

O aborto e a personalidade jurídica do nascituro: uma crítica feminista ao ordenamento jurídico brasileiro

Carla Mariana Café Botelho^(*)

Daniel Camurça Correia^(**)

Resumo

Este artigo busca explicar o conceito de personalidade jurídica bem como as teorias que cercam a condição do nascituro a esse respeito, para que se possa colocar em pauta de discussão os questionamentos envolvidos na problemática do aborto. Tem-se como objetivo, alcançar uma posição dialética que auxilie na harmonia entre os direitos da mulher e do nascituro.

Palavras-Chave: Personalidade Jurídica. Nascituro. Aborto. Feminismo.

Abortion and the legal personality of the unborn child: a feminist critique of the brazilian juridical order

Abstract

This article seeks to explain the concept of legal personality as well as the theories surrounding the condition of the unborn child in this respect, so that the questions involved in the abortion problem can be put on the agenda. Its objective is to achieve a dialectical position that assists in the harmony between the rights of women and the unborn.

Keywords: Legal Personality. Unborn Child. Abortion. Feminism.

A proposta deste artigo é demonstrar o tratamento jurídico dado ao nascituro, apontando que este pode ou não ser detentor de personalidade jurídica de acordo com a corrente doutrinária seguida e o ordenamento jurídico em vigor em cada país. Essa temática é fulcral para a

^(*) Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: carlamarianacafe@hotmail.com.

^(**) Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: daniel.camurca@unifor.br.

compreensão da condição do nascituro, de modo que a adoção de uma ou de outra teoria é que norteia a possibilidade ou não de legalização do aborto.

Nesse contexto, analisa-se de início o conceito de personalidade jurídica e outros que o complementam, posteriormente observa-se no que consiste a personalidade do nascituro ao longo da história. Por fim, faz-se uma análise das teorias que a cercam e de forma comparativa demonstra-se as diferenças presentes nelas sobre a figura do nascituro problematizando a discussão sobre o aborto.

Para isso, analisa-se a legislação brasileira por meio do Código Civil, a Lei 11.804/08 (Lei de Alimentos Gravídicos), Recursos Especiais dos Tribunais Brasileiros e outras normas jurídicas, bem como divergentes estudos acadêmicos e doutrinários que comprovam essa hipótese de relação entre personalidade jurídica do nascituro e aborto.

Com base nesses estudos, encontra-se pertinência nesse tema para a compreensão e esclarecimentos sobre a natureza jurídica do nascituro, visto que hodiernamente tem-se discutido a possibilidade de descriminalização da prática abortiva, promovendo mudanças no ordenamento jurídico pátrio, que atualmente a criminaliza.

Diante disso, é necessário explicar que este estudo não pretende desenvolver uma problemática em que o posicionamento adotado se encontre visível entre um dos polos que norteiam essa discussão, seja pela criminalização ou descriminalização do aborto, o intuito é discutir a condição do nascituro no ordenamento jurídico que se mostra bastante controversa, ora concedendo-o direitos, ora lhe negando personalidade jurídica e assim dando espaço para discussões pautadas em argumentos contrários e favoráveis ao “*abolitio criminis*” do aborto.

Essa contradição presente no ordenamento jurídico brasileiro é ocasionada principalmente por causa da dicotomia entre legalização e criminalização do aborto ter sido constante no seio da sociedade, se fazendo presente e explicitamente discutida nas eleições de 2015 desde os cargos locais, como o de prefeito, vereador, até cargos nacionais como a presidência da república. Com veemência essa temática separou os representantes políticos em blocos definidos como: “*os pela vida*” e “*os contra a vida*”. Não sendo a primeira vez que ocorre, esse fenômeno também se fez presente nas eleições de 2010 e foi relatado no estudo de Fontes (2012).

Em meio a essa polaridade, um grupo se mostrou mais fortalecido, em face do nosso cenário cultural ser extremamente sentimentalista e conservador por influências religiosas que presam muito pela proteção do nascituro, causando a preferência pelo grupo “*pela vida*” e condenando o

grupo “*contra a vida*”. Essa discussão acabou servindo como meio utilizado para promoção dos representantes aos cargos políticos visados (FONTES, 2012).

Malgrado o conservadorismo se encontre na maioria da população brasileira que prefere à criminalização, muitas passeatas e manifestações contrárias a essa postura estão ganhando espaço nas ruas e nos meios de comunicação, principalmente por meio de movimentos que buscam conceder à mulher este direito como parte da liberdade de disposição do próprio corpo, que encabeçados por frases polêmicas como “*Meu corpo, minhas regras!*” são incentivadas pelas legislações de outros países que servem de exemplo e anseio (SCAVONE, 2008).

Além dos grupos feministas, outros estudiosos da área da saúde e do âmbito jurídico também demonstraram posicionamento favorável à legalização do aborto. E, por meio dos seus estudos científicos a discussão entre ambos tem se tornado ainda mais evidente, já que ambos os grupos estão se igualando no quesito número de optantes.

Por meio do que fora abordado, é importante observar que o foco desse trabalho se restringe ao posicionamento brasileiro analisado sob o prisma do ordenamento jurídico nacional, com o enfoque principal no direito civil que é a base para o estudo das teorias que cercam a personalidade jurídica do nascituro e fundamento principal para as críticas. Porém em detrimento destes crescentes conflitos ocasionados pela problemática envolta neste tema, é sabido que o aborto tem sido contestado ou apoiado em diversos países e sempre ocasiona divergentes opiniões.

Diante disso, dividiu-se os tópicos deste artigo em sequência temática, a fim de salientar os pontos essenciais ao nosso estudo e compreender o aparato jurídico e social que se desenrola ao redor do conteúdo abordado. Assim, como já foi dito, pretende-se expor o tema de forma imparcial sem julgar o mérito da criminalização ou descriminalização do aborto em si, mas focar basicamente na personalidade jurídica do nascituro a fim de promover uma discussão coesa acerca deste “ser” dotado de direitos, mas não de personalidade jurídica.

Da personalidade jurídica do nascituro: conceito e história

Em se tratando de personalidade jurídica, uma dúvida paira sobre o tratamento do nascituro, visto que os doutrinadores há tempos questionam ser ou não este dotado de personalidade, e para o melhor entendimento do tema, é preciso conceituá-la. Segundo Orlando Gomes (2007) consiste em uma aptidão genérica para contrair deveres e adquirir direitos. O fato é que quem possui essa

personalidade é considerado pessoa, os demais fazem parte de um grupo despersonalizado denominado de coisas.

Dessa forma, se o nascituro não obtiver personalidade jurídica não será pessoa e por isso não será detentor de direitos (sujeito de direitos), já que para contraí-los e assumir responsabilidades é necessário ser personificado pelo ordenamento jurídico. Logo, sem adquirir direitos, estaria exposto de forma desprotegida e a criminalização do aborto não teria a menor coerência normativa. Mas o fato é que o legislador optou por ceder alguns direitos a ele e assim se questiona se lhe foi cedida também a personalidade.

Historicamente, existiu muita dificuldade em enquadrá-lo dentro do conceito de personalidade jurídica, visto que as civilizações até hoje não se mostram unânimes e completamente convencidos de sua personalidade ou da falta dela, algumas destas preferem até se posicionar de forma intermediária entre os dois extremos, e por isso, como forma de demonstração dessas afirmações, será explorado o contexto histórico envolto e os conhecimentos averiguados.

Na Idade Antiga o nascituro recebeu divergentes tratamentos. Inicialmente, teve com os gregos o primeiro aparato normativo, onde a personalidade jurídica do nascituro foi bem aceita graças aos estudos sobre embriologia da época que concederam demasiada importância ao embrião e o consideravam pessoa. (GALEOTTI, 2007).

Já no Direito Romano, o nascituro não tinha personalidade, que só seria concedida ao nascer com vida, como também se obtivesse forma humana e somente a partir do momento em que o feto se desprendesse do corpo da mãe (CRETELLA JÚNIOR, 2004). Mas, com influência do cristianismo, a transição da Idade Antiga para Idade Moderna foi marcada pelo fortalecimento da Igreja Católica que concedia ao nascituro direitos como: ser beneficiário em testamento, receber doações, etc (GALEOTTI, 2007).

Posteriormente, veio a legislação portuguesa tratar do tema com o Código Civil de 1867, que adotou um posicionamento idêntico ao observado no Direito Romano, de forma que os direitos previstos ao nascituro só poderiam vir depois do nascimento com vida, e também se prezava pela forma humana. Postura essa que se mantinha nos demais países como a França que exigia a viabilidade do feto e na Espanha que era também incisiva sobre o tempo de vida mínimo para a consideração da personalidade.

Atualmente já se tem modificado o cenário mundial, a viabilidade fetal, forma humana, tempo mínimo de vida, corte do cordão umbilical e outros requisitos não são mais observados como

métodos de classificação para decidir quem é ou não é considerado pessoa, deixando como critério apenas a presença de ar nos pulmões que caracteriza a respiração, mesmo que por instantes (GOMES, 2007).

No ordenamento jurídico pátrio, o nascituro não possui a certeza da concessão de sua personalidade jurídica, apesar de ter seus direitos protegidos em vários instrumentos legais como a Constituição Federal, O Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil e o Código Penal.

Neste sentido, prescreve o Art. 2º do Código Civil: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Se este dispositivo for interpretado pelos legisladores de forma literal, observa-se que para que haja personalidade jurídica é preciso inicialmente que se nasça com vida, seria este o pressuposto essencial e inicial para que uma pessoa se torne sujeito de direitos, e, portanto, possua os chamados “direitos da personalidade”, além de outros direitos também. Porém, há uma exceção encontrada na segunda parte do presente artigo, em que se afirma que a lei põe a salvo, ou seja, mesmo assim protege os direitos do nascituro ainda que não tenha nascido.

Em complemento, analisa-se a afirmação de Venosa que segue no presente entendimento: “Verificamos o nascimento com vida por meio da respiração. Se comprovarmos que a criança respirou, então houve nascimento com vida ” (2010, p. 141). Diante desse trecho, conclui-se que, para que se averigüe a certeza de que houve vida ao nascer é necessário apenas a comprovação de ar nos pulmões, feita por meio de um exame médico denominado de “docimasia hidrostática de galeno”.

O que se questiona é se seria o nascituro desconsiderado em sua personalidade já que este não teria nascido ainda, e se seria um equívoco lhe conceder direitos, e para resolver estes questionamentos este trabalho utiliza-se das teorias que determinam o posicionamento adotado, para melhor observar a realidade fática da consequência de cada entendimento

Das teorias acerca da personalidade jurídica do nascituro

O nascituro, como foi dito anteriormente, possuiu por diversos anos características distintas que ora lhe concedia personalidade, ora a retirava, de modo que ainda hoje não se tem uma unanimidade acerca da existência da sua personalidade jurídica.

Essas divergências entre os países e as formas de caracterizar a natureza jurídica do nascituro nascem basicamente do fato do direito não ser uma ciência pura, e assim como as demais fontes de conhecimento necessita do auxílio de outras áreas. Nesse momento é que para a conceituação da personalidade jurídica do nascituro, o direito se salvaguarda em estudos médicos que formam o chamado “biodireito”.

Nesse sentido, como se verá através dessas teorias, sempre que se fala em personalidade jurídica do nascituro faz-se uma correspondência com as noções de vida, de nascimento, de concepção, nidação, e outros conceitos que estão presentes nos estudos médicos e são necessários para as temáticas ora estudadas.

É diante desses estudos coligados que surgem as teorias, dentre as quais três se destacam (natalista, concepcionista e condicional) pelo fundamento de serem mais coerentes e aceitas pelos ordenamentos jurídicos em geral.

A primeira teoria acerca da natureza jurídica do nascituro é a teoria natalista, e como o próprio nome sugere, afirma que a personalidade se inicia através do nascimento com vida. Por causa dessa assertiva, o nascituro, não é sujeito de direito pelo fato de não ter nascido com vida e o nascimento ser ato essencial para adquirir personalidade. A esse respeito, Sílvia Rodrigues ensina (2004, p. 36):

A lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer com vida. Mas, como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico desde logo preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus.

Somada à noção de nascimento e a sua forma de comprovação, para que este seja constatado basta somente que haja a respiração do feto fora do ventre materno ao iniciar o parto, sem necessidade de que tenha ruptura do cordão umbilical, viabilidade fetal ou um período mínimo de sobrevivência como estudado anteriormente.

Porém, a refutação dessa teoria surge por causa que se o nascituro não obtivesse personalidade jurídica, não seria pessoa e por isso seria reduzido à classificação de coisa, assim como os bens que possuímos, o que é extremamente difícil de se considerar dentro de um ordenamento jurídico que o concede inúmeros direitos.

A segunda teoria é a da personalidade condicional, que de início segue o mesmo raciocínio da natalista ao apontar que o nascimento com vida inicia a personalidade jurídica. Mas, diferente

desta não deixa o nascituro em completo desamparo legal, visto que defende a tese de que existam direitos eventuais em condição suspensiva resguardados ao nascimento com vida.

Porém, seria ousadia da parte dos doutrinadores seguidores deste entendimento colocar direitos da personalidade em condição suspensiva, pois estes não podem ser objetos de termo, encargo ou condição (NADER, 2011). Dentro desse contexto, esta teoria não foi capaz de dizer com veemência que o nascituro tinha ou não direitos.

Maria Helena Diniz (2014) nos acrescenta mais um estudo acerca da personalidade, dividindo-a em formal e material. A primeira seria aquela que resguarda o nascituro até o nascimento com vida, após esse momento se tornaria personalidade material que encerra com a morte. Dessa forma, os direitos personalíssimos não estariam em condição suspensiva, mas seriam dados ao nascituro por conta da sua personalidade formal, já os direitos patrimoniais estariam resguardados pois estes podem sofrer condição suspensiva e só serão adquiridos após o nascimento com vida.

Assim, pode-se afirmar que o entendimento da autora admite apenas a existência de direitos existenciais ao nascituro, de modo que aqueles que tiverem cunho patrimonial, decorrentes de herança, legado, doação, ficam resguardados a expectativa do nascimento com vida (BRASIL, 1916).

Já a terceira teoria chamada de concepcionista leciona que a personalidade jurídica é adquirida antes do nascimento (ALMEIDA, 2000), durante a concepção¹ que se inicia a partir da nidação² (VOLPI, 2005). Nesse sentido, Barchifontaine (2004, p. 53) explica:

[...] antes da nidação não existe individualização, e sem individualização não se pode falar de pessoa.

Ao defender esse fundamento, Silmara Chinelatto e Almeida (2000) orienta em estudo específico que a personalidade do nascituro não pode ser afastada dele, não podendo ser considerada “quase personalidade”. Por isso não poderia ser dono de uma personalidade condicional que lhe concede apenas direitos personalíssimos, sendo preciso decidir pela personalidade plena ou pela completa falta dela.

A despeito dessa controvérsia doutrinária, se observa uma lacuna legal acerca da condição do nascituro, sem que se haja certeza sobre a sua proteção e direitos. Se este não os tiver como

¹ “[...] ato de conceber no útero a junção de gametas masculino e feminino” (ANDRADE, 2008, p. 9).

² “[...] “fixação do óvulo no útero” (Ibidem).

afirma a teoria natalista, seria, portanto, passível de aborto. Mas se o tiver, seja de forma condicional ou completa como nos informa a concepcionista, o aborto seria violação do direito à vida que é um dos direitos fundamentais ditados na Carta Magna.

Dos direitos do nascituro

Como dito no item anterior, apesar das divergentes posições, o ordenamento jurídico concedeu direitos ao nascituro. Essa atitude é que o faz alvo de severas críticas, já que o legislador não soube se pronunciar pelo sim ou pelo não de forma concreta, de forma que ora ele nega, ora se contradiz concedendo direitos de quem possui personalidade. Esses direitos e outros serão analisados a seguir.

Primeiramente, analisa-se a proteção que se mostra mais contraditória à condição do aborto do nascituro, que seria o direito à vida. Mas, assim como todos os outros mecanismos existentes, não possui caráter absoluto. A prova da sua relativização está no Código Penal que compreende condições em que as chamadas “excludentes de ilicitude”³ limitam o uso dessa ferramenta pelo indivíduo.

Quanto a isso, o direito à vida do nascituro está protegido nos Art. 124 a 126 do Código Penal de modo divergente do tipo penal que pune o crime de homicídio, inclusive não possuindo as mesmas excludentes de ilicitude. E da mesma forma que ocorre com as excludentes de ilicitude, existem situações em que o aborto é permitido, sendo elas:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (BRASIL,).

Dutra (2011) justifica o primeiro inciso desse artigo pelo mesmo motivo que justificam o homicídio de um indivíduo já adulto, para salvaguardar sua própria vida em determinadas condições. Seria o aborto provocado como se o médico estivesse agindo acobertado por um estado de necessidade de terceiro, que no caso seria a gestante.

³ Situações resguardadas na lei que retiram o caráter antijurídico da conduta e a torna lícita (BITENCOURT, 2010, p. 16).

Para o nascituro, todavia, existe uma excludente de ilicitude a mais que permite a não penalização pelo aborto, esta é a possibilidade do direito a honra da gestante cominado com a disposição do seu próprio corpo se sobrepor à garantia da vida do nascituro.

Essa situação geraria punibilidade se o sujeito passivo da conduta fosse um ser humano, visto que para agir amparado pelo estado de necessidade o bem jurídico protegido deve ser de igual valor ou de maior valor que o bem jurídico sacrificado (BITENCOURT, 2010). Porém, apesar dessa limitação concedida ao direito a vida do nascituro, é inegável que somente a existência da criminalização do aborto já gera controvérsia suficiente com a previsão legal do Código Civil que lhe nega personalidade. Nesse sentido, Paulo Nader (2011, p. 36) afirma:

Como não há uma ordem civil e uma outra penal, mas um todo unitário, haveria uma incoerência lógica no sistema se ao mesmo tempo reconhecesse personalidade jurídica ao nascituro e admitisse o aborto em quaisquer de suas modalidades.

Por essa citação, resta-se demonstrada a antinomia entre a norma penal e a teoria natalista adotada pelo Código Civil, que ao mesmo tempo que afirma a inexistência de personalidade, lhes dá direitos patrimoniais e personalíssimos. E, não sendo algo exclusivo da legislação civilista, a querela do poder legislativo se mostra presente novamente com a Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008, conhecida como Lei dos Alimentos Gravídicos, que adicionou mais um direito ao nascituro, dessa vez patrimonial, na seguinte redação:

Art. 2º: Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

Sendo, pois, o nascituro, detentor de direitos existências e patrimoniais, estaria o legislador lhe concedendo uma personalidade jurídica a luz da teoria concepcionista. Assim, parece que é adotado em dois textos normativos diferentes duas teorias distintas. Seguindo na mesma linha, o judiciário também tem se mostrado incongruente, visto que a postura em julgados, jurisprudências e outras fontes do conhecimento dos juristas tem se mostrado controversas assim como a fonte que emana do legislativo.

É possível observar isso na conduta do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que demonstrou afinidade pela teoria concepcionista em diversos de seus julgados, concedendo ao nascituro o direito à indenização por danos morais pela morte do pai em um atropelamento através do Recurso

Especial nº 399.028/SP e também o pagamento de indenização do seguro obrigatório por acidente de trânsito (DPVAT) pela morte do nascituro através do Recurso Especial nº 1.120.676/SC.

O questionamento a ser levantado diante do que fora apresentado é se o judiciário estaria adotando a teoria concepcionista, já que concedeu ao nascituro direitos de cunho patrimonial. A resposta parece até obviamente positiva se vista apenas por esses julgados, todavia, demonstrando a incoerência dentro do poder judiciário, o Supremo Tribunal Federal (STF) em decisão recente decide que aborto até o 3º mês de gestação não seria crime.

A polêmica decisão do órgão de cúpula do Brasil gerou conturbados comentários, Moura (2016) em notícia do jornal Estadão apresenta comentários dos próprios relatores a respeito da decisão. É de extrema importância analisar o seguinte comentário do ministro Barroso para o jornal: “É dominante no mundo democrático e desenvolvido a percepção de que a criminalização da interrupção voluntária da gestação atinge gravemente diversos direitos fundamentais da mulher, com reflexos visíveis sobre a dignidade humana.”.

Após essa afirmação, é possível notar que tem-se levado em consideração a dignidade da pessoa humana da mulher ao analisar e julgar dessa forma. Sendo o STF o órgão responsável por tratar de matérias constitucionais, estaria a sua postura concordando que o aborto até o 3º seria constitucional?

Se a resposta da pergunta acima for sim, é possível concluir que todos os tratados de direitos humanos e os estudos feitos acerca da legislação nacional não estariam sendo desrespeitados, visto que todos estão abaixo ou no mesmo patamar que o texto constitucional, e esse foi interpretado de forma favorável ao aborto.

Sabendo que sempre há um motivo que justifique os acontecimentos e as mudanças nos entendimentos jurídicos, pode-se justificar a mudança no entendimento dos magistrados por meio do estudo de Dutra (et al., 2010), em que a autora apresenta uma pesquisa que aponta para o número de 78% dos magistrados entrevistados concordando com o aumento das circunstâncias em que o aborto é permitido.

O que se entende por meio desse dado é que, sendo o judiciário o órgão contencioso responsável por resolver o conflito no caso concreto e tendo o legislativo passado por toda essa incongruência, ocasiona o problema dos juízes se posicionarem diante de um conflito em que se tem antinomias aparentes de normas e inclusive lacunas (como no caso dos fetos anencéfalos). Assim, não podendo o juiz se abster de julgar, acaba criando novos métodos de solução para o

conflito por meio das fontes subsidiárias do direito, como a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

No exemplo citado sobre o STF, pode-se observar que os ministros usaram do princípio geral de dignidade da pessoa humana somado a ideais de isonomia entre os direitos e conhecimentos gerais de outras áreas para compreender o período que realmente marcaria o nascimento com vida.

Portanto, pode-se concluir esse tópico confirmando que há uma necessidade latente no Brasil de solucionar o conflito envolto na temática do aborto, e vendo isso somado com a postura errônea do legislativo, o judiciário tem se desdobrado para tentar solucioná-los.

Assim, a solução apresentada pelo judiciário é a que parece ser mais coerente, visto que sabe-se ser impossível que o legislador preveja todas as situações em que o aborto possa servir como excludente de ilicitude, por isso seria adotado um parâmetro temporal e não circunstancial para compreender onde começam e onde terminam os direitos do feto e os direitos da gestante.

Da legalização do aborto

A temática envolta na questão da legalização do aborto é muito mais ampla que parece, vai além de um novo método contraceptivo e envolve problemáticas como saúde sexual da gestante, liberdade sobre o próprio corpo e por vezes questões psíquicas. Além disso, está direta ou indiretamente atrelada a questões morais e sociais de tratamento a mulher.

O artigo de Campos e Ardisson (2013) interpreta o estudo de Dworkin e defende uma análise constitucional que trate o aborto como tema constitucional, apontando que a interpretação judiciária deveria se pautar em proporcionalidade e conceder uma decisão que abrangesse ambas as posições: o direito do nascituro à vida e o direito a gestante a dispor do corpo.

Para isso, os autores criticam as soluções que não envolvem o direito à vida do feto e pautam apenas questões sobre o direito ou não da mulher de abortar. Eles apontam que deveria-se pautar a controvérsia do período de início da vida para que o nascituro tivesse direitos a partir desse momento e mãe tivesse direitos sobre o próprio corpo até antes desse momento, tornando a interpretação proporcional para ambos.

Assim, precisa-se analisar a possibilidade dessa interpretação proporcional que Dutra (2011) defende ser impossível, baseando-se em três teorias acerca do início da vida, aponta-nos que o Brasil adota uma teoria que seria contrária a legalização dentre as três existentes, a saber:

Destaca-se a teoria da fecundação ou concepção que entende ter início a vida com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, formando-se o zigoto. Esta teoria foi adotada pela Convenção Americana de Direitos Humanos, internalizada no Brasil pelo Decreto 678/92, situação que será tratada adiante. Ainda, destaca Marcelo Novelino (2008, p. 263) a existência da teoria da nidificação, a qual ocorre em um 'período aproximado de sete a dez dias após a fecundação', no qual se observará 'a fixação do zigoto no útero materno, dando início à gravidez'. Existe, ainda, a corrente científica que aponta a formação do sistema nervoso central como o momento em que se inicia a vida. Esta corrente defende que o início da vida deve ser coincidente com o marco da morte, que seria o término das atividades do sistema nervoso central (DUTRA, 2011 p. 6).

Consequentemente, por meio dessa teoria, o nascituro independente de ter personalidade ou não, já é possuidor do direito à vida simplesmente pelo fato do Brasil adotar a teoria da fecundação. Assim, não se põe em pauta somente uma questão de possuir ou não personalidade, estaria atrelado ao início da existência do embrião, que seria a partir do momento em que ocorre a fecundação.

Existe, porém, outra teoria que defende que a vida humana se inicia com o início da atividade nervosa central, assim como é marcada a morte do indivíduo pela morte cerebral, pois é como se a vida e a morte surgissem do mesmo princípio. Nesse sentido, descreve Novelino (2008):

Apesar da inexistência em nosso ordenamento jurídico de um dispositivo legal específico estabelecendo o momento em que se inicia a vida humana, a Lei n. 9.434/97 permite a retirada de órgãos destinados a transplante após o diagnóstico de 'morte encefálica' do doador. Se para a legislação brasileira a vida humana termina quando o sistema nervoso para de funcionar, é lícito concluir, a contrario sensu, que o seu início teria lugar apenas quando este se formasse ou, pelo menos, começasse a se formar, o que ocorre por volta do décimo quarto dia após a fecundação. Neste sentido, o início da vida humana deveria ser protegido a partir da formação da 'placa neural'. (NOVELINO, 2008, p. 264).

Acha-se mais coerente que o aborto seja permitido até a 12^o semana de gestação como nos ensina Rocha e Uchoa (2013), assim seria respeitada a teoria que defende o início da vida por meio da atividade cerebral para proteção do direito à vida, seria adotada a teoria da respiração após o nascimento para fins de herança e direitos patrimoniais e seria aplicada a teoria natalista para fins de direitos personalíssimos - com exceção do direito à vida -, e, por fim, a teoria da fecundação seria utilizada para marcar o início da vida celular e não da vida humana.

Desse modo, todas as teorias do nosso ordenamento acerca desse diapasão seriam adotadas de forma coerente para cada situação específica, o nascituro e a gestante teriam seus direitos resguardados. Além disso, também existiria coerência entre os poderes do Estado, já que seriam harmonizados os interesses do legislativo e do judiciário.

Considerações finais

Diante do exposto acima, conclui-se que o nascituro inegavelmente recebe proteção do nosso ordenamento jurídico da mesma forma que é concedida às pessoas, com o mesmo prezar pela vida, bem-estar e integridade, mas sua personalidade é negada pela redação do Artigo 2º do nosso Código Civil e outras controvérsias se encontram no que diz respeito ao início da vida.

Desse modo, a falta de personalidade do nascituro lhe concede tratamento diverso do que é dado ao ser humano, e, por isso, seu direito à vida estaria mitigado e seria diverso do concedido aos já nascidos. Assim, a legalização do aborto seria consequência desse tratamento diversificado, mas o mecanismo de legalização adotado não poderia se mostrar contrário a todas as garantias a ele resguardadas, e para que isto ocorresse seria preciso reunir todos os estudos a esse respeito feito pelo nosso judiciário e pelos nossos legisladores.

Se defende essa postura para que não se pretenda legalizar a conduta abortiva sem conceder ao indivíduo o mínimo de segurança jurídica possível para garantia da sua existência e sobrevivência até que a personalidade seja adquirida ao nascer. Diante disso, o que se espera é uma solução dialética, mediana, que conceda a mulher seus direitos quanto pessoa, mas também não deixe o nascituro à mercê da vontade de outrem que venha a prejudicá-lo com a supressão de seus direitos.

As determinações temporais que concedem à mãe um determinado período para abortar, apontam para uma postura mais dialética para adoção de uma solução concreta e eficaz à condição jurídica do nascituro. Se propõe uma união entre os direitos da mulher e os direitos do feto, de modo que este não fique totalmente desamparado de seus direitos durante o período gestacional e que a gestante que quiser interromper a gravidez tenha a possibilidade de abortar.

Assim sendo, ambos possuem direitos limitados para que se possa salvaguardar o feto e a mulher, de modo que a segurança jurídica subsista harmonicamente sem que haja conflito e protegendo ao interesse dos dois lados. A mãe teria até determinado período para interromper a

gravidez e a partir do findar deste período o nascituro teria direitos existenciais e patrimoniais que fariam desta pessoa e por isso não poderia mais ser vítima de violação de qualquer que seja os seus direitos. Acerca do período, aponta-se para as 12 primeiras semanas conforme a orientação do estudo de Rocha e Uchoa (2013).

Porém, enquanto a condição do nascituro em nosso ordenamento permanece controversa, dividida entre proteção e desconsideração, podemos concluir que o nascituro possui direitos personalíssimos como o direito à vida, integridade, proteção pré-natal, bem como direitos patrimoniais como o consentimento de indenização, alimentos gravídicos, recebimento de doação e beneficiário de herança.

Assim, finda-se o estudo entendendo que apesar das controvérsias, há uma postura cada vez mais propícia ao cenário do aborto, pois apesar do ordenamento jurídico estar concedendo mais direitos e proteção ao nascituro, a possibilidade de concessão dessa prática dentro da legalidade não está fora da realidade e se espera então que os novos moldes dados a essa discussão sejam capazes de dirimir esses conflitos e harmonizar ambos os pareceres.

Por fim, propõe-se ao leitor que queira se aprofundar no tema que busque conhecer melhor a origem das teorias que cercam essa temática, assim como adquira seu posicionamento acerca do que foi exposto explorando melhor as áreas de conhecimento que aqui foram apresentadas, assim como as fontes bibliográficas que foram levantadas.

Referências

- ALMEIDA, M. *Considerações de ordem ética sobre o início e o fim da vida*. 1988. 81 f. Tese (Concurso de Livre-Docência) – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1988.
- ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelatto. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ANDRADE, Tahena. Vidal. *Bem jurídico penal e pesquisas biotecnológicas*. Caderno de Iniciação Científica. FAE Business School, 2008. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30142-30624-1-PB.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2016.
- BARCIFICONTAINE, Christian de Paul de. *Bioética e início da vida: alguns desafios*. Aparecida, SP: Idéias e Letras; São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2004.
- BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10406 de 10 de janeiro de 2002.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. *Diário Oficial da União*, 31 de dezembro de 1940.

BRASIL. *Lei nº 11.804*, de 5 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11804.htm>>. Acesso em: 03 jan. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça - STJ. REsp 1.120.676/SC, Rel. Min. Massami Uyeda, Rel. p/ Acórdão Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. 07.12.2010, *Diário de justiça*. 4 fev. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça - STJ. REsp 399.028/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 26.02.2002, *Diário de Justiça*, 15 abr. 2002.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal - Parte Geral* 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAMPOS, Adriana; ARDISSON, Daniel Piovanelli. O direito como integridade na jurisdição Constitucional: análise sobre o aborto segundo a proposta de Ronald Dworkin. *Sequência*, Florianópolis, n. 67, p. 251-276, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n67/10.pdf>>. Acesso em: 13 maio. 2016.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. 29.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1. 2014.

DINIZ, Maria Helena, *O Estado Atual do Biodireito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DUARTE, Graciana Alves et al. *Aborto e legislação: opinião de magistrados e promotores de justiça brasileiros*. Rev. Saúde Pública, São Paulo, v. 44, n. 3. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102010000300004>. Acesso em: 13 maio 2016.

DUTRA, Quésia Falcão de. A impossibilidade de legalização do aborto no Brasil. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 6, n. 1, nov. 2011. Disponível em: <<http://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7061/4273#.VzXNddIrK1s>>. Acesso em: 13 maio 2016.

GALEOTTI, Giulia. *História do aborto*. Lisboa: Edições 70, 2007.

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

MOURA, Rafael Moraes. Aborto até 3º mês de gestação não é crime, decide 1ª Turma do STF. *Estadão*. São Paulo, p. 42-45. 29 nov. 2016. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,aborto-ate-3-mes-de-gestacao-nao-e-crime-decide-1-turma-do-stf,10000091511>>. Acesso em: 26 dez. 2016.

NADER, Paulo, *Curso de Direito Civil - parte geral*. São Paulo: Forense, 2011. v. 1.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2008

SCAVONE, Lucila. *Políticas feministas do aborto*. Revista Estudos Feminista, Florianópolis, v..16, n.2, p.675-680. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v16n2/23.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v.1

VOLPI, José Henrique. *Separações e aproximações no início da vida*. Artigo do curso de Especialização em Psicologia Corporal. Curitiba: Centro Reichiano, 2005. Disponível em: <www.centroreichiano.com.br/artigos.htm>. Acesso em: 29 abr. 2016.

Texto recebido em: 02/08/2016.

Texto aprovado em: 05/05/2017.