

Willian Douglas Guilherme
(Organizador)

A Produção do Conhecimento nas Ciências Sociais Aplicadas 3



Atena
Editora
Ano 2019

Willian Douglas Guilherme
(Organizador)

A Produção do Conhecimento nas Ciências Sociais Aplicadas 3

Atena Editora
2019

2019 by Atena Editora

Copyright © da Atena Editora

Editora Chefe: Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

Diagramação e Edição de Arte: Natália Sandrini e Lorena Prestes

Revisão: Os autores

Conselho Editorial

- Prof. Dr. Alan Mario Zuffo – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Álvaro Augusto de Borba Barreto – Universidade Federal de Pelotas
Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília
Profª Drª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa
Prof. Dr. Constantino Ribeiro de Oliveira Junior – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Daiane Garabeli Trojan – Universidade Norte do Paraná
Prof. Dr. Darllan Collins da Cunha e Silva – Universidade Estadual Paulista
Profª Drª Deusilene Souza Vieira Dall’Acqua – Universidade Federal de Rondônia
Prof. Dr. Eloi Rufato Junior – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Prof. Dr. Fábio Steiner – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Gianfábio Pimentel Franco – Universidade Federal de Santa Maria
Prof. Dr. Gilmei Fleck – Universidade Estadual do Oeste do Paraná
Profª Drª Girlene Santos de Souza – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Profª Drª Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionele delle Figlie de Maria Ausiliatrice
Profª Drª Juliane Sant’Ana Bento – Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
Prof. Dr. Jorge González Aguilera – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Profª Drª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Raissa Rachel Salustriano da Silva Matos – Universidade Federal do Maranhão
Prof. Dr. Ronilson Freitas de Souza – Universidade do Estado do Pará
Prof. Dr. Takeshy Tachizawa – Faculdade de Campo Limpo Paulista
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Prof. Dr. Valdemar Antonio Paffaro Junior – Universidade Federal de Alfenas
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande
Profª Drª Vanessa Lima Gonçalves – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (eDOC BRASIL, Belo Horizonte/MG)

P964 A produção do conhecimento nas ciências sociais aplicadas 3 [recurso eletrônico] / Organizador Willian Douglas Guilherme. – Ponta Grossa (PR): Atena Editora, 2019. – (A produção do conhecimento nas ciências sociais aplicadas; v. 3)

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-7247-294-4

DOI 10.22533/at.ed.944192604

1. Abordagem interdisciplinar do conhecimento. 2. Ciências sociais – Pesquisa – Brasil. I. Guilherme, Willian Douglas. II. Série.

CDD 307

Elaborado por Maurício Amormino Júnior – CRB6/2422

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores.

2019

Permitido o download da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

www.atenaeditora.com.br

APRESENTAÇÃO

Os textos são um convite a leitura e reúnem autores das mais diversas instituições de ensino superior do Brasil, particulares e públicas, federais e estaduais, distribuídas entre vários estados, socializando o acesso a estes importantes resultados de pesquisas.

Os artigos foram organizados e distribuídos nos 5 volumes que compõe esta coleção, que tem por objetivo, apresentar resultados de pesquisas que envolvam a investigação científica na área das Ciências Sociais Aplicadas, sobretudo, que envolvam particularmente pesquisas em Administração e Urbanismo, Ciências Contábeis, Ciência da Informação, Direito, Planejamento Rural e Urbano e Serviço Social.

Neste 3º volume, reuni o total de 25 artigos que dialogam com o leitor sobre temas que envolvem direito, políticas públicas, crianças e adolescentes, o papel da legislação, grêmios estudantis e aspectos legais, assédio moral no trabalho, aborto, orçamento público, dentre outros. São temas que se interligam e apontam críticas e soluções dentro das possibilidades das Ciências Sociais Aplicadas.

Assim fechamos este 3º volume do livro “A produção do Conhecimento nas Ciências Sociais Aplicadas” e esperamos poder contribuir com o campo acadêmico e científico, trabalhando sempre para a disseminação do conhecimento científico.

Boa leitura!

Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1	1
A ADOÇÃO DE MEDIDAS NEOLIBERAIS NO ESTADO A PARTIR DA CRISE DO CAPITAL	
Agercicleiton Coelho Guerra Antonia Rozimar Machado e Rocha Marcela Figueira Ferreira	
DOI 10.22533/at.ed.9441926041	
CAPÍTULO 2	11
A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA COMO ALTERNATIVA À DEMOCRACIA LIBERAL EM CRISE	
Fernando Cunha Sanzovo Thaís Dalla Corte	
DOI 10.22533/at.ed.9441926042	
CAPÍTULO 3	20
A POLÍTICA DESENVOLVIDA PARA OS ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI: UMA BREVE REFLEXÃO	
Liana Almeida de Arantes Ana Maria Fraguas Garcia	
DOI 10.22533/at.ed.9441926043	
CAPÍTULO 4	33
A TEORIA DO INSTRUMENTALISMO PROCESSUAL E SUA RELEVÂNCIA PARA OS PROCESSOS COLETIVOS	
Tiago Sabóia Machado	
DOI 10.22533/at.ed.9441926044	
CAPÍTULO 5	43
ADOLESCENTE AUTOR DE ATO INFRACIONAL: DISCRIMINAÇÃO RACIAL NA BAHIA	
Núbia Oliveira Alves Sacramento Jéssica Silva da Paixão Samanta Alves de Barros Isabel Maria Sampaio Oliveira Lima	
DOI 10.22533/at.ed.9441926045	
CAPÍTULO 6	52
ADULTIZAÇÃO DE CRIANÇAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA: ENTENDIMENTO E PERSPECTIVAS	
Andréa Simone de Andrade Colin Marcia Cristina Argenti Perez	
DOI 10.22533/at.ed.9441926046	
CAPÍTULO 7	58
ANÁLISE DO PROCESSO DE RECRUTAMENTO E SELEÇÃO EM EMPRESAS DE CHOPINZINHO E REGIÃO	
Geversson Grzeszczeszyn Samara Stefani Librelato Sandra Raquel Soares Vera Rodrigues	
DOI 10.22533/at.ed.9441926047	

