade de elaborar uma redação mais clara acerca do tema, pondo fim ao debate acerca de qual teoria é adotada pelo nosso ordenamento, todavia, o que notamos é uma clara omissão por parte do legislador, uma vez que a única mudança foi à mudança do substantivo “homem” da oração por “pessoa”, acarretando maior inclusão:

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

Contudo, apesar de toda discussão acirrada e grande divergência de opiniões acerca do tempo, cumpre enfatizar que o entendimento que prevalece é o da Teoria Natalista. Semão reforça esta premissa alegando que se a teoria adotada fosse a do concepcionismo, prescindiria a necessidade de fixar um rol de direitos ao nascituro, pois este, sendo considerado pessoa, já teria todos os direitos da personalidade, próprios a pessoa humana.

Nesse sentido, perspicaz se faz a explanação de Clóvis Beviláqua:

Em seus comentários ao Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, em posição ainda vigente, o Código Civil tendeu aparentemente a adotar a Teoria Natalista, por ser considerada mais prática, embora algum momento sofra influência da teoria concepcionista, quando, por exemplo, reconhece o nascituro o direito a doação, vida, alimentos, etc. (BELIVÁQUA, 1975).

De toda sorte, apesar das distintas teorias acerca do tema, seja apenas como uma mera expectativa, seja na forma suspensiva, ou até em sua integralidade, é consenso entre os doutrinadores que o nascituro possui direitos, resguardados tanto pela Constituição como pelo Código Civil. Nesse sentido, pontua com maestria e clareza Silmara J. A. Chionelato:

Há direitos que não dependem do nascimento com vida, como o direito à vida, à integridade física, à saúde – direitos absolutos, erga omnes – e o direito a alimentos. Também não dependem do nascimento com a vida a curatela e a representação, as quais, juntamente com o direito a alimentos, já eram reconhecidas ao nascituro desde a concepção, pelo instituto *dobonorum possessivo ventris nomine* do Direito Romano (ALMEIDA, 2000, p. 198).

Assim sendo, não restam dúvidas acerca de qual teoria é adotada perante o ordenamento pátrio, sem negar a existência de direitos tutelados ao nascituro. Apesar destes, os quais foram supracitados pela ilustre doutrinadora, cabe listá-los e explaná-los com maior clareza, conforme será realizado a seguir.

5 O NASCITURO E O DIREITO A VIDA

Trata-se do mais importante de todos os direitos. Embora não exista direito absoluto no nosso ordenamento pátrio, a vida é um direito condicionante, ao qual todos os demais direitos atribuídos a pessoa estão sujeitos, posto que trata-se uma característica intrínseca de ser humano, *conditio sine qua non* da existência humana, acompanhando em todas as etapas do seu desenvolvimento até sua extinção, com a morte.

O direito a vida ganhou o respaldo legal sob a ótica internacional a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, sendo ratificada tardiamente pelo Brasil, em 1992, a qual dispõe em seu artigo 4º, I, nos seguintes termos:

Toda pessoa tem direito a que se respeite a sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, **desde o momento o momento da concepção**. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. (Grifos nossos).

Perante o nosso ordenamento pátrio, o direito a vida adquire força legal a partir da nossa Carta Magna, no capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais, em seu artigo 5º, caput, que dispõe:

Art. 5º 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, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

Não obstante, o Código Penal também tutela a vida nos seus artigos 121 a 127, tipificando os crimes de homicídio, aborto e infanticídio, respectivamente.

Desta forma, o nascituro, desde a sua concepção, tem o direito de viver, devendo ter respeitadas todas as fases de evolução até o seu nascimento. Trata-se de um direito inerente ao ser humano, seja ele nascido ou apenas concebido.

5.1 DIREITO A ADOÇÃO

O assunto já era tutelado desde o Código Civil de 1916, tendo a sua previsão legal no art. 372, trazendo a seguinte redação:

Art. 372. Não se pode adotar sem o consentimento da pessoa, debaixo de cuja guarda estiver o adotando, menor, ou interdito.

Nesse sentido, o Código de 2002 abraçou o entendimento do legislador de outrora, seguindo na mesma concepção, conforme disposto em seu art. 1.621:

Art. 1.621. A adoção depende de consentimento dos pais ou dos representantes legais, de quem se deseja adotar, e da concordância deste, se contar mais de doze anos.

Todavia, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, acabou-se gerando no Brasil dois sistemas de adoção, quais sejam, o do Código Civil e o do ECA, uma vez que este segundo trata-se de uma lei especial, criada exclusivamente para a tutela e disciplina da criança e do adolescente, A respeito, posiciona-se Sérgio Pereira:

A adoção do nascituro dever ser feita, por analogia, consoante o sistema do Estatuto da Criança e do Adolescente. Se se entender deva seguir do CC, no mínimo a eficácia deve ser plena, aplicada a igualdade constitucional (PEREIRA *apud* ALMEIDA, 2000, p. 223).

Desta forma, atentando-se para não desviar do ponto central do presente artigo, há de se pontuar que ambas as correntes acerca do tema convergem para a legalidade da adoção do nascituro, sendo-lhe garantido o direito a vida, como já fora devidamente ilustrado, bem como outros direitos, que também serão discutidos no decorrer do trabalho.

5.2 DIREITO AO RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO

O direito de reconhecimento a filiação nasce antes mesmo do registro efetivo da criança, uma vez que a relação de parentesco tem vínculo direto com a concepção, trazendo com ela uma relação de deveres de sustento e manutenção da filho, os quais devem ser suportados pelos genitores. Nesta perspectiva, é oportuno trazer a baila os dizeres de Chaves Lopes:

[...] Assim, as relações de parentesco se fixam desde a concepção e não no momento do nascimento, surgindo desse fato que estabelecerá as características fisiológicas que determinarão o elo jurídico que permanecerá por toda a vida, numa união permanente de pai e filho (CHAVES, 2000, p. 85).

Devidamente disposto no Capítulo III do Código Civil, temos o reconhecimento da filiação a partir do artigo 1.607. Importa ressaltar que o artigo 1.609, no seu

parágrafo único, prevê o reconhecimento antes mesmo do nascimento ou posterior ao seu óbito, senão vejamos:

Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

Parágrafo único. **O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho** ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes (grifos nossos).

Ressalte-se que qualquer um dos genitores pode postular o direito ao reconhecimento de filiação. Não obstante, este reconhecimento é irrevogável, ainda que tenha sido realizado através de testamento, como se depreende da leitura do art. 1.610.

5.3 DIREITO A ALIMENTOS E PROVENTOS

Trata-se da disponibilização a mãe de todos os instrumentos necessários para o sustento do nascituro. Nesse sentido, há de se entender os alimentos no sentido *lato*, devendo assim, incluir tudo que se fizer indispensável a uma satisfatória assistência ao nascituro durante a gravidez, desde o pré-natal, até vestimentas ou despesas médicas, a título exemplificativo.

Assim como a personalidade conferida ao nascituro, trata-se de um direito objeto de grande divergência doutrinária. Youssef Said Cahali, em clara inclinação a teoria natalista, sustenta que não confere razão ao nascituro em pleitear alimentos ao seu genitor, uma vez que o exercício dos seus direitos encontra-se condicionado ao seu nascimento, respaldando-se no art. 2º do Código Civil.

Por outro lado, divergindo desta teoria com grande sensatez, sustenta com maestria habitual Pontes de Miranda:

A obrigação de alimentar também pode começar antes do nascimento e depois da concepção (Código Civil, arts. 397 e 4º), pois, antes de nascer, existem despesas que tecnicamente se destinam à proteção do concebido e o direito seria inferior à vida, se acaso recusasse atendimento a tais relações inter-humanas, solidariamente fundadas em exigências de pediatria. Outro caso, em que o nascituro pode figurar como autor na ação de alimentos, é aquele que se depreende do artigo 1.534, inciso II da lei civil brasileira, onde se estabelece que a indenização por homicídio consiste, não só no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família, como também na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia (PONTES DE MIRANDA, p. 215-216).

Desta forma, é admitido ao nascituro, através do seu representante legal, o qual, via de regra, é a sua mãe, pleitear alimentos provisórios ao suposto pai, os quais devem ser fixados observando a proporcionalidade entre necessidade do reclamante e os recursos daquele obrigado, conforme disposto no art. 1.694, § 1º, os quais serão fixados pelo juiz.

Ademais, cumpre enfatizar que os alimentos são irritáveis, ou seja, não cabe o pleito de sua restituição, posto se tratar de uma prestação que visa à sobrevivência humana, observando a vida, direito condicionante aos demais e a dignidade da pessoa humana. Apenas por amor ao debate, há de se atentar que existe uma discussão acerca da relativização da irrepetibilidade de verba alimentar, todavia tal assunto não se coaduna com o debate aqui existente, motivo pelo qual não será aprofundado.

5.4 DIREITO A REPRESENTAÇÃO E A CURATELA

Como já fora mencionado, existe uma série de direitos resguardados ao nascituro, os quais podem ser pleiteados em juízo. Assim, resta lógico afirmar que assiste ao nascituro o direito a ser representado em juízo, assim como os filhos já nascidos, via de regra, pelo pai ou mãe, conforme dispõe o artigo 1.634, VII, consoante ao art. 1.690, ambos do Código Civil.

Por sua vez, na ausência dos genitores, será nomeado curador ao nascituro, conforme dispõe o art. 1.779 do Código Civil:

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

O curador será o responsável por cuidar dos interesses e necessidades do nascituro até o seu nascimento com vida, aonde será nomeado um tutor. Ressalte-se que, pela regra geral, será nomeado curador apenas nas hipóteses em que não assiste aos pais o poder familiar. Assim sendo, de maneira geral, caberá aos pais a representação legal dos interesses do ente concebido.

Ademais, como dispõe o parágrafo único do artigo supracitado, na hipótese em que a mulher estiver interdita, o seu curador será o mesmo do nascituro.

5.5 DIREITO A RECEBER DOAÇÕES

O Código Civil de 2002 fez questão de definir o conceito de doação, estando este disposto no art. 538, senão vejamos:

Art. 538. Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra.

Não obstante, preocupou-se ainda o legislador em cuidar da situação em que a doação é realizada ao nascituro, conforme dispõe o seu art. 542:

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

Imperioso ressaltar que, com o cuidado a doação ao nascituro, surgiu uma incongruência legislativa, uma vez que a doação ao absolutamente incapaz tem a sua aceitação presumida, ou seja, independe da manifestação do seu representante legal, conforme se observa no art. 543. Assim sendo, por que faz-se necessário a aceitação do representante quando se trata de nascituro? Tal impasse tem a sua solução no momento em que o doador realiza a sua doação somente após o nascimento.

Ademais, caso o nascituro venha a nascer sem vida, à doação deverá ser considerada inexistente, como se nunca tivesse existido tal negócio jurídico, voltando o bem ao seu doador.

5.6 DIREITO A SUCESSÃO

O art. 1.798 estabelece que “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.” Desta forma, é possível afirmar que terá o nascituro direito de suceder, na hipótese em que, no momento da morte do autor da herança, este já se encontre no ventre materno.

Diante de tal entendimento, preconiza com clareza habitual Maximiliano (1937 *apud* ALMEIDA, 2000, p, 235): “Com o direito à sucessão legítima e testamentária, é necessário para o nascituro suceder, que, no momento da morte do *de cuius* ele já viva e ainda viva”.

Caso o testador venha a falecer antes do nascimento, a titularidade hereditária permanece suspensa provisoriamente, adquirindo o direito o nascituro assim que nascer com vida.

Assim, trata-se de um direito eventual, tendo como condição resolutiva o nascimento do bebê com vida. Na situação em que esse venha a nascer sem vida, será considerado como se tal sucessão nunca tenha existido, similar ao que ocorre com aquele que renuncia de tal direito. Neste sentido, sustenta Sílvio Rodrigues:

Suponha-se que um indivíduo morreu deixando esposa grávida; se a criança nascer morta, o patrimônio do *de cujus* passará aos herdeiros deste, que podem ser seus pais, se ele os tiver; se a criança nascer viva, morrendo no segundo subsequente, o patrimônio de seu pai pré-morto passará aos herdeiros do infante, no caso, sua mãe (DIREITO CIVIL, 1988, p. 37).

Em que pese tal direito encontrar-se devidamente respaldado no nosso ordenamento, há uma corrente doutrinária que sustenta que tão somente existisse o art. 2º do Código Civil, já seria o suficiente para assegurar, não apenas o direito a suceder por parte do nascituro, mas a todos os demais direitos resguardados a este. Posiciona-se nesse sentido Silmara Chinelato e Almeida (2000, p. 234) nos dizendo que “Ainda que o Código Civil não contivesse dispositivo expresso sobre a capacidade passiva para a sucessão legítima do nascituro, reconhecem-na sem divergir doutrina e jurisprudência”.

O direito sucessório ao nascituro também é reconhecido em diversos países, a exemplo dos Código Espanhol (art. 745), Argentino (art. Art. 39 e 3.373), Português (art. 2.033), Francês (art.906), Suíço (art. 544 e 605) e Italiano (art. 462).

5.7 DOS DANOS MORAIS E O RECONHECIMENTO DE DIREITOS AO NASCITURO EM CONSONÂNCIA COM A TEORIA NATALISTA

Trata-se de um dos temas de intensos debates no que tange a figura do nascituro, pois, uma vez reconhecido os seus direitos, há de se falar que a violação desses gere a possibilidade de punição ao autor, bem como responsabilização civil.

Inicialmente, é de bom alvitre esclarecer que dano divide-se em dano material ou patrimonial, que diz respeito ao ato que cause depreciação ou prejuízo econômico ou

ao patrimônio da vítima e o dano moral, também conhecido como dano extrapatrimonial.

É comum definir-se o dano moral como o oposto de dano material, o que, embora não esteja equivocado, chega a ser um conceito tanto quanto superficial, tendo em vista a complexidade do assunto e sua importância perante o nosso ordenamento, como preleciona com grande lucidez e clareza Antônio Jeová Santos:

Afirmar que dano moral é lesão não patrimonial é nada definir. Princípio decorrente da boa lógica, indica que não se define, introduzindo um conceito negativo no objeto definido. A utilização de vocábulos em sentido contrário não ajuda na formação da concepção do que se pretende conceituar ou definir. Por isso, a insuficiência dessa doutrina, tão agregada no direito brasileiro (SANTOS, 2003, p. 92).

Desta forma, analisando-se o dano moral a partir de suas próprias características e nuances, todavia sem realizar o merecido aprofundamento na matéria, uma vez que não se trata do tema objeto do presente estudo, observamos que este vai muito além do dano que atinge e fere a moral, os sentimentos, a própria alma e intimidade da vítima, como habitualmente definem muitos autores. Trazendo uma conceituação mais completa e satisfatória, seguindo o quanto disposto na Constituição, podemos definir o dano moral como a violação direta aos direitos da personalidade e, conseqüentemente, da própria dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, conceitua com brilhantismo que lhe é peculiar Sergio Cavalieri Filho:

À luz da Constituição vigente, podemos conceituar o dano moral por dois aspectos distintos. Em sentido estrito, dano moral é violação do direito à dignidade. E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada da honra e da imagem corolário do direito à dignidade que a Constituição inseriu em seu art. 5º, V e X, a plena reparação do dano moral. Este é, pois, o novo enfoque constitucional pelo qual deve ser examinado o dano moral [...] (FILHO, 2005, p. 101).

Mantendo a linha de raciocínio, prossegue ressaltando:

Os direitos da personalidade, entretanto, englobam outros aspectos da pessoa humana que não estão diretamente vinculados à sua dignidade. Nessa categoria incluem-se também os chamados novos direitos da personalidade: a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas, direitos autorais. Em suma, os direitos da personalidade podem ser realizados em diferentes dimensões e também podem ser violados em diferentes níveis. Resulta daí que o dano moral, em sentido amplo, envolve

esses diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada (FILHO, 2005, p. 102).

No que diz respeito à reparação do dano, este sempre foi um tema de grande discussão e controvérsia ao longo dos anos, tornando-se um entendimento pacífico apenas a partir da promulgação da Constituição de 1988, a qual positivou a indenização pelo dano moral, elevando-a a condição de direito fundamental, presente no art. 5º, em seus incisos V e X:

Art. 5º 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, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação

Como já fora devidamente sustentado, o nosso ordenamento adota a teoria natalista para definir o momento de início da personalidade, o que acaba por negar ao nascituro a qualidade de pessoa natural, todavia mantém resguardados alguns direitos inerentes a este, condicionados ao seu nascimento com vida, visando, principalmente, a proteção de futuros direitos patrimoniais, bem como a segurança das relações jurídicas em que o nascituro venha a figurar como parte.

Desta forma, há de se ressaltar o que, a um primeiro momento, parece ser um conflito entre o caráter patrimonialista do Código Civil em contraposição ao princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado como princípio absoluto da Constituição Federal.

Diante a presente dicotomia, parte da doutrina defende que não assiste ao nascituro direito a indenização por dano moral, reforçando que o dano não atinge a esfera personalíssima do nascituro.

A fim de elucidar o presente debate, seguindo esta linha de raciocínio, elucidada com profunda sabedoria Antônio Jeová Santos:

Surge a questão do nascituro. O art. 2º do novo Código Civil é específico ao mencionar que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com

vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Se aquele que está por vir à luz sofrer alguma lesão, vista, evidentemente, depois do nascimento, existe o dever de reparar. Aqui, há de ser feita uma distinção. Eventual dano ou afetação à honra lançada contra o nascituro, não causará dano moral. Enquanto o ser encontra-se no claustro materno, não poderá sofrer esse tipo de dano. Porém, com os avanços da ciência que estuda a psique do indivíduo e as razões de certos comportamentos, retornando ao passado longínquo da pessoa, não será impossível que o reflexo do dano moral, surgido quando a criança ainda estava no ventre da mãe, somente se manifeste anos depois; provado o dano e o nexo de causalidade existirá a indenizabilidade do dano moral (SANTOS, 2003, p. 129).

Partindo da mesma premissa, sustenta Euclides Benedito de Oliveira:

Da mesma forma que merece proteção jurídica o amental, a criança ainda na primeira fase de vida ou aquele que esteja em vida comatosa, quando se lhes acarrete dano à personalidade, também enseja atenção o nascituro, em face do resguardo de seus direitos desde a concepção. Não é porque lhe falem sentimentos, ou capacidade para expressá-los, que possa vir a ser ofendido em sua honra ou em outros aspectos de seu patrimônio pessoal (OLIVEIRA, 2003, p. 162).

Ocorre que, para que haja a devida compensação pelo dano sofrido contra o nascituro será possível só restará viável após o seu nascimento com vida, uma vez que antes disso, o ser dotado de vida intra-uterina ainda não goza de personalidade jurídica e capacidade de postulação em juízo. Ainda nesse aspecto, há de se considerar a hipótese da reparação reflexa, na figura dos seus ascendentes, como sustenta Willian Artur Pussi:

[...] a saída seria uma “reparação reflexa”, exigível por seus ascendentes. Embora o natimorto não pudesse de forma alguma postular a reparação em nome próprio, vale ressaltar que o *quantum debeatur* certamente não será o mesmo. A indenização por um filho morto seguramente seria maior que pela morte de um feto que jamais teve o status de ser humano (PUSSI, 2008, p. 421).

Desta forma, embora seja conferido ao nascituro a natureza humana, a este ainda não é reconhecido o *status* de pessoa, não havendo o que se falar em personalidade do nascituro, em respeito à teoria adotada pelo nosso ordenamento pátrio.

Todavia, é irrefutável a afirmação de que enquanto o nascituro seja uma mera expectativa de pessoa, gozando assim de mera expectativa de direitos, existem direitos jurídicos ressaltados e tutelados desde o momento da sua concepção.

Assim, inegável afirmar que o nascituro, em que pese à discussão acerca do início da sua personalidade, goza de serie de direitos, os quais são assistidos por toda a sociedade.

Não obstante, resguarda a Constituição Federal toda a tutela, não somente ao nascituro, mas a criança e ao adolescente, esses já pessoas com a devida aquisição de personalidade jurídica, devidamente disposto no seu art. 227:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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.

6 PROJETO DE LEI Nº 478/2017

Após uma robusta explanação acerca da situação do Nascituro, desde a sua origem histórica, realizando um apanhado sobre os institutos da personalidade civil, sobre as teorias do seu início, demonstrando toda a divergência doutrinária acerca do tema, ressaltando qual destas é aplicada ao nosso ordenamento pátrio, além de elencar todos os direitos resguardados, atualmente, ao nascituro, partimos agora para a análise e críticas acerca do primeiro Projeto de Lei que visa regulamentar a situação do nascituro. Trata-se do Projeto de Lei nº 478 de 2007 ou o Estatuto do Nascituro.

Todavia, o que, a um primeiro momento, parece ser um avanço, trazendo um complemento à lacuna legislativa existente acerca do nascituro, bem como um posicionamento sólido acerca da teoria adotada pelos legisladores, colocando um ponto final a toda divergência doutrinária no que diz respeito ao tema, na prática, se mostra um retrocesso social, trazendo a tona um legado de misoginia, fruto de uma sociedade patriarcal e de forte influência religiosa, principalmente no que diz respeito aos direitos das mulheres, como será melhor demonstrado a seguir.

Assim, faz-se mister uma análise pormenorizada do Projeto, analisando-o desde a sua propositura, destrinchando, *a posteriori*, os seus artigos de maior relevância, para então, em seguida, tecer as críticas necessárias, confrontando com o atual entendimento jurisprudencial, doutrinário e legislativo, ressaltando o impacto (ao nosso ver, negativo) que pode causar a sociedade.

6.1 O PROJETO DE LEI 478/07 – “A BOLSA ESTUPRO”

O primeiro Projeto, de autoria dos deputados federais Luiz Carlos Bassuma e Miguel Martini, datado do ano de 2007, trazia como principais (e mais polêmicas) propostas, a alteração do atual Código Penal no que diz respeito ao aborto, pretendendo torná-lo crime hediondo, bem como o proibindo em qualquer hipótese.

Não obstante, o Original previa ainda a vedação no que tange ao congelamento, descarte e a manipulação de embriões humanos para o transplante de células em adulto. A justificativa do projeto assim constituía:

O presente Estatuto pretende tornar integral a proteção ao nascituro, sobretudo no que se refere aos direitos de personalidade. Realça-se, assim, o direito à vida, à saúde, à honra, à integridade física, à alimentação, à convivência familiar, e proíbe-se qualquer forma de discriminação que venha a privá-lo de algum direito razão do sexo, da idade, da etnia, da aparência, da origem, da deficiência física ou mental, da expectativa de sobrevivência ou de delitos cometidos por seus genitores.

A proliferação de abusos com seres humanos não nascidos, incluindo a manipulação, o congelamento, o descarte e o comércio de embriões humanos, a condenação de bebês à morte por causa de deficiências físicas ou por causa de crime cometido por seus pais, os planos de que bebês sejam clonados e mortos com o único fim de serem suas células transplantadas para adultos doentes, tudo isso requer que, a exemplo de outros países como a Itália, seja promulgada uma lei que ponha um “basta” a tamanhas atrocidades (Disponível em:

<https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=443584>).

Seguindo a mesma problemática, o Projeto ainda objetivava a inclusão de um novo tipo penal ao nosso ordenamento, qual seja, a hipótese de aborto culposo, sob o presente argumento:

Outra inovação do presente Estatuto refere-se à parte penal. Cria-se a modalidade culposa do aborto (que até hoje só é punível a título do dolo), o crime (que hoje é simples contravenção penal) de anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto, elencam-se vários outros crimes contra a pessoa do nascituro e, por fim, enquadra-se o aborto entre os crimes hediondos (Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=443584>).

Desta forma, logo em seu artigo primeiro, o projeto inicial já ressaltava o seu caráter tutelador, o qual diz que a “lei dispõe sobre proteção integral ao nascituro”. Do mencionado artigo, pode-se depreender que cria-se uma nova forma de tutela ao nascituro, o qual passa a ter uma proteção muito maior.

Reforçando o quanto disposto acima, o seu artigo terceiro trazia a definição do momento de aquisição da personalidade jurídica por parte do nascituro, conforme abaixo transcrito:

Art. 3º O nascituro adquire personalidade jurídica ao nascer com vida, mas sua natureza humana é reconhecida desde a concepção, conferindo-lhe proteção jurídica através deste estatuto e da lei civil e penal.

Parágrafo único. O nascituro goza da expectativa do direito à vida, à integridade física, à honra, à imagem e de todos os demais direitos da personalidade.

Passava o Estatuto a legislar o nascituro como uma “futura pessoa em desenvolvimento”. Desta forma, vê-se que o mencionado projeto de lei passava a equiparar o nascituro ao mesmo status de um ente nascido, tanto jurídica quanto moralmente.

No que diz respeito às inúmeras e grandes alterações, bem como as suas polêmicas, a primeira delas surgia no texto do seu artigo 4º:

Art. 4º É dever da família, da sociedade e do Estado **assegurar ao nascituro, com absoluta prioridade**, a expectativa do direito à vida, à saúde, à alimentação, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar, além de colocá-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Grifos nossos)

Com o mencionado artigo, o nascituro passaria a ter, como já enaltece o dispositivo legal do referido Estatuto, proteção integral e prioridade acima de qualquer outra situação, deixando-o em situação de superioridade, principalmente em relação à mãe.

Não obstante, o artigo 128, I do Código Penal, que prevê a hipótese de realização do aborto praticado pelo médico quando a gravidez resulta em risco a vida da gestante e não resta outra possibilidade de salvá-la, deixaria de ser aplicado.

Assim sendo, a mulher que viesse a ter uma gravidez que gere risco, não poderia submeter-se a quaisquer tratamentos que pudesse colocar a vida e/ou integridade do seu bebe em risco. A título ilustrativo, podemos exemplificar o caso de uma grávida que venha a descobrir ser portadora de câncer. Com a entrada do estatuto original em vigor, esta não poderia fazer uso dos tratamentos de radioterapia ou quimioterapia, observada a “absoluta prioridade a expectativa do direito a vida” que gozaria o nascituro.

Por conseguinte, seguindo a linha de proteção e primazia total ao nascituro, o artigo 5º rechaçava toda e qualquer forma de discriminação, exploração, violência, ou qualquer ato cruel que este viesse a sofrer em razão de sua condição, inclusive prevendo pena para tais comportamentos, conforme se absorve do dispositivo abaixo:

Art. 5º Nenhum nascituro será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, sendo punido, na forma da lei, qualquer atentado, por ação ou omissão, à expectativa dos seus direitos.

Em consonância ao supracitado texto de lei, o artigo 9º sustentava que:

Art. 9º É vedado ao Estado e aos particulares discriminar o nascituro, privando-o da expectativa de algum direito, em razão do sexo, da idade, da etnia, da origem, da deficiência física ou mental ou da probabilidade de sobrevida.

Do mencionado dispositivo, podemos constatar um confronto direto ao *decisum* proferido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, uma decisão histórica e simbólica a favor dos direitos das mulheres.

A referida ADPF garantiu a gestante o direito de interrupção da gravidez nos casos de anencefalia do feto. É de bom alvitre ressaltar que, nesse caso, não seria um aborto propriamente dito, posto que o bebê anencéfalo não é um “vida em potencial”, ou seja, não há expectativa de vida para este. Todavia, a mencionada decisão será melhor explanada no momento oportuno.

Contudo, de todos os artigos do projeto original, nenhum foi alvo de tantas polêmicas, discussões e críticas que o seu art. 13, o qual acabou gerando ao projeto o apelido de “bolsa estupro”, do qual temos a leitura abaixo:

Art. 13 O nascituro concebido em um ato de violência sexual não sofrerá qualquer discriminação ou restrição de direitos, assegurando-lhe, ainda, os seguintes:

I–direito prioritário à assistência pré-natal, com acompanhamento psicológico da gestante;

II – direito a pensão alimentícia equivalente a 1 (um) salário mínimo, até que complete dezoito anos;

III – direito prioritário à adoção, caso a mãe não queira assumir a criança após o nascimento.

Parágrafo único. Se for identificado o genitor, será ele o responsável pela pensão alimentícia a que se refere o inciso II deste artigo; senão for identificado, ou se for insolvente, a obrigação recairá sobre o Estado.

O supracitado artigo acabaria por revogar um dos artigos mais importantes e emblemáticos do Código Penal, qual seja o seu artigo 128, que preconiza que:

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

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

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

Vemos que, com o projeto original, as mulheres que fossem vítimas de estupro, e ainda que dessa relação acabassem por engravidar, não mais teriam o direito de interromper a sua gravidez, sob a alegação de que não pode o feto ser responsabilizado pelo ato ilícito cometido pelo seu genitor, por mais atroz que esse tenha sido, reforçando uma excessiva proteção a vida do ente concebido e um total desprezo a figura da mulher.

Por si só, vemos que o caput do mencionado artigo já trazia em seu bojo uma violação atroz ao direito da mulher, pois já não bastasse o trauma e terror eterno da vítima de uma relação repugnante e desprezível, esta ainda seria obrigada a carregar em seu ventre o fruto desta relação, tendo esse vínculo até o parto, momento em haveria a esta apenas a opção de entregar o filho da adoção, causando um novo trauma à psique desta vítima, tanto da sociedade, quanto, a partir de agora, do Estado, ente que, primordialmente, deveria ser responsável por seu amparo e tutela

Não obstante o vilipêndio aos direitos das mulheres, o inciso II, em consonância com o parágrafo único, ambos do artigo 13 do mencionado estatuto sustentam que, no caso de conhecido o estupro (nesse caso, ainda genitor da criança), este passaria a ser obrigado a pagar pensão alimentícia equivalente a um salário mínimo até que a criança completasse a maioridade civil e, no caso de desconhecido, essa obrigação recairia sobre o Estado.

É de bom alvitre frisar que o Estatuto da Criança e do Adolescente já prevê a tutela estatal, todavia sem fazer qualquer distinção de serem crianças frutos ou não da relação de estupro, demonstrando que o presente dispositivo em nada vem a acrescentar o atual entendimento positivado.

Vê-se que o parágrafo único, em verdade, acaba criando uma terrível relação de dependência e submissão entre “vítima genitora” e “alcoz genitor”, pois a mãe passa a ser sustentada pelo homem que lhe causou o estupro.

Outrossim, o antigo estatuto ainda restringia o pseudo direito a pensão a apenas um salário mínimo, demonstrando uma total desconsideração (e por que não dizer, proteção) a situação econômica do agressor, posto que esse pode ter condição muito superior, colocando novamente em situação de hipossuficiência frente ao homem.

Nesse sentido, frente às inúmeras atrocidades elencadas pelo referido Estatuto, diversas críticas foram feitas contra o projeto. A socióloga Maria José Rosado, pontuou que “a proposta de dar ao nascituro um ‘estatuto’ é mais uma tentativa dos setores mais retrógrados da sociedade de impedir a efetivação dos direitos de cidadania das mulheres” (...) “inúmeras pesquisas de opinião mostram que a população brasileira, independentemente de filiação religiosa, é majoritariamente favorável a que continuem sendo permitidos os abortos legais e é contrária a que as mulheres sejam presas por realizarem um aborto. Essa proposta, além de ferir a Constituição vigente, significaria um grave retrocesso”.

No mesmo sentido, pontuou com clareza acerca do tema o douto jurista Nélson Hungria, enfatizando o grande retrocesso causado pelo polemico e controverso artigo 13:

Nada justifica que se obrigue a mulher estuprada a aceitar uma maternidade odiosa, que dê vida a um ser que lhe recordará perpetuamente o horrível episódio de violência sofrida (HUNGRIA, 1955, p. 304).

Partindo da mesma premissa, também assinalou com habitual exatidão o doutrinador Fernando Capez:

Estado não pode obrigar a mulher a gerar um filho que é fruto de um coito vaginal violento, dados os danos maiores, em especial psicológicos, que isso lhe pode acarretar (CAPEZ, 2011, 159).

Desta forma, diante de tamanhos absurdos legislativos, que foram duramente criticados, não restou ao legislativo alternativa senão apresentação do Projeto de Lei nº 478/07, um substitutivo elaborado pela deputada Solange Almeida, mais enxuto em seu texto legal, uma vez dos 32 artigos do primeiro projeto, restaram apenas 13 dispositivos.

Importa sinalizar que o próprio site da Câmara dos Deputados, em que pese a substituição do projeto, não alterou o texto legal de sua página, mantendo, equivocadamente, o projeto original como devido, o que vem causando uma maior confusão entre juristas e críticos e defensores do projeto.

Do texto substituto, o qual será a partir de agora o objeto do presente estudo, visto que é este que será analisado e votado, poucas mudanças foram realizadas,

sendo a sua maioria mais sistemática e ortográfica do que em seu real conteúdo, sendo a mais simbólica a alteração do famigerado art. 13, como se tem da leitura abaixo:

Art. 13. O nascituro concebido em decorrência de estupro terá assegurado os seguintes direitos, ressalvados o disposto no Art. 128 do Código Penal Brasileiro:

I – direito à assistência pré-natal, com acompanhamento psicológico da mãe;

II–direito de ser encaminhado à adoção, caso a mãe assim o deseje.

§1º Identificado o genitor do nascituro ou da criança já nascida, será este responsável por pensão alimentícia nos termos da lei.

§2º Na hipótese de a mãe vítima de estupro não dispor de meios econômicos suficientes para cuidar da vida, da saúde do desenvolvimento e da educação da criança, o Estado arcará com os custos respectivos até que venha a ser identificado e responsabilizado por pensão o genitor ou venha a ser adotada a criança, se assim for da vontade da mãe.

Assim, com a sua alteração, permaneceria vigente as hipóteses de aborto previstas no artigo, 128, CP. Contudo, permanece a disposição que, caso a mãe não disponha de meios suficientes para arcar com as despesas e o desenvolvimento da criança, recairá o ônus sobre o Estado, até que o genitor (ou melhor dizendo, o estuprador) seja identificado e responsabilizando, devendo este pagar a pensão alimentícia. Ressalte-se que com a edição do texto, deixou-se de restringir os valores referentes à indenização. Sobre tal alteração, justifica a relatora:

Quanto ao art. 13, entendemos que o seu caput deve ser formulado para estar em consonância com o art.128, II do Código Penal, que não trata da violência sexual indistintamente, mas tão só do estupro. Nos incisos I e III, do art. 13, entendemos deva ser suprimido o adjetivo “prioritário”, visto que não vislumbramos razão de prioridade em face de outras crianças; ademais o encaminhamento à adoção só deve ocorrer se esta for à vontade da mãe. Quanto à pensão alimentícia, parece-nos seria mais adequado restringi-la ao genitor que viesse a ser identificado, o que em termos de patrimônio genético não oferece maiores dificuldades por meio de teste de DNA. Isto sempre juízo de responsabilização do Estado por resguardar os direitos fundamentais da criança caso a mãe não disponha de recursos financeiros para tal, até que venha a ser identificado e responsabilizado o genitor ou até que ocorra a adoção, caso esta seja a vontade da mãe (Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=747985&filename=Tramitacao-PL+478/2007>)

Resta notório que, embora o projeto substitua não altere as disposições legais do Código Penal, este acaba criando meios de “incentivo” para que a mulher vítima de

estupro não aborte, mantendo a disposição de responsabilização do genitor a dar pensão a sua vítima de estupro.

Ademais, em que pese à sutileza das palavras utilizadas, o projeto substitutivo mantém uma enorme brutalidade no que tange as hipóteses de estupro. Apesar do artigo 13 manter ressalvada as hipóteses de excludente de ilicitude do artigo 128 do Código Penal, o seu artigo 12 traz um forte discurso de proteção a criança fruto de estupro ou demais atos, senão vejamos:

Art. 12. É vedado ao Estado ou a particulares causar dano ao nascituro **em razão de ato cometido por qualquer de seus genitores** (grifos nosso)

O dispositivo deixa uma enorme margem hermenêutica para aplicação da lei ao caso concreto, podendo causar, inclusive, uma contradição com o art. 13 do Estatuto e o art. 128 do Código Penal, abrindo espaço para uma possível repressão ao direito legal da mulher de abortar, uma vez que o art. 12 reforça a proteção integral do nascituro independente do de qualquer ato praticados pelos seus genitores, sendo esses lícitos ou ilícitos, gerando praticamente uma maternidade compulsória, agravando severamente o estresse gerado pelo ato do estupro.

E em meio ao enfoque total e absoluto que é dado ao nascituro, o legislador preocupou-se única e exclusivamente em garantir sua pensão alimentícia, omitindo-se acerca do poder familiar do pai e sobre um possível exercício de paternidade daquele que, em razão do nascimento do filho, queira acompanhar o seu crescimento e fazer parte do seu convívio. Desta forma, abre-se espaço para o surgimento de possíveis ações de, antes estupradores, mas agora pais em busca do exercício de um possível poder de família que possa vir a ter.

Chega a ser temerário imaginar futuras ações de alimentos discutindo o binômio de necessidade e disponibilidade entre o antes estuprador e agora pai e a sua antes vítima para agora genitora. Não bastassem os tamanhos absurdos, há ainda de se ventilar a possibilidade desses pais que queiram postular possíveis direitos de visita, exercício de guarda compartilhada e em situações mais extremas, até o pleito de guarda unilateral.

Beira a brutalidade e primitividade imaginar que o Estatuto torna possível que um estuprador se torne pai e ainda detenha a guarda do seu rebento, frente à figura da

mãe totalmente desamparada pelo Estado. Por mais absurdo que tal ideia possa ser, o excesso de direitos ao nascituro, somado a uma péssima redação legislativa abrem uma lacuna hermenêutica para possíveis interpretações nesse sentido.

Ademais, há ainda de se ponderar acerca do forte abalo psicológico a aquela mãe que venha a ter a criança em se deparar novamente com algoz de outrora em uma nova peleja, desta vez judicial, acerca dos interesses do menor. A mulher vítima do estupro terá que confrontar diretamente o seu estuprador em uma mesa de audiência, fazendo-a reviver todos os traumas e aviltamentos sofridos, desencadeando tal situação absurda.

Em meio a tamanhas atrocidades, incongruências e contradições, cumpre ressaltar que o presente projeto foi aprovado pela Comissão de Seguridade Social e Família, em junho de 2013. Em junho de 2017, em meio a toda crise política que assola o país, o deputado Marcus Rogério apresentou o seu relatório favorável frente à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados. Todavia, antes que o presente caso levado ao plenário da câmara, foi apresentado um requerimento do deputado Glauber Braga que o projeto fosse remetido a Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher (CMULHER), desde então aguardando a sua análise.

6.2 O AVANÇO DO RETROCESSO

É inegável reconhecer que a irrenunciabilidade, bem como a indisponibilidade dos direitos da personalidade, presentes no art. 11 do Código Civil, não coadunam com os avanços sócios filosóficos da sociedade contemporânea:

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, **os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis**, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. (Grifos nossos)

Seguindo esta linha de raciocínio, indo de encontro ao supracitado artigo, a doutrina civil reconheceu a importância da autonomia privada para além das relações patrimoniais, passando a ser aplicada nas relações extra patrimoniais, como na seara do direito de família, a título exemplificativo, tendo como finalidade o reconhecimento da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é o centro dos sistemas jurídicos contemporâneos, consagrado na Constituição de 1988 como “fundamento do Estado Democrático de Direito”, vide art. 1, III da referida Carta Magna.

Nesse sentido, é importante ressaltar que os direitos da personalidade, intrínsecos ao princípio da dignidade da pessoa humana, dividem-se em duas partes: direitos à integridade física e direitos a integridade moral. O primeiro deles reforça o direito a vida e ao próprio corpo, para a sua livre disposição como melhor entender o titular do direito, ao passo em que o segundo diz respeito aos direitos de liberdade, nome, direito moral, etc.

Seguindo a mesma linha principiológica, há de se constatar a violação aos princípios da liberdade e da autonomia. O primeiro a não censura/penalidade da pessoa pela prática dos seus atos, desde que esses encontrem-se em consonância com a lei, enquanto o segundo refere-se sobre a autodeterminação da pessoa humana em se governar, fazendo uso do exercício do próprio direito sem qualquer interferência externa.

Quando passamos a analisar a teoria dos direitos da personalidade, principalmente quando tratamos da autonomia corporal bem como a moral da mulher, além dos princípios constitucionais vigentes, vemos como o Estatuto do Nascituro reflete em um enorme retrocesso jurídico, pois em momento algum do texto há a presença feminina ou a ratificação dos seus direitos, ao contrário, a única presença da mulher é no sentido de cessar direitos e penalizá-la.

O projeto de lei nº 478/07, embora não altere o artigo 128 do Código Penal, frente às duras críticas que sofreu, causa uma mudança significativa junto ao Código Civil, no que tange o início da personalidade civil.

Conforme já fora devidamente analisado anteriormente, embora a lei ponha a salvo direitos ao nascituro, a legislação brasileira adota a teoria natalista como o início da personalidade, ou seja, o indivíduo passa a ter “a aptidão genérica de titular direitos e contrair obrigações na ordem civil” a partir do seu nascimento.

Com a entrada em vigor do estatuto do nascituro, passará a vigor a teoria concepcionista, ou seja, desde o momento de fecundação do óvulo ao espermatozóide, há de ser considerado um ente dotado de personalidade.

Desta forma, é forçoso admitir que o projeto traz inúmeros impactos negativos aos direitos das mulheres, os quais, inclusive, vêm sendo conquistados a duras lutas ao longo dos anos.

Torna-se evidente o choque existente entre os que defendem o direito a vida do feto e o seu desenvolvimento *versus* os que militam pelo direito a integridade psicofísica e de livre disposição do corpo das mulheres.

Não obstante, o projeto acaba por violar o direito a igualdade entre homens e mulheres, colocando a figura feminina, mais uma vez, em inferioridade a masculina. É evidente que, socialmente, o projeto acaba realçando uma discriminação as mulheres, principalmente aquelas de baixa renda e de baixa escolaridade, com acesso limitado aos meios de planejamento familiar, o que pode causar um aumento na mortalidade em abortos inseguros.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, acaba gerando um óbice ao acesso aos meios de contracepção, bem como a anticoncepção de emergência, também conhecida como pílula do dia seguinte, sob o pretexto da proteção integral do nascituro e a sua absoluta prioridade, ressaltando que, a esse momento, já foi realizada concepção, ou seja, já há de ser considerado que a mulher carrega em seu ventre uma criança.

Torna-se irrefutável a violação ao direito a saúde em razão, não se resumindo apenas na dificuldade que a Projeto de Lei acarretará as mulheres no sentido de prevenção, devendo ser analisado de maneira ampla. Nesse sentido, faz-se mister trazer a baila a definição de Saúde pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como “completo bem estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença”.

Ademais, ainda que o mencionado texto em momento nenhum aborde o presente tema, há de se pontuar que encontra-se subentendido em seu bojo uma violação ao estado laico de direito.

Todo indivíduo tem em seu íntimo, valores morais e religiosos subjetivos, ou até a ausência deles, não sendo o objetivo do presente estudo discutir tal opção, realçando

a laicidade pátria. Todavia, até por respeito ao princípio constitucional em comento, há de se constatar a existência de influência religiosa ao projeto em questão.

Não há um entendimento comum acerca do momento de início da vida, sendo este um dos maiores debates existente. Ao trazer a presente discussão ao âmbito jurídico, vemos que a alteração proposta pelo PL sobre o entendimento do início da personalidade do nascimento para a sua concepção, traz enraizada a esta idéia um forte conservadorismo por parte da bancada político-religiosa, indo de encontro à separação (necessária) que existe entre o Estado e Religião, violando o princípio da liberdade religiosa de cada indivíduo que, por ventura, venha a seguir um entendimento religioso diverso ao aplicado pelo projeto, violando o exercício subjetivo a sua cidadania.

Desta forma, vê-se uma clara transgressão a liberdade religiosa. Inclusive, há de se ressaltar que a Constituição assegura como, direito fundamental, que todos tenham os seus direitos garantidos, independente de crença religiosa, filosófica e política, conforme disposta em seu art. 5º, VIII:

Art. 5º 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, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; (grifos nossos).

6.3 REJEIÇÃO PELO IBDFam

Imperioso ressaltar que, dentre todas as críticas tecidas, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam) também manifestou-se contrário ao projeto, ressaltando, dentre os retrocessos causados, que não se pode confundir nascituro com embrião, a partir a ótica constitucional, uma vez que o primeiro diz respeito ao ser humano já em seu estado de formação, ao passo que o segundo refere-se, tão somente a concepção de óvulo e espermatozóide, sendo anterior a figura do nascituro, conforme podemos analisar em trecho do texto de elaboração do mencionado Instituto:

Equívoco percebido a todo instante ao longo dessa proposição legislativa. Portanto, para situações distintas, aplicam-se regras distintas, concluindo na máxima da proporcionalidade, trato diferenciado para cada etapa do ser

(Disponível em: <
<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5055/+IBDFAM+opina+pela+rejei%C3%A7%C3%A3o+do+Estatuto+do+Nascituro>>)

Ressalta ainda em sua manifestação no sentido de rechaçar o projeto, o desrespeito a direitos fundamentais da mulher, causando uma grave violação a saúde psicofísica destas, a partir do momento em que privilegia o feto e o embrião ao lugar da mulher, ressaltando a inconstitucionalidade presente no texto do projeto, reforçando a partir do trecho da minuta abaixo transcrito:

Por esse mesmo motivo, e ainda em desrespeito aos direitos fundamentais da mulher, padece de inconstitucionalidade a referida proposta legislativa, em legitimação do Estado, da paternidade ao estuprador e sujeitar a gestante a relações pessoais com o ofensor, nos casos de estupro. O Estado democrático de Direito é construído a partir do respeito pleno à liberdade, que, no caso, se expressa pela garantia de acatamento à escolha da gestante ou do casal de pais quanto à continuidade da gestação de feto, em casos de estupro, risco de vida na gravidez para a gestante e, anencefalia. Esse é o exercício constitucional dos direitos humanos (Disponível em: <
<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5055/+IBDFAM+opina+pela+rejei%C3%A7%C3%A3o+do+Estatuto+do+Nascituro>>)

É notório e cristalino que o projeto traz em seu bojo uma serie de retrocessos aos direitos das mulheres, os quais, ao invés de serem confrontados, deveriam estar sendo estimulados e melhor desenvolvidos.

Ocorre que os as consequências negativas acima explanadas são apenas “a ponta do iceberg”. Em verdade, os problemas causados são muito mais profundos, indo muito além do que se imagina, como será discutido a *posteriori*.

6.4 PROJETO DE LEI 478/08 X ADPF Nº 54

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental foi oferecida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), por intermédio do seu patrono a época, Luis Roberto Barroso, visando garantir a interrupção terapêutica nos casos de gestação de feto com anencefalia, sem qualquer responsabilização criminal por tal ato.

Sustenta o patrono que a interrupção, inclusive, não se configura como aborto, ressaltando a antecipação do parto “tem profundo alcance humanitário, para libertá-la

de visões idiossincráticas causadoras de dramático sofrimento às gestantes e de ameaças e obstá-los a atuação dos profissionais da saúde”.

Em 2012, em um dos julgamentos mais longos da história do STF, decidiu-se por oito votos a dois pela autorização da interrupção terapêutica da gestação com a devida assistência médica, sob o argumento de que o feto que venha a ser gerado sem cérebro, ainda que biologicamente saudável e viável, encontra-se juridicamente morto. Nesse sentido, manifestou-se o relator, Ministro Marco Aurélio de Melo: "Nesse contexto, a interrupção da gestação de feto anencefálico não configura crime contra a vida – revela-se conduta atípica". A partir desta perspectiva, pontuou com habitual brilhantismo o Ministro:

Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, não existe vida possível. O feto anencéfalo é biologicamente vivo, por ser formado por células vivas, e juridicamente morto, não gozando de proteção estatal. [...] O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. Anencefalia é incompatível com a vida (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>)

Desta forma, a autorização da interrupção da gravidez, em verdade, não se equipara a uma excludente de ilicitude em relação ao tipo penal do aborto, uma vez que vez o aborto é, por definição, a “interrupção intencional da gravidez da qual resulta a morte do feto”, o que não ocorre nesse caso. A interrupção terapêutica visa a proteção a saúde da mulher, evitando agressões físicas e psicológicas a esta, em respeito aos princípios de autodeterminação e a vida, e a dignidade a pessoa humana, ressaltando que o feto, nesse caso, não tem viabilidade de vida, juridicamente falando. Seguindo a mesma linha de raciocínio, acompanhando o relator, enfatizou o Ministro Luiz Fux:

Um bebê anencéfalo é geralmente cego, surdo, inconsciente e incapaz de sentir dor. Apesar de que alguns indivíduos com anencefalia possam viver por minutos, a falta de um cérebro descarta complementamente qualquer possibilidade de haver consciência. [...] Impedir a interrupção da gravidez sob ameaça penal equivale à tortura (Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/04/supremo-decide-por-8-2-que-aborto-de-feto-sem-cerebro-nao-e-crime.html>>).

O julgamento em questão trouxe uma vitória sem precedentes ao direito das mulheres, sendo um marco histórico, tanto na luta feminista como para o próprio STF. Todavia, restou evidente o a fragilidade do órgão de cúpula do Poder Judiciário em

tratar de matérias de forte cunho moral, principalmente quando há um conflito entre princípios fundamentais constitucionais.

E nesse sentido, mediante esse conflito moral, o artigo 9º do Estatuto traz um confronto direto com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Assim prevê o seu texto legal:

Art. 9º É vedado ao Estado e aos particulares discriminar nascituro, privando-o de qualquer direito, em razão do sexo, da idade, da etnia, da origem, **da deficiência física ou mental.** (grifos nossos)

O presente artigo rechaça toda e qualquer discriminação ou privação de qualquer direito ao ente concebido, em razão do seu sexo, idade, etnia, origem e, principalmente, para o caso de deficiência física ou mental. Em outras palavras, o texto do artigo 9º do estatuto vem no sentido de revogar a interrupção terapêutica da gestação nos casos de anencefalia, passando a tratar tal ato como aborto, sendo ato típico, passível de punição criminal.

Desta forma, a gestante que descobre que o seu filho é anencéfalo, não teria mais a opção de realizar a interrupção da gravidez, pois isso resultaria na privação do direito a vida do nascituro.

É imperioso ratificar que os fetos anencéfalos não têm qualquer viabilidade de vida extra-uterina, como já fora exaustivamente demonstrado no campo científico-medicinal. Seguindo a mesma perspectiva, sustentou com brilhantismo o á época, advogado Luiz Barroso, que o Código Civil não define com exatidão o momento de início da vida, mas é claro ao definir a morte da pessoa natural como extintivo dos direitos da personalidade, sendo que o nosso ordenamento pátrio adota o modelo encefálico como o critério jurídico para o momento da morte, vide o art. 3º, bem como seu §1º, da Lei 9.434/97 – Lei de Transplantes:

Art. 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.

§ 1º Os prontuários médicos, contendo os resultados ou os laudos dos exames referentes **aos diagnósticos de morte encefálica** e cópias dos documentos de que tratam os arts. 2º, parágrafo único; 4º e seus parágrafos; 5º; 7º; 9º, §§ 2º, 4º, 6º e 8º, e 10, quando couber, e detalhando os atos cirúrgicos relativos aos

transplantes e enxertos, serão mantidos nos arquivos das instituições referidas no art. 2º por um período mínimo de cinco anos (Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm>)

Vê-se mais um momento do estatuto em que a mulher é vista como um ser secundário frente ao nascituro, gerando uma grave violência física e psicológica a gestante. É necessário colocar-se na pele e imaginar o quão doloroso é para uma mãe saber que o seu filho não nascerá com vida, situação essa que se agrava com uma possível imposição legal de que esta genitora carregue por nove meses um ente biologicamente morto, vendo este desenvolver-se e crescer dentro do seu ventre, sentindo todos os efeitos de uma gestação, todavia com o conhecimento de que o seu fruto não tem qualquer perspectiva de vida.

Ademais, há de se pontuar a lesão à saúde da mulher, visto que a manutenção de um feto que muitas vezes já vem a óbito no ventre da mãe pode acarretar em diversos problemas a sua integridade. Inclusive, pontuam estudos medicinais que a antecipação do parto é a única forma eficaz de tratamento da gestante, ressaltando a inviabilidade de perspectiva de vida para o feto.

O mais sensato é que a decisão, ou não, de interrupção da gestação seja da mulher e/ou casal, uma vez que trata-se de um momento ímpar de dor e sofrimento, não podendo ser retirado da mulher o seu direito de disposição sobre o próprio corpo, bem como de sua saúde, não podendo ser retirado desta o direito fundamental a sua saúde e sua disposição corporal e moral.

6.5 PL 478/07 X ABORTO

O vocábulo aborto tem origem do latim *abortus*, derivado do termo *arborior*, antagonista da palavra *orior*, ou seja, o oposto de nascer. Desta forma, define-se aborto como a interrupção da gestação antes de 20 semanas, ocasionando a morte do feto.

Desde os primórdios as mulheres já praticavam o aborto e/ou eram coagidas a praticarem pelos mais diversos motivos: por ser a mulher adúltera, solteira, como pontuou Eliane Alfradique:

Tão antiga é a prática de aborto, quanto mesmo à própria humanidade. Também o são os motivos que levam a mulher a formulá-lo que são muitos em

outros distintos: às vezes motivos de ordem econômica/ financeira, às vezes social, religioso, terapêutico, sentimental, psicológico, traumas (ALFRADIQUE, 2005).

Dividindo-se em dois tipos, o aborto pode ser espontâneo, quando acontece de maneira natural, sem que haja manifestação de vontade ou ação por parte da gestante, podendo ser causado em decorrência de diversos fatores biológicos e até psicológicos, ou o aborto induzido, quando a interrupção da gravidez se dá em razão da manipulação e utilização de remédios ou através de procedimentos cirúrgicos para a retirada do feto, também conhecido como curetagem, que consiste na raspagem da parede uterina e posterior retirada do feto.

Com a vigência do Código Penal de 1984, o aborto passou a ser considerado crime, culminando na pena de um a três anos para a mãe que venha a causar ou autorize o aborto, gerando pena um a quatro anos para quem realize tal procedimento.

De toda sorte, o mesmo código previu duas hipóteses em que o aborto não seria considerado crime: quando a gravidez seja resultante do ato de estupro ou quando não exista nenhum outro meio de salvar a vida da gestante. Em 2012, como já fora devidamente explanado, fora incluído a este rol taxativo a hipótese de interrupção da gravidez em razão de anencefalia do feto, ocasionando um avanço significativo na luta dos direitos das mulheres.

Apesar de o aborto ser tipificado como crime no Brasil, os seus números são alarmantes: de acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), a estimativa é que, anualmente, sejam catalogados 75 milhões de casos de gravidez indesejada, dos quais, entre 35 e 50 milhões, acabem desencadeando um aborto. Trazendo os números para a realidade brasileira, estes também são assustadores. Estimam-se que ocorram cerca de 1 milhão de abortos por ano. Segundo o Ministério da Saúde, cerca de 3,7 milhões de mulheres, na faixa etária de 15 a 49 anos já tenham praticado aborto.

Em que pese os espantosos números divulgados, há de se considerar que estes ainda são subestimados, não retratando com precisão a realidade, posto que a maior parte dos abortos induzidos são realizados, como supramencionado, por clínicas clandestinas, fazendo-se o uso do Serviço Público de Saúde (SUS), tão somente

quando decorre em algum problema mais grave ou danoso a saúde da mulher, quando esta não venha a falecer.

Indo na contramão de diversos países que vem avançando nas políticas pro aborto, a exemplo da EUA, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália, que ampliaram e flexibilizaram suas legislações referentes ao aborto, o Brasil começa a regredir à medida que projetos como a Lei 478/07 são trazidos a baila e, principalmente, com a possibilidade da sua entrada em vigor.

Com a ideia de tutela integral ao feto e de “reconhecimento de natureza humana” desde a sua concepção, dando ao nascituro proteção jurídica desde o início, o estatuto repele de toda maneira o atual debate jurídico sobre a legalização do aborto, passando a conferir mais direitos a um óvulo do que a vida da mulher, violando seus direitos de dignidade e autonomia. Não obstante, acaba dificultando o acesso aos meios abortivos já previstos em lei.

Nesse sentido, a vigência do Projeto de Lei 478/2007 pode acabar transformando gestantes em verdadeiras “criminosas em potencial”, pois em momento algum este trata da possibilidade de um aborto espontâneo, o que é perfeitamente possível e reconhecido pela medicina. Nesse sentido, omite-se o legislador, o que não é de se impressionar, uma vez que este, em momento algum, trata da mulher como prioridade, ao contrário, a marginaliza ainda mais ao incluir um novo tipo penal junto ao nosso ordenamento, que seria a modalidade do aborto culposo. Atualmente, o aborto é admitido apenas quando existente o elemento subjetivo dolo, como bem elucida Rogério Greco:

(...) podem ser praticados a título de dolo, seja ele direto ou eventual, ou seja, ou o agente dirige finalisticamente sua conduta no sentido de causar a morte do óvulo, embrião ou feto, ou, embora não realizando um comportamento diretamente a este fim, atua não se importando com a ocorrência do resultado (GRECO, 2005, p. 276).

Atualmente, o entendimento é de que, caso alguém venha a ocasionar o aborto por negligencia, imprudência ou imperícia, este responda pelo crime de lesão corporal culposa e, em sua maioria, na modalidade grave. Não há ilicitude na gestante que venha a perder o seu filho por causas naturais.

Desta forma, com a possível vigência do código, há de considerar situações em que cheguem ao extremo como, a título exemplificativo, de se haver a uma possível instauração de inquérito policial para que se investigue uma grávida que tenha abortado naturalmente, sob o pretexto legal de violação aos direitos do embrião.

Ademais, ainda que o aborto seja realizado de maneira legal, em conformidade as excludentes de ilicitude, consoante disposto no artigo 128 do Código Penal, na prática, as gestantes ainda encontram grandes obstáculos para a sua prática.

Além de um precário sistema de Saúde, o que dificulta a sua realização, principalmente pela camada mais carente da sociedade, composta em sua grande maioria por pobres e negras, há ainda a resistência moral daquelas que tem o desejo de abortar, mas que mesmo tendo a chancela legal, acabam sendo criminalizadas tanto pela sociedade como pelo Estado, atingindo novamente, não por mera coincidência, os mais desprovidos.

Nesse mesmo sentido, não há como virar as costas a forte influencia religiosa presente em nossa sociedade, pois embora o Estado seja laico, vemos que essa não se encontra totalmente desvinculado da força religiosa, principalmente em razão da bancada evangélica congressista.

Resta mais do que comprovado que a proibição não tem surtido o efeito esperado, muito pelo contrario. É cada vez maior o índice de mortalidade em razão da realização de abortos clandestinos, sendo esta uma manifesta questão de saúde pública, haja vista o espantoso número de mulheres que morrem ou sofrem graves seqüelas nesses procedimentos, sem o mínimo de condições de salubridade, tampouco dignidade a pessoa humana.

Já diz a máxima preconizada pelo renomado jurista francês, Georges Ripert: “Quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vingando ignorando o Direito”. É incontestável a afirmação à prática do aborto se mostra uma cruel realidade perante a sociedade, sendo cada vez maior o número de mulheres que procuram, em sua esmagadora maioria, verdadeiros açougues clandestinos travestidos de clínicas para realização destes procedimentos.

Além disso, seguindo a mesma linha comportamental, um novo fenômeno tem ganhando força no Brasil: é cada vez maior o número de mulheres que têm saído do país para abortar em países vizinhos, como a Colômbia, aonde a prática do aborto é permitido. Com isso, as gestantes burlam o sistema penal, fugindo da territorialidade aplicada pelo nosso Código, realizando a interrupção da gravidez de maneira de forma legal, a luz da legislação vigente no país de destino.

No que tange a seara judicial, é cada vez maior o número de ações de gestantes que batem a porta do judiciário com ações visando a autorização do Estado para a realizar o aborto.

E nesse cenário, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 124.306, decidiu pela não criminalização do aborto realizado nos três primeiros meses da gestação, sob a alegação de violação aos direitos fundamentais das mulheres, como autonomia e a integridade físico psicológica, a título exemplificativo.

No presente julgado, manifestou-se com lucidez e maestria o ministro Luiz Roberto Barroso:

A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000323111&base=baseAcordaos>>).

O ministro ainda demonstrou em diversos momentos do seu voto, com exímia clareza, a violação que criminalização do aborto acarreta ao princípio da proporcionalidade, senão vejamos:

ela constitui **medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar** (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro;

é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas

a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000323111&base=baseAcordaos>>).

Ao final, ainda realizou um comparativo com os mais diversos países em que o aborto é considerado legalizado na forma em questão, ressaltando a incongruência do Brasil quando confrontado com demais nações:

Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000323111&base=baseAcordaos>>).

Há ainda diversas ações tramitando no presente órgão de cúpula judicial que versam sobre o aborto, como a ADPF nº 442, ingressada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.581, ajuizada pela Associação Nacional de Defensores Públicos (ANADEP) e que incluía em seus pedidos a autorização para interrupção da gravidez com medida excepcional para as mulheres infectadas pelo Zika vírus, doença que se encontra diretamente associada aos casos de microcefalia, dentre outras malformações fetais.

Vê-se que o judiciário brasileiro, *a priori*, vem mantendo um entendimento mais aberto, democrático, atendendo as necessidades sociais, acompanhando o avanço da sociedade, bem como o respeito a mulher, a sua autonomia corporal e a dignidade da pessoa humana.

Já em relação ao campo científico medicinal, o Conselho Federal de Medicina manifestou-se contrário ao Estatuto, reconhecendo a prática do aborto como permitida até a 12ª semana de gestação, de acordo com as palavras do seu presidente, Dr. Roberto Luiz d'Ávila, quando nos diz que “somos a favor da vida, mas queremos

respeitar a autonomia da mulher que, até a 12ª semana, já tomou a decisão de praticar a interrupção da gravidez”.

Esclarece ainda o médico que a data limite para realização do procedimento é de 12 semanas por ser o período de menor risco para a saúde da gestante e, por outro lado, ainda não estar formado o sistema nervoso do nascituro, momento em que, segundo diversos médicos e cientistas, se inicia de fato a vida.

Pondera ainda o presidente que não se pretende tornar o aborto em uma nova forma de contracepção da gravidez, como tentam sustentar os críticos ao aborto, mas sim em reforçar o princípio da autonomia corporal e dignidade da mulher, conforme abaixo:

E assim como defendemos a autonomia da vontade do paciente nos casos de ortotanásia e, estamos trabalhando nesse mesmo sentido em relação às Testemunhas de Jeová, também defendemos que a mulher tenha autonomia sobre seu corpo até um determinado tempo da gestação. Mas, em nenhum momento, seremos favoráveis ao uso do aborto como método contraceptivo (Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23663:cfm-esclarece-posicao-a-favor-da-autonomia-da-mulher-no-caso-de-interruptao-da-gestacao&catid=3>).

Não obstante referido o manifesto, o CFM enviou o Congresso Nacional um parecer em que sugere a alteração do Código Penal no que diz respeito a ampliação das hipóteses em que o aborto venha a ser permitido.

Nesse diapasão, deve-se considerar que a saúde não apenas é um direito coletivo, como um dever por parte do Estado, como consagrado no art. 196 da Constituição.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Diante de toda proteção estatal, inclusive garantida constitucionalmente, vê-se mais uma vez que o direito garantido a mulher continua permanecendo à margem da sociedade.

6.6 PEC 181, DENTRE OUTROS PROJETOS DANOSOS

Embora o aborto seja uma prática cada vez mais comum, avançando perante o judiciário brasileiro e até com novas formas de burlar o sistema penal, como o caso de mulheres que têm abortado em países vizinhos, com a chancela legal do país em questão, o legislativo vem se mostrando cada vez mais retrógrado e defasado em suas idéias, indo claramente de encontro aos anseios sociais.

Sob forte influência da bancada religiosa, tem intensificado o número de projetos que tem como objetivo principal a proibição do aborto em todas as formas possíveis.

Além do Projeto de Lei que foi amplamente discutido no presente trabalho, diversos outros projetos encontram-se na pauta de votações do Congresso para serem analisados.

O Projeto de Lei 5.069 de 2013, de autoria do ex-deputado Eduardo Cunha, acaba criando empecilhos ao acesso legalmente permitido para que as mulheres vítimas de abuso sexual, criando etapas para a realização do procedimento, retrocedendo no que diz respeito aos direitos adquiridos junto ao atual Código Penal. A partir do projeto, a vítima de estupro deverá realizar o boletim de ocorrência, uma prática que é evitada, muitas vezes por medo ou também por constrangimento em tal ato. Ademais, o projeto ainda dificulta o acesso à pílula contraceptiva de emergência, também conhecida como pílula do dia seguinte. O presente, assim como o Estatuto do Nascituro, já foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), aguardando votação junto a Câmara dos Deputados e, caso aprovado, seguirá para o Senado Federal.

Desta mesma forma, encontra-se em trâmite a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 164/2012. Também da autoria do ex-deputado Eduardo Cunha, a proposta visa alterar o caput do artigo 5º da Constituição Federal, o qual passaria a ter a seguinte redação:

Art. 5º 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, **desde a concepção**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (grifos nossos)

Com isso, toda e qualquer discussão acerca da legalização ou descriminalização do aborto estaria esgotada, sem qualquer chance reverter tal situação. Não obstante, com a alteração da Carta Magna, estabelecendo a inviolabilidade da vida desde a concepção como um direito fundamental, os direitos ao aborto já permitido no país seriam revogados, tornando-se criminoso em qualquer situação. Atualmente, o projeto encontra-se parado na Comissão de Constituição e Justiça desde que foi apresentado.

Embora a PEC 164/2012 encontre-se estagnado junto a CCJ, o mais recente Projeto de Emenda a Constituição proposto com relação ao nascituro é a PEC 29/2015, da autoria do atual senador Magno Malta e que tem o mesmo conteúdo do projeto anteriormente mencionado. A presente PEC também prevê a alteração do caput do art. 5 da Constituição, acrescentando que a inviolabilidade do direito a vida surte efeitos desde a concepção.

Vê-se que a suavidade semântica, em verdade, acarreta uma atroz violação ao direito das mulheres, bem com a violação a diversos direitos fundamentais. Não obstante, chega a ser abusivo e desonesto contra a sociedade a justificativa apresentada pelo senador ao dizer que a emenda constitucional não altera absolutamente nada no artigo 5º, ela apenas acrescenta o termo “desde a concepção.

E continua:

A omissão no texto constitucional sobre a origem da vida vem permitindo grave atentado à dignidade da pessoa humana que se vê privada de proteção jurídica na fase de gestação, justamente a fase em que o ser humano está mais dependente de amparo em todos os aspectos.

Da análise, não apenas em relação ao Estatuto do Nascituro, mas em um estudo mais amplo de todos os demais projetos que versem a atual situação do nascituro e do aborto no nosso ordenamento, é possível notar que todos sofrem de uma grande influência patriarcal, ressaltando que todos os autores fazem parte da bancada evangélica. Em momento algum fazem menção à figura da mulher ou qualquer dos seus direitos, apenas no sentido de restringi-los.

Observa-se assim que os direitos das mulheres encontram-se em um conflito constante perante o nosso Legislativo, muito ortodoxo e tradicionalista, que não condiz com aspirações sócio comportamentais que vão se aperfeiçoando ao passar do tempo.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A figura do nascituro, o início da vida e, trazendo o debate para o mundo jurídico, o momento de início da personalidade humana, desde os primórdios da humanidade foram temas de intensos debates. Ao longo do tempo, diversas teorias surgiram, dentre as quais, as que merecem o maior destaque são: a teoria natalista, concepcionista e a teoria de personalidade condicional.

Perante o nosso ordenamento pátrio, a teoria atualmente utilizada é a teoria natalista, conforme disposto no art. 2º do nosso Código Civil, abarcando o nascituro como um mero expectador de direitos, os quais serão efetivados a partir do nascimento com vida. Todavia, o mesmo dispositivo legal põe a salvo direitos a figura do nascituro desde a sua concepção, os quais encontram-se taxativamente dispostos ao longo do Código. Dentre os direitos resguardados ao nascituro, temos como direito primário e essencial o direito a vida.

Por outro lado, tanto o Código Civil quando a Constituição Federal, fortemente influenciada pelo período pós guerra, tendo como seu pilar de sustentação o princípio da dignidade da pessoa humana, resguardam inúmeros direitos a mulher, resultado de uma forte luta exercida pela classe ao longo dos tempos para adquirir tal reconhecimento.

Desta forma, vemos que em ambas as situações existem direitos fundamentais a serem tutelados. Diz-se de direito fundamental aquele direito intrínseco ao ser humano, a sua condição. Canotilho elucida acerca do tema:

(...) os direitos fundamentais em sentido próprio são, essencialmente direitos ao homem individual, livre e, por certo, direito que ele tem frente ao Estado, decorrendo o caráter absoluto da pretensão, cujo o exercício não depende de previsão em legislação infraconstitucional, cercado-se o direito de diversas garantias com força constitucional, objetivando-se sua imutabilidade jurídica e política. (...) direitos do particular perante o Estado, essencialmente direito de autonomia e direitos de defesa (CANOTILHO, 2002, p. 105).

Já Marcelo Campos Galuppo leciona com grande didática sobre:

Os direitos humanos transformaram-se em direitos fundamentais somente no momento em que o princípio do discurso se transformou no princípio democrático, ou seja, quando a argumentação prática dos discursos morais se converte em argumentação jurídica limitada pela faticidade do direito, que implica sua positividade e coercibilidade, sem, no entanto, abrir mão de sua

pretensão de legitimidade. Os direitos fundamentais representam a constitucionalização daqueles direitos humanos que gozaram de alto grau de justificação ao longo da história dos discursos morais, que são, por isso, reconhecidos como condições para a construção e o exercício dos demais direitos (GALUPPO, 2003, p. 233).

Nesse sentido, é essencial, para elucidar o presente conflito, enfatizar que o nosso ordenamento pátrio não admite direito absoluto, em qualquer hipótese. Em outras palavras, por mais importante que seja um direito e a sua proteção, a este não cabe a violação dos direitos dos demais, jamais devendo se sobrepor um ao outro, ainda que trate-se de um direito fundamental. Nesse sentido, é uníssono o entendimento preconizado pelo STF, conforme diversos julgados nesta linha, senão vejamos:

Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.

[MS 23.452, rel. min. Celso de Mello, j. 16-9-1999, P, DJ de 12-5-2000.]

Vide HC 103.236, rel. min. Gilmar Mendes, j. 14-6-2010, 2ª T, DJE de 3-9-2010. Inexiste a alegada inconstitucionalidade do art. 235 do CPM por ofensa ao art. 5º, X, da Constituição, **pois a inviolabilidade da intimidade não é direito absoluto** a ser utilizado como garantia à permissão da prática de crimes sexuais.

[HC 79.285, rel. min. Moreira Alves, j. 31-8-1999, 1ª T, DJ de 12-11-1999.]

As garantias do contraditório e da ampla defesa **não são absolutas quando considerado o caráter de urgência do pedido liminar**, podendo o relator despachar a medida antes da oitiva das partes interessadas.

[MS 28.417 AgR, rel. min. Dias Toffoli, j. 27-2-2014, P, DJE de 2-4-2014.]

O que vemos no caso em questão é a colisão de direitos fundamentais entre os direitos do nascituro e direitos das mulheres. Antes, apenas por amor ao debate, devemos distinguir a colisão de regras da colisão de direitos. O primeiro, também denominado de antinomia, diz respeito ao encontro de duas normas incompatíveis entre si, devendo ser sanado, segundo o mestre Norberto Bobbio através de três critérios

clássicos: o critério cronológico, quando a lei posterior revoga a lei anterior; critério hierárquico, quando a lei superior sobrepõe-se a lei inferior, como acontece quando há conflito entre uma lei municipal e a Constituição, a título exemplificativo; e o critério da especialidade, quando a norma especial prevalece sobre a norma geral. Nesses casos, uma regra é aplicada em sua integralidade sobre a outra, a qual, por sua vez, tem o seu conteúdo completamente esvaziado.

No que diz respeito ao conflito entre direitos fundamentais, este se equipara a colisão entre princípios, especialmente em razão de sua abrangência e abstração. Diferentemente do que ocorre na antinomia, a colisão de direitos fundamentais tem como cerne do problema um conflito axiológico, não podendo se falar em total esvaziamento do conteúdo, mas sim na ponderação e harmonização de interesses, através do princípio da seletividade, a fim de se evitar a maior lesividade do outro direito.

No fato em questão é inegável a ideia de que é resguardado ao nascituro o direito legal de nascer e se desenvolver. Não obstante, ainda que o aborto seja realizado clandestinamente em larga escala, enfatizando o anacronismo da lei perante a sociedade, o desuso da norma não faz com que esta desapareça do ordenamento pátrio, posto que esta só perde a vigência com a sua revogação, o que não é caso.

Contudo, vemos que o Projeto de Lei objeto do presente estudo preza, de acordo com a sua redação, por uma proteção exacerbada do nascituro frente à figura da mulher, esquecendo-se de todos os direitos a ela também resguardados, principalmente a sua dignidade, sua livre disposição corporal, bem como ao direito constitucional a saúde, uma vez que esta já se encontra nascida e devidamente desenvolvida, perante o nascituro, o qual ainda é alvo de um intenso debate sobre em que momento existirá, de fato, o início da vida e da sua personalidade, seja no plano científico medicinal ou no jurídico.

Vê-se que o Estatuto do Nascituro segue uma linha legislativa ainda enraizada em uma forte ideia de uma sociedade patriarcal de outrora, na tentativa infrutífera, mas deveras preocupante em manter a mulher no papel de submissa ao homem, ligando à figura do feminino, tão somente, a ideia da reprodução, do ente materno, sempre colocada no segundo plano ordenamento jurídico, como junto à sociedade.

É claro e cristalino o retrocesso que o Projeto em questão acarreta, não somente as mulheres, mas como a toda a sociedade, podendo gerar conseqüências extremamente danosas a um médio/longo prazo.

Tal afirmação se comprova na divergência que o Estatuto apresenta frente a diversos órgãos, como o Conselho Federal de Medicina, que declarou-se contrário ao Estatuto, inclusive reconhecendo o aborto praticado até a 12^a semana de gestação como permitido, bem como pelo repúdio do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam), além da contrariedade junto as jurisprudências do Supremo Tribunal Federal, que vem trazendo uma maior anuência ao direito da mulher em realizar a interrupção da gravidez de maneira legal e devidamente assistida, vide o reconhecimento da legalidade do aborto até o terceiro mês, bem como pela histórica decisão da ADPF 54, permitindo o aborto do feto anencéfalo.

Igualmente, como fora amplamente demonstrado no presente artigo, não há mais como se defender a premissa de que a proibição e criminalização do aborto acarretam na sua diminuição, uma vez que este se mantém na mesma proporção ou ainda superior, todavia ocorrendo de maneira clandestina.

Nesse sentido, há ainda de se atentar que quem mais sofre com tal vedação são, principalmente, as mulheres negras, de baixa renda e escolaridade, posto que as mulheres de classe média e alta, quando não realizam o aborto no exterior, especialmente em países em que a prática é permitida, ainda que também realizem o procedimento em clínicas clandestinas no Brasil, estas são dotadas de um maior aparato técnico para a sua realização, diferentemente das gestantes de baixa renda, que mal tem acesso aos meios de saúde básica, quiçá para a realização de uma cirurgia de tamanha complexidade, submetendo-se a processos grosseiros e externamente danosos a sua saúde e até a própria vida.

É imperioso salientar, fazendo-se uma ponderação referente ao caso, que não se pretende tornar um aborto um novo meio contraceptivo, causando assim a sua banalização. Com a sua possível (e talvez utópica) legalização, seria necessário o estabelecimento de critérios e requisitos objetivos para a sua realização sendo o mais comum, inclusive utilizado pela maioria dos países que adotam a prática, a interrupção até o terceiro mês de gestação, quando não existe a formação do sistema nervoso no

feto, como sustenta o Conselho Federal de Medicina, devendo-se o Brasil espelhar-se em países já mencionados em que a prática é permitida e funciona de maneira devida, atendendo assim as mais diversas camadas da sociedade.

Embora exista não apenas o PL 478/2007, mas diversos outros projetos legislando acerca da situação do nascituro e seus direitos, não existe nenhuma legislação ou organização que regule, defenda ou disponha acerca dos direitos sexuais ou de reprodução das mulheres, bem como acerca da sua livre disposição corporal.

Nesse sentido, é necessário olhar toda a questão referente ao Estatuto do Nascituro, da legalização do aborto e dos demais projetos que dispõe sobre tal objeto de uma maneira mais ampla, principalmente sob a ótica de todos os direitos adquiridos pelas mulheres até o presente momento, conquistados ao longo dos anos através de intensas batalhas nas quais diversas mulheres deram a própria vida para alcançar o seu espaço, sendo necessária uma maior ponderação de interesses entre direitos fundamentais de ambos os sujeitos da relação com o escopo de trazer uma harmonização, principalmente para mulher, sempre marginalizada no nosso ordenamento.

Faz-se essencial à desmistificação da figura da mulher a ligação única e exclusiva desta a maternidade e a reprodução humana, ampliando essa ótica para uma pessoa que tem direitos e deveres na ordem social e que merecem ser devidamente assistidos e tutelados. Essa é o passo inicial para que possa se alcançar o ainda tão distante, porém extremamente almejado, equilíbrio entre homens e mulheres junto à sociedade civil.

REFERÊNCIAS

- ALFRADIQUE, Eliane. **Direito à Vida: Aborto, estupro, feto anencefálico.** Âmbito Jurídico. n. 22. Rio Grande. 2005. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=448>.
- ALMEIDA, Silmara J. A. Chionelato e. **Tutela civil do nascituro.** São Paulo: Saraiva, 2000, p. 198.
- ALVARENGA, Luísa Baran de Mello. **Atos de disposição sobre o próprio corpo: O caso da body modification.** Trabalho de graduação (Bacharelado em Direito) – Departamento de Direito, PUC-RJ, Rio de Janeiro, 2010.
- AMARO, Zoraide Sabaini dos Santos. O Reconhecimento da Personalidade Jurídica do Nascituro Desde a Concepção no Sistema Jurídico Nacional como Forma de Solidificar a exigente Atuação Integral do Fenômeno Humano nas Relações Jurídicas. In: **Anais do [Recurso eletrônico] / XVII Congresso Nacional do CONPEDI.** – Florianópolis : Fundação Boiteux, 2008. p. 901-921 Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/integra.pdf>> Acesso em 03 de Nov. 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. Op cit., p. 682. **A citação existente no texto é referida.**
- BASSUMA, Luiz; MIGUEL, Martini. **Projeto de Lei.** 2007. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=443584>. Acesso em 03/02/2018
- BELIVÁQUA, Clóvis. **Código Civil do Estado Unidos do Brasil Comentado.** Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1975, v. 1.
- BRASIL. Código Civil. **Lei número 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Brasília, DF, Senado, 2010.
- BRASIL. Código Civil. **Lei número 3.071, de 1 de Janeiro de 1916.** Brasília, DF, Senado.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 5º ed. Editora Livraria Almedina, 2002, p. 105.
- CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal. Parte Especial: **dos crimes contra a pessoa, a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos** (arts. 121 a 212). 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 159.
- CHAVES LOPES, Benedita Inez. **A Tutela Jurídica do Nascituro.** São Paulo: LTr, 2000, p.85.
- DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico.** São Paulo: Saraiva, v.3, 1998.
- DIREITO CIVIL. **Parte Geral.** 18. ed. São Paulo, Saraiva, 1988, pp. 37-8.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral.** 11. ed Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 123.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 102.

GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? In.: SAMPAIO, José Adércio Leite. (Coord.) **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 233.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Especial, Volume II. Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p. 276.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. Vol. V. P. 304

INSTITUTO BRASILEIRO DO DIREITO DA FAMÍLIA. Disponível em:<
<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5055/+IBDFAM+opina+pela+rejei%C3%A7%C3%A3o+do+Estatuto+do+Nascituro>>. Acesso em 26/01/2018.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado** / Pedro Lenza. – 16. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2012, p. 888.

MAXIMILIANO: 1937 *apud* ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tutela Civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000, p.235.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil** - Parte Geral. Vol. 1. 2 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.144.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. 8ª ed. re. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 622.

OLIVEIRA, Vinicius Mazza, **Da personalidade jurídica e dos direitos do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em:<http://www.faeete.edu.br/revista/Artigo6-vinicius-mazza-oliveira.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2018.

OLIVEIRA, Euclides Benedito. Indenização por danos morais ao nascituro. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise. **O direito civil no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 162.

PEREIRA *apud* ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tutela Civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000, p.223.

PLUTARCO. **Vida de Licurgo**. Disponível em: <
http://www.consciencia.org/plutarco_licurgo.shtml>. Acesso em: 04 dez.1017

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. tomo IX, p. 215-216.

PUSSI, William Artur. **Personalidade jurídica do nascituro**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2008, p.421.

SEMIÃO, Sergio Abdalla. **Os Direitos do nascituro**: aspectos cíveis, criminais e do biodireito. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, P.89.

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 92.

SOUZA, Capelo de. **O direito geral da personalidade**. São Paulo, 2008, p.483

TARTUCE, Flavio. **Manual de direito civil**. 2 ed. São Paulo: Método, 2012, p.71.

TARTUCE, Flavio. **Direito civil: Lei de introdução e parte geral**. 11 ed. São Paulo: Método, 2015, p.122.

TARTUCE, Flavio. **Manual de Direito Civil**. 4ª edição, 2013, página 79.