CAPÍTULO 8	63
APLICABILIDADE DA LEI Nº 8.666/93: UMA ANÁLISE DAS PRÁTICAS DA DISPENSA DE LICITAÇÃO APLICADA AOS ÓRGÃOS PÚBLICOS	
Mário César Sousa De Oliveira Soares	
Francisco Igo Leite Lira	
Audilene Da Silva	
Hugo Azevedo Rangel De Moraes	
DOI 10.22533/at.ed.9441926048	
CAPÍTULO 9	79
ASPECTOS JURÍDICOS E SOCIAIS DOS GRÊMIOS ESTUDANTIS ENQUANTO ESPAÇOS DE FORTALECIMENTO DAS JUVENTUDES NA FORMAÇÃO CIDADÃ	
José Erick Gomes da Silva	
DOI 10.22533/at.ed.9441926049	
CAPÍTULO 10	89
ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO: REFLEXÕES CONCEITUAIS SOBRE O PROCESSO DE GESTÃO	
Carla de Fátima Nascimento Queiroz de Paula	
Ana Carolina de Gouvea Dantas Motta	
Adriano Rosa da Silva	
Victor Gomes de Paula	
DOI 10.22533/at.ed.94419260410	
CAPÍTULO 11	111
DEMOCRACIA IMPERFEITA: O DIREITO COMO INSTRUMENTO DA VIOLÊNCIA SIMBÓLICA	
João Paulo Souza dos Santos Neto	
DOI 10.22533/at.ed.94419260411	
CAPÍTULO 12	124
ICMS <i>VERSUS</i> ALOCAÇÃO DE RECURSOS E INDICADORES SOCIAIS	
Francisca Francivânia Rodrigues Ribeiro Macêdo	
Adriana Carla da Silva Rebouças	
Geovanne Dias de Moura	
DOI 10.22533/at.ed.94419260412	
CAPÍTULO 13	142
IMPLICAÇÕES DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO: QUESTÃO DO ABORTO	
Valdecir Daniel Passarini de Oliveira	
Elizângela Treméa Fell	
DOI 10.22533/at.ed.94419260413	
CAPÍTULO 14	158
MÍDIA, PATRIARCADO, CAPITALISMO E PERPETUAÇÃO DA CULTURA DO ESTUPRO	
Bruna Santiago Franchini	
DOI 10.22533/at.ed.94419260414	

CAPÍTULO 15	173
O ADVENTO DO ESTATUTO DO IDOSO - AVANÇOS. O DESAFIO DO ACESSO À JUSTIÇA COM DIREITO FUNDAMENTAL	
Fernando Chaim Guedes Farage Emanuel Jerônimo Faria Vespúcio Jerônimo Marques Vespúcio	
DOI 10.22533/at.ed.94419260415	
CAPÍTULO 16	182
O PRINCÍPIO DA BOA ADMINISTRAÇÃO E OS EFEITOS DE SUA INOBSERVÂNCIA NA GESTÃO DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO	
Ana Flavia Alves Azevedo Isis Lacerda de Oliveira da Silva Elisa Helena Lesqueves Galante	
DOI 10.22533/at.ed.94419260416	
CAPÍTULO 17	190
“O TEMPO RUIM VAI PASSAR”: O RISCO DE MORTE E A PROTEÇÃO DE JOVENS MORADORES DE PERIFERIA ENVOLVIDOS EM CONTEXTOS DE VIOLÊNCIA	
Fernanda de Paula Carvalho Gracielle Pouzas Ferreira	
DOI 10.22533/at.ed.94419260417	
CAPÍTULO 18	204
ORÇAMENTO PÚBLICO COMO FERRAMENTA DE ANÁLISE DOS INDICADORES SOCIOECONÔMICOS E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	
Raquel Virmond Rauen Dalla Vecchia	
DOI 10.22533/at.ed.94419260418	
CAPÍTULO 19	209
ORGANIZATIONAL UNLEARNING AND HUMAN OPPORTUNITY IN THE PATH OF RESILIENCE	
Anderson Sanita	
DOI 10.22533/at.ed.94419260419	
CAPÍTULO 20	221
OS FATORES PESSOAIS E ORGANIZACIONAIS QUE COMPROMETEM A QUALIDADE DO TRABALHO E DO DESEMPENHO DO TRABALHADOR	
Aline Alves Ferreira de Rezende Maria Aparecida Canale Balduino	
DOI 10.22533/at.ed.94419260420	
CAPÍTULO 21	232
PETROBRÁS PÓS LAVA-JATO: PRESENÇA DIGITAL E GESTÃO DE CRISE	
Nanci Maziero Trevisan Diana Vieira Galvão Julio André Piunti Yuri Tardelli Beatriz da Silva Facchini Angélica Ferreira Gonçalves Bruna Rodrigues Ramires Ariana Olivira Tatiana Kurokawa Hasimoto Gislaine Fogaça Nereu	
DOI 10.22533/at.ed.94419260421	

CAPÍTULO 22	238
QUAIS FATORES AFETAM A EFICIÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS ESTADUAIS NO BRASIL?	
Thiago Augusto de Oliveira Marinho Ferreira	
André Valente do Couto	
João Luis Binde	
José Vinicius da Costa Filho	
Leomir Lemos dos Santos	
Marcus Vinicius Taques Arruda	
Natacha Chabalin Ferraz	
DOI 10.22533/at.ed.94419260422	
CAPÍTULO 23	250
SISTEMA PRISIONAL: UMA LEITURA ANALÍTICA COMPORTAMENTAL	
Sandro Paes Sandre	
André Vasconcelos da Silva	
Ivana Thaís do Nascimento Oliveira	
Lorena de Macedo Oliveira Silva	
Sulamita da Silva Lucas	
DOI 10.22533/at.ed.94419260423	
CAPÍTULO 24	261
SMART DRUGS AND ETHICS	
Rodrigo Tonel	
Janaína Machado Sturza	
Aldemir Berwig	
Siena Magali Comassetto Kolling	
Tiago Protti Spinato	
Fernando Augusto Mainardi	
Stenio Marcio Kwiatkowski Zakszeski	
DOI 10.22533/at.ed.94419260424	
SOBRE O ORGANIZADOR	271

IMPLICAÇÕES DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO: QUESTÃO DO ABORTO

Valdecir Daniel Passarini de Oliveira

Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná, de Marechal Cândido Rondon (PR).

Elizângela Treméa Fell

Docente da Universidade Estadual do Oeste do Paraná, de Marechal Cândido Rondon (PR). Doutora em Educação: História, Política, Sociedade pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

RESUMO: O Código Civil Brasileiro não indica a partir de qual momento o nascituro adquire os direitos de personalidade. Consequente, certas temáticas, como o aborto, ficam a mercê da legislação que somente a permitem excepcionalmente. Assim, discussões quanto à legalização do aborto surgem. Nesta pesquisa realiza-se uma discussão de quando, no direito, se considera o início da titularidade de direitos, baseando-se nas teorias existentes (natalista, condicional e concepcionista), para afirmar, hipoteticamente, a legalidade ou ilegalidade do aborto. Aplicando a metodologia dialética, chega-se ao resultado que pela teoria natalista o aborto seria totalmente passível de legalização, pela condicionalista poderia haver a possibilidade da descriminalização do aborto, e quanto a concepcionista a legalização do aborto é impraticável. Concluindo que independente

do que a doutrina possa dizer, somente a lei vai sanar essa lacuna, havendo possibilidade de coexistir a adoção da teoria concepcionista com a legalização do aborto.

PALAVRAS-CHAVE: Personalidade jurídica; Aborto; Direito à vida.

IMPLICATIONS OF THE UNBORN'S LEGAL PERSONALITY: ABORTION'S QUESTION

ABSTRACT: The Brazilian's Civil Code does not indicate from which moment the unborn child acquired the personality rights. Consequently, certain themes, such as abortion, are at the mercy of legislation that only allows it in exceptionally. Thus, discussions about the legalization of abortion arise. In this research, a discussion is made of when, in law, the beginning of the ownership of rights is considered, based on the existing theories (natalist, conditional and conceptionist), to hypothetically affirm the legality or illegality of abortion. Applying the dialectical methodology, one arrives at the result that by the natalist's theory abortion would be totally legible, by the conditionalist there could be the possibility of the decriminalization of abortion, and as far as the conceptionist, the legalization of abortion is impracticable. Concluding that regardless of what the doctrine can say, only the law will remedy this gap, with the possibility of

coexisting the adoption of conception theory with the legalization of abortion.

KEYWORDS: Legal personality; Abortion; Right to live.

1 | INTRODUÇÃO

O Código Civil determina na segunda parte do artigo 2º que “[...] a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”. No dicionário Aurélio de língua portuguesa de Ferreira, nascituro é aquele que há de nascer, ou melhor, “O ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como fato futuro certo.” (2009, p. 1.387). Assim, nem no ordenamento jurídico brasileiro e nem mesmo os linguistas dão a precisão de qual o momento se inicia a vida no ser humano, sendo um trabalho árduo também a medicina e a ciência.

A personalidade do indivíduo, no âmbito jurídico, tem relação a ele poder contrair deveres e ou obrigações (SPINELI, 2008). Além, a personalidade jurídica possibilita dar a ele direitos que passam de acepções somente legais, ou seja, pode dar direitos ao nascituro, os direitos de personalidade, principalmente o direito a vida. O importante é realçar que na doutrina existem três teorias sobre o início da personalidade jurídica: a natalista, condicional e a concepcionista (TARTUCE, 2016). Em vista disso, questões como o aborto ficam a mercê da escassez legislativa sobre o assunto, sendo permitidas somente na excepcionalidade prevista em lei, como em concordância Código Penal (artigo 128, incisos I e II).

Exatamente neste ponto é que o tema se torna relevante, pois, definido o início exato da personalidade jurídica do nascituro pode se dar um fim a tantas contradições. Assim, haveria a possibilidade da permissão que mulheres realizassem o aborto por vontade própria, independente de alguma razão, podendo ser legal, sem consequência ou implicação jurídica.

Em vista disso, nesta pesquisa procurará se comparar as principais teorias que são relacionadas ao início da personalidade jurídica do nascituro e da própria vida, para que dessa forma consiga-se entender as possíveis consequências jurídicas de tais posicionamentos, em relação à temática do aborto. E dessa forma, verificar as hipóteses na qual o aborto seja legal, bastando somente à criação de legislação específica, ou quais sejam ilegais, pois se estaria sendo tirado o bem mais precioso do ser humano que é a vida.

O problema em questão é analisar diante de tão vasta contraditoriedade de posicionamentos, as possíveis consequências de tais afirmações a uma possível univocidade de tais correntes dentro do ordenamento jurídico. E também, como o próprio direito que já é garantido a aquele que possui a personalidade jurídica, ficaria em relação ao nascituro.

A metodologia que será empregada é a dialética, pois, haverá a comparação de ideias e teorias contraditórias, para que seja retirada uma conclusão quanto ao início da personalidade jurídica e da situação do aborto. Em ajuda a pesquisa, busca-se

doutrinas, trabalhos científicos, legislação e assim, eventuais materiais que possam servir de base na pesquisa, como, jurisprudência, revistas, e internet, para se chegar à proposta almejada.

Portanto, o objetivo da pesquisa é analisar as implicações e direitos que a personalidade jurídica dá ao nascituro, ou seja, realizar discussão de quando, no direito, se considera o início da titularidade de direitos. Assim, quais, a partir das três teorias (natalista, condicional e concepcionista), são as complicações no ordenamento jurídico pátrio em relação a questões como o aborto. E mais especificamente seria averiguar como os Tribunais vêm se posicionando em relação às teorias de quando se inicia a personalidade jurídica no direito; buscar a situação do aborto no direito pátrio; discutir sobre quando se inicia a vida na questão da reprodução humana; e chegar a uma conclusão de como seria a possível situação do aborto, em base no tema estudado.

A pesquisa começa versando sobre a pessoa, a personalidade jurídica e a capacidade, partindo para definição de nascituro e diferenciando-o do embrião. Em sequência, explica-se as teorias de início a personalidade jurídica, para aí adentrar dentro dos direitos de personalidade, dando enfoque especial ao direito à vida. Situa-se o aborto dentro do direito atual, fazendo-se também uma crítica a tal tratamento. Para finalizar, analisam-se quais as consequências no aborto pela aceitação das teorias de início da personalidade jurídica do nascituro, chegando ao fim, com a conclusão.

2 | PESSOA, PERSONALIDADE E CAPACIDADE

Com a evolução do direito, os indivíduos ganharam o status de pessoa. A etimologia da palavra “[...] é o latim *persona*, de *per* (por meio de) e *sono* (som), no verbo *personare* que significa ecoar, faze ressoar, soar por meio de.” (SPINELLI, 2008, p. 371). Diniz (2011) explana que o Código Civil em seu artigo 1º ao remeter a pessoa, descreve o termo no sentido de todo o ser humano, não distinguindo ninguém por suas características ou condições. E é a partir dessa constatação de “pessoa” é que o direito, hoje, permite a posse do próprio direito, tornando a pessoa sujeito de direitos e obrigações, ou seja, a pessoa possui personalidade jurídica (TOMASZEWSKI; LIMA, 2005).

Mas tentar definir o que é a personalidade é uma tarefa árdua para algumas ciências, no estudo de Motta e Cavallini (2009) se aborda o entendimento da antropologia e da psicologia. Para a primeira, a configuração da união das atitudes afetivas e sistemas de valores de uma cultura determinam a personalidade, sendo essa composta por fatores biológicos (a composição genética e de educação que são únicas), socioculturais (influência do meio social) e ambientais que acabam individualizando o ser, e dando o conceito de que personalidade é o caráter da pessoa, formado por todos esses traços citados, levando em conta que os fatores culturais

são os mais influenciadores (MOTTA; CAVALLINI, 2009). Já na psicologia, defende-se que a personalidade é algo que o indivíduo não nasce, ela é construída e modificada por ele, sofrendo influências do meio social e das experiências de sua vida, além das características hereditárias, ou seja, personalidade é a forma de ser e agir de um psiquismo humano (MOTTA; CAVALLINI, 2009).

No direito, personalidade pode ser dada como “[...] a soma de caracteres da pessoa, ou seja, aquilo que ela é para si e para a sociedade.” (TARTUCE, 2016, p. 74). Ela surge antes mesmo do direito, sem ela não há que se falar em sujeito de direito, é como explica Venosa “A personalidade não é exatamente um direito; é um conceito básico sobre o qual se apoiam os direitos.” (2013, p. 179). Toda a pessoa a tem, sendo ela pessoa natural, física ou jurídica. Assim, personalidade jurídica é a projeção da personalidade íntima e psíquica da pessoa que geram consequências jurídicas (VENOSA, 2013). E como elucida Spineli (2008), de que a personalidade permite o sujeito ser titular de direitos e obrigações, mas em alguns casos não pode exercê-los prontamente, pois precisam de capacidade.

Analisando o artigo 1º do Código Civil surge então tal noção de capacidade. Sendo a capacidade plena dada pela junção da capacidade de direito (gozo) mais a capacidade de fato (exercício), sendo que todos possuem a primeira, e se pressupõe a segunda, visto que a incapacidade é exceção (TARTUCE, 2016, p. 74), ou como explica Venosa “A capacidade [...] confere o limite da personalidade. [...] se é limitada, o indivíduo tem capacidade de direito [...] mas sua capacidade de exercício está mitigada; nesse caso, a lei lhe restringe alguns ou todos os atos da vida civil.” (2013, p. 139). Em suma, pode se definir a capacidade como a aptidão legal que a pessoa contrai para desempenhar ações da vida civil (SPINELI, 2008).

Cabe agora, após analisado a personalidade jurídica, indagar sobre o quando se dá o início dessa personalidade na vida do indivíduo. Entretanto, antes de chegar nesse ponto de discussão, deve ser ponderado sobre o início da vida do ser humano, em relação ao nascituro.

3 | O NASCITURO

O Código Civil no seu artigo 2º afirma que a personalidade jurídica tem seu começo com o nascimento com vida, mesmo que neonato faleça logo em seguida (DINIZ, 2011), pois, “O nascimento com vida aperfeiçoa o direito que dele depende, dando-lhe eficácia, na qual se inclui sua transmissibilidade.” (ALMEIDA, 2003-2004, p. 93). Entretanto, também coloca a salvo os direitos da pessoa que ainda vai nascer, ou seja, do nascituro, que segundo Almeida “Com raízes no Direito Romano, o conceito de nascituro é o de pessoa por nascer, já concebida no ventre materno (‘in anima nobile’).” (2003-2004, p. 91). Em consoante aos especialistas de embriologia Moore e Persaud (2008), o nascituro é único geneticamente, pois possui metade dos

cromossomos herdados do pai e outra metade da mãe, formando o que eles chamam de “herança biparental” e permitindo a variação da espécie humana.

Há também o embrião, que “[...] refere-se ao ser humano em desenvolvimento durante os estágios iniciais (p. ex., zigoto mórula, blastocisto).” (MOORE; PERSAUD, 2008, p.2). Tomaszewski e Lima, assim, fazem a diferenciação de nascituro e embrião:

O nascituro é a pessoa que está por nascer já no útero materno, após a nidação. O embrião é formado com a fecundação do óvulo com o espermatozoide, e pode ser encontrado fora do corpo feminino quando fecundado in vitro [] nele existe apenas uma expectativa de vida, não tendo como considerá-lo nascituro [...]. (2005, p. 209).

No mesmo compasso, Ferdinandi e Casali (2007) concordam também com os autores acima, esclarecendo que o embrião não pode ser considerado nascituro, pois in vitro ele não possui as condições necessárias para nascer fora do útero materno.

Aos filósofos apoiadores da doutrina aristotélica-tomista, o nascituro deve ser considerado pessoa, pois apresenta os atributos de um ser racional (TOMASZEWSKI; LIMA, 2005, p. 211), sendo a partir desse tipo de pensamento que se começa a ponderar se o nascituro possui ou não personalidade jurídica. Em visto disso, se torna necessário perquirir sobre quando se começa a vida em um novo ser.

3.1 Início da vida

Vida, para fins jusfundamentais, é relacionada à existência física (no sentido biológico e fisiológico da palavra) e a vida humana, portanto, é a baseada no código genético humano (SARLET, 2013). Conforme a Resolução nº 01 de 1988 do Conselho Nacional de Saúde, nascimento com vida “[...] é a expulsão ou extração completa do produto da concepção quando, após a separação, respire e tenha batimentos cardíacos, tendo sido ou não cortado o cordão, esteja ou não desprendida a placenta;”. Surge então, a grande discussão sobre quando se inicia a vida do ser humano.

Moore e Persaud explicam que “O desenvolvimento humano inicia-se quando um ovócito (óvulo) de uma fêmea é fecundado por um espermatozoide de um macho.” (2008, p. 2). Barroso (2005, p. 98) sobre o início da vida humana elucida que existem algumas posições acolhidas no plano teórico científico, como: com a fecundação; com a nidação – pois, de acordo com os que defendem essa teoria, só há potencial de vida quando o embrião se fixa no útero materno –; quando o feto consegue existir sem a mãe (entre a 24^a e a 26^a semanas da gestação) – utilizado pela Suprema Corte dos Estados Unidos e pelo Comitê Nacional de Ética Francês; quando da formação do sistema nervoso – nessa perspectiva, o ponto mais importante é que o indivíduo tem capacidade neurológica para sentir dor ou prazer.

Cardin e Prado (2015) explicam algumas teorias sobre a individualização do ser humano, dentre elas, a teoria da natalidade em que a individualização humana começa ao nascimento, pois enquanto estiver dentro do corpo da mulher é parte dele. A teoria da gestação, que relaciona a individualização com o tempo gestacional (excluindo

o embrião). A teoria da singamia em que a individualização ocorre na penetração do espermatozoide no óvulo. A teoria da cariogamia que defende a concepção como ponto da individualização, sendo desde este ponto um ser humano. A teoria do pré-embrião que diz que o início da vida ocorre a partir do 14º dia da fecundação, pois até essa fase não há início do desenvolvimento do sistema nervoso, sendo o zigoto só uma célula com capacidade para gerar um ser humano. E por último a teoria da nidadação, estabelecendo a implantação do embrião no útero como início da vida.

Conclui-se, assim, que não existe consenso científico sobre o tema. Além disso, é muito difícil determinar exatamente quando a fecundação ocorre, pois ela não pode ser observado fora do corpo humano, o que impede com que se saiba com exatidão a idade da fecundação (MOORE; PERSAUD, 2008, p. 2). E também que, como discorre Almeida (2003-2004), o desenvolvimento do nascituro não importa o estágio dele (zigoto, mórula, blástula, pré-embrião e feto) reflete apenas uma continuação do ser, que não mudará após o nascimento.

O especialista Erickson Gavazza Marques, explica em sua entrevista para o Consultor Jurídico (PINHEIRO, 2005) que a Constituição não fala o que é vida e nem poderia, pois as leis se referem a acontecimentos jurídicos e não cabe a Justiça fazer isso, mas sim à ciência, e nem ela conseguiu ainda. Então, não se pode ainda afirmar quando se inicia vida do ser humano, somente que ele já tem vida com o nascimento. Questiona-se, segundo Sarlet “[...] se o feto ou mesmo o embrião são titulares (sujeitos ativos) do direito à vida, e/ou se existe uma correspondência entre a existência de vida [...] e a titularidade do direito à vida como direito humano é fundamental.” (2013, p. 369). Dessa forma, cabe agora discorrer sobre as teorias do início da personalidade jurídica do nascituro.

4 | DA PERSONALIDADE JURÍDICA: NASCITURO

O início da personalidade jurídica é um assunto tratado diferentemente dentro do direito dos países ao redor do mundo, por exemplo, em Portugal e na Itália, se adota o nascimento como marca, enquanto, na Argentina adota-se a concepção (TOMASZEWSKI; LIMA, 2005, p. 207). O Código Civil brasileiro em seu artigo 2º enuncia que: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” Assim, conclui-se que a personalidade jurídica começa com o nascimento, mas em relação ao nascituro, conforme análise de Tartuce “Na primeira parte, o artigo parece indicar que o nascituro não é pessoa, não tendo direito. Entretanto, na sua segunda parte afirma o contrário.” (2016, p. 75).

Alguns acabam por afirmar que o nascituro é, portanto, um titular de uma expectativa de direito, enquanto outros alegam que já é um titular da personalidade jurídica (MATTOS, 2008). Para tentar então explicar a situação do nascituro, surgem então algumas teorias quanto ao início da personalidade jurídica, sendo as principais:

a teoria natalista, condicional e concepcionista (TARTUCE, 2016).

Pela Teoria Natalista, adotada pela doutrina tradicional, o Código Civil a usa para definir o começo da personalidade natural (SANTOS; CASCALDI, 2011). Defendida pela interpretação da parte primeira do artigo 2º do Código Civil, em que é o nascimento com vida o fato determinante para o início da personalidade (ALMEIDA, 2003-2004). Ela pode ser explicada segundo Pereira, na qual:

O nascituro não é ainda uma pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. [...] e não há falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já ele é sujeito de direito. (2011, p. 182).

Argumentam que não há direito sem que haja titular, por causa disso é que se precisa que o ser humano nasça com vida para ter personalidade (MOTTA; CAVALLINI, 2009). Tartuce (2016, p. 76) faz uma crítica a essa teoria, explicando que os autores dela fazem uma interpretação “literal e simplificada” da lei, além de não conseguirem responder: se o nascituro não é uma pessoa, seria ela uma coisa; e conclui que na prática, a teoria natalista recusa ao nascituro os seus direitos fundamentais, relacionados à personalidade (vida, investigação a paternidade, alimentos, nome e imagem).

A Teoria Condicional é a que reconhece a personalidade desde a concepção, com a condição de nascer com vida, adotada por Clóvis Bevilacqua no seu Projeto de Código Civil (ALMEIDA, 2003-2004). Ela tem caráter intermediário, reconhecendo que “[...] os nascituros possuem direitos, porém estes estão subordinados a uma condição suspensiva consistente no nascimento com vida.” (MATTOS, 2008, p. 106). Condição suspensiva é o elemento acidental de negócios ou atos jurídicos, subordinado a evento futuro e incerto sua eficácia, sendo o artigo 130 do Código Civil um dos elementos da tese da teoria condicional (TARTUCE, 2016). E segundo, Tomaszewski e Lima (2005), se o nascituro não nascer ele não ganhará direitos, mas caso nasça, os direitos retrocederam a data da concepção. Tartuce (2016) dá o seu parecer dessa teoria, aclarando que ela é vinculada a questões patrimoniais, e ainda menciona que os direitos da personalidade não podem estar sujeitos a condição, termo ou encargo.

A última teoria, a Teoria Conceptionista é a que “[...] prevê que o nascituro adquire personalidade desde a sua concepção, sendo assim, considerado um sujeito de direito.” (MOTTA; CAVALLINI, 2009, p. 626). Determinando que somente certos direitos (patrimoniais) necessitam do nascimento com vida, o que não é o caso dos direitos de personalidade (ALMEIDA, 2003-2004), ou seja, verifica-se que há a incapacidade do nascituro. Diniz (2011) divide personalidade jurídica em formal e material, sendo a primeira referente aos direitos de personalidade o qual o nascituro tem desde a concepção, e a segunda, relacionada aos direitos patrimoniais, o qual ele só adquire com o nascimento com vida. De acordo com Tartuce (2016), essa é a teoria que predomina dentre os doutrinadores contemporâneos e pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Tendo a teoria ganhado força com a Lei 11.804, de 5

de novembro de 2008, a chamada Lei dos Alimentos Gravídicos, a qual disciplina o direito de alimentos da mulher gestante, determinando em seu artigo 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.

Ainda, segundo Mattos (2008), o direito aos alimentos afirma a personalidade jurídica do nascituro desde a concepção até após o nascimento com vida, além de que os concepcionista alegam que o Código Penal (artigos 124 a 126) qualifica o crime de aborto, ofendendo o direito a vida, bem jurídico que nascituro é titular.

Entende-se aqui que a doutrina do direito brasileiro acaba por se aglutinar dentre essas três grandes teorias do início da personalidade jurídica do nascituro, o que não permite afirmar qual é adotada pela legislação, pois essa não é clara quanto a isso e também por não existir nenhuma lei que estabeleça especificamente esse assunto. Parte-se agora para o estudo dos direitos de personalidade.

5 | DIREITOS DA PERSONALIDADE

O indivíduo pode compor tanto o polo passivo quanto o ativo de relações jurídicas, desde que dotado de personalidade, e, portanto, sujeito de direito. Entretanto, há direitos que não se remetem a patrimônio, estes são os direitos de personalidade – possuindo caráter moral quando violados (SPINELLI, 2008). São direitos inatos da pessoa, quer dizer, nascem com ela. Conforme Santos e Cascaldi, podem ser definidos como: “[...] aqueles que pela sua importância para todos os seres humanos, coletiva ou individualmente considerados, o ordenamento jurídico confere tratamento diferenciado, pois dizem respeito à própria essência e natureza humana.” (2011, p. 56).

Os direitos de personalidade são limites impostos ao poder público e a particulares, para proteger a pessoa, o seu desenvolvimento e existência. Principalmente respaldados pelo princípio da dignidade humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal), atinente a todas as pessoas, devendo o indivíduo ser respeitado e tratado com igualdade, assim, somente os direitos que dizem respeito a aspectos pessoais podem ser aludidos como direitos de personalidade, garantindo as condições necessárias para o desenvolvimento da pessoa (SPINELLI, 2008).

Como bem analisa Motta e Cavallini (2009), a dignidade humana é o objeto protegido pelos direitos de personalidade. Explicam também que existem duas teorias que defendem os direitos de personalidade, a positivista, que diz que é um mínimo necessário e imprescindível, e a naturalista, que defende que os direitos de personalidade são atributos inatos da pessoa humana, devendo o Estado reconhecê-

los e sanciona-los.

Diniz (2011) explica que os direitos de personalidade são absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, relativamente indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis, mesmo que o artigo 11 do Código Civil tenha reconhecido somente a intransmissibilidade e irrenunciabilidade dos direitos de personalidade. E eles são *numerus abertus*, não são taxativos, decorrente da adoção do princípio da dignidade humana, assim é provável aparecer novos direitos de personalidade (VAZ; REIS, 2007).

De acordo com Tartuce (2016), os direitos de personalidade possuem cinco representações principais que são: a vida e integridade físico-psíquica; nome da pessoa natural ou jurídica; imagem (subclassificada em imagem-retrato e imagem-atributo); honra (dividida em honra subjetiva e honra objetiva); e intimidade. Já dentro do Código Civil (2002), pode-se afirmar que é tutelado o direito a integridade física, pelos artigos 13 a 15; o direito ao nome, nos artigos 16 a 19; o direito a privacidade, no artigo 21 e artigo 5º, X da Constituição; e o direito a imagem e a honra nos artigos 12 e 20 e no artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal.

Ao entendimento de Almeida (2003-2004), o nascituro é titular de direitos de personalidade, reconhecido os direitos que são compatíveis com sua circunstância extraordinária de ainda estar dentro do útero materno e não ter nascido. E dentre os direitos dos quais lhe são assegurados pode-se citar o direito à posse, de receber bens por doação e testamento, de reconhecimento da filiação, de ser representado por curador, de ser adotado, além da punição legal do aborto, porém, possuem certos desses direitos, caráter suspensivo, pois somente poderão consolidados após o nascimento do indivíduo (TOMASZEWSKI; LIMA, 2005).

Passa-se agora a analisar mais especificamente, o que pode ser considerado o direito da personalidade mais essencial e importante: o direito a vida.

5.1 Direito à vida

A vida sempre foi um bem importante ao ser humano, sendo considerado um dos fins essenciais do Estado e uma das razões do seu existir, além de ser considerado um direito natural, na acepção de inato e inalienável do indivíduo (SARLET, 2013). Consoante Almeida (2003-2004), o direito a vida pode ser denominado como direito condicionante, pois dele dependem os demais, e ainda, explica que a Constituição no caput do artigo 5º evidencia a inviolabilidade do direito à vida, mas ela não define a partir de que momento se daria esta proteção. Por isso, nas palavras de Sarlet “[...] o mais apropriado será falar não de um direito à vida, mas, sim, de um direito ao respeito e à proteção da vida humana.” (2013, p. 372).

Lenza (2009) elucida que o direito à vida é previsto de forma genérica na Constituição, abrangendo tanto o direito de não ser privado da vida, como o de ter uma vida digna. Assim, conforme Sarlet (2013, p. 372-373), o direito à vida tem uma

dimensão negativa, como uma obrigação de respeito e não intervenção – um direito de defesa –, e uma dimensão positiva, que acarreta certas obrigações pelo Estado e particulares – um direito a prestações fáticas – de meios de proteção à vida, derivando-se dessa forma as obrigações por parte do Estado, como: o dever de proteção da vida por meio de medidas positivas; dever de amparo financeiro (em espécie ou bens e serviços); estabelecimento de normas de direito organizacional e processual; e proibições e sanções estatais direcionadas aos particulares, no âmbito das quais o Estado tem a obrigação de uma prestação jurídica no sentido de vincular, por meio da legislação, entes particulares ao respeito ao direito à vida.

A pesar de o haver o consenso do fato que o direito à vida, ou a proteção dele, abarca a vida humana ao longo do lapso temporal do início da vida até a morte, ainda é problemática a declaração de quando se inicia e termina a proteção jurídico-constitucional da vida humana, mesmo que se parta da suposição de que o direito a vida se começa com o nascimento, isso não quer dizer que não existe proteção à vida antes do parto, observado que ela pode ocorrer de forma de uma proteção objetiva, através de deveres de proteção do Estado (SARLET, 2013, p. 369-370). Em conformidade com Bulos (2014, p. 543):

Sem a proteção incondicional do direito à vida, os fundamentos da República Federativa do Brasil não se realizam. [...] Assim, tanto a expectativa de vida exterior (vida intrauterina) como a sua consumação efetiva (vida extrauterina) constituem um direito fundamental. [...] Cabe ao Estado assegurar o direito à vida sob duplo aspecto: direito de nascer e direito de subsistir ou sobreviver.

O que se entende, então, é que a vida é um bem jurídico, protegido constitucionalmente, entretanto, não se pode afirmar com toda a certeza sobre se esse direito cabe ou não ao nascituro. Caminha-se agora para o estudo do aborto.

6 | ABORTO: SITUAÇÃO ATUAL

Aborto, de acordo com Bulos (2014, p. 544) é “[...] é a interrupção da gravidez antes do seu termo normal, com ou sem expulsão do feto, espontâneo ou provocado.”. Entretanto, tal definição é uma construção doutrinária, pois o legislador não define o que é abortamento, como salienta Ferdinandi e Casali (2007). A doutrina especializada na área médica aponta uma categorização de situações de aborto: (1) interrupção eugênica da gestação (IEG), casos em que por motivos racistas, sexistas, étnicos, etc. se interrompe a gravidez; (2) interrupção terapêutica da gestação (ITG) situações em que há a interrupção da gestação para salvar a gestante; interrupção seletiva da gestação (ISG), abortos dados por causa de anomalias fetais que são inconciliáveis com a vida extrauterina; interrupção voluntária da gestação (IVG), situações que se para a gestação porque a mulher ou casal não quer mais a gravidez, acontecido por estupro ou com relação consensual (BITENCOURT, 2009).

Dentro do direito penal, o aborto é versado do artigo 124 a 128 do Código Penal,

segundo Bitencourt (2009, p. 137-139), o bem jurídico que é protegido é a vida do ser humano em formação (não se trata de crime contra a pessoa). Dentre os sujeitos ativos, podem ser a própria mulher, como qualquer outra pessoa, e o sujeito passivo, o feto e a gestante, essa quando se refere de aborto provado por terceiro. Ele salienta que por causa do Código Penal não definir o que é aborto, há a dúvida se é necessário à expulsão do feto ou só a morte para caracterizar o crime, mas afirma que o crime se consuma com a morte do feto. É necessário também que a gravidez esteja em curso e substancial que o feto esteja vivo, e após início do parto, não pode ser caracterizado o aborto, e sim, homicídio ou infanticídio. As penas são: no autoaborto (artigo 124) a detenção de 1 a 3 anos; aborto provocado por terceiro sem consentimento (artigo 125) reclusão de 3 a 10 anos; aborto consensual (artigo 126), reclusão de 1 a 4 anos, se a gestante for absolutamente incapaz, nesse caso, a pena será de 3 a 10 anos; sendo as penas majoradas de um terço se a gestante sofrer lesão grave, e duplicadas se lhe ocorrer à morte (artigo 127).

Bulos (2014, p. 544) explica que nas exceções a penalização do aborto, não há que se falar em inconstitucionalidade nesses casos, pois essas exceções visam assegurar o próprio direito à vida. Os casos excepcionais do Código Penal são o aborto necessário e no caso de estupro. Bitencourt (2009, p. 146) esclarece que o aborto necessário é conhecido como terapêutico e utilizado em estado de necessidade, sendo fundamentais dois requisitos: o perigo de vida gestante e a ausência de outra forma de salvar a vida da gestante. O aborto humanitário, também tratado por Bitencourt (2009, p. 147), ou ético ou sentimental, é autorizado quando a gravidez provém de estupro e a gestante quer a realização do aborto; não há limitação temporal para vítima do estupro decidir pelo abortamento e nem se necessita de sentença judicial para a autorização, sendo somente necessários que: a gravidez seja originada pelo estupro (provado por qualquer meio admissível pelo Direito) e a autorização da gestante.

Mesmo havendo a tipificação penal do crime de aborto, ainda se discute sobre a sua descriminalização e legalização. Sarlet (2013, p. 377) afirma que a discussão da descriminalização do aborto segue dividindo opiniões na esfera doutrinária, legislativa e jurisprudencial. Cita que ao entendimento da Suprema Corte dos Estados Unidos, é reconhecido o direito da mulher ao aborto (nos primeiros meses de gestação), e no caso brasileiro, segundo o autor, é difícil se defender um direito ao aborto, o que não denota que a prática de aborto seja ratificada na esfera criminal. Almeida (2003-2004) explica que a análise do aborto deve ser feita “sob à luz” dos direitos da personalidade, havendo a discussão focada na mulher poder decidir livremente sobre o seu corpo, caso o feto seja considerado parte dele, embora, tenha-se o entendimento que o feto é outra vida, sendo geneticamente diferente do pai e da mãe.

Consoante Bulos (2014), qualquer investida para despenalização do aborto é contra o caput do artigo 5º da Constituição, mas entende que há casos que merecem ser relativizados o direito a vida, assim, em situações relacionadas com fatores hereditários, doenças maternas, álcool, drogas, radiações químicas, distorções

psíquicas, etc., a prática de aborto é aconselhável, em vista do risco de vida, desde que atestado. Entretanto não seria toda a situação alcançada por essa interpretação otimizadora, pois se não, se permitiria uma espécie de seleção natural.

O ginecologista e obstetra Jefferson Drezett, em entrevista a Andrea Dip (2013), diz que o aborto é um problema de saúde pública, pois sua ocorrência é frequente, causando um grande impacto na saúde das mulheres; há estimativa de que por ano, aconteça 220 milhões de gestações, sendo uma fração de 30 a 35% indesejada, ou seja, 45 milhões, e dentro desse número, quase 20 milhões são provocados por abortamentos inseguros, que levam a morte de quase 70 mil mulheres por ano. Perto de 95% desses abortos, acontecem em países em desenvolvimento onde existem leis restritivas ao abortamento. E esse número aumenta quando se fala em sequelas. No Brasil, diz que existem em média um milhão de mulheres que se submetem a procedimentos clandestinos, mas desde que ela possua dinheiro, pode fazê-lo de forma segura em clínicas clandestinas, enquanto, a mulher pobre, opta pela forma insegura, colocando em risco à sua vida, devido à criminalização do aborto.

Em decisão recente da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, houve o provimento do habeas corpus de uma suposta prática de aborto com o consentimento da gestante e formação de quadrilha. O interessante é que de acordo com o relator para o acórdão do caso, o ministro Luís Roberto Barroso, não seria crime o aborto até o terceiro mês da gestação. Claro, tal decisão só é aplicada ao caso específico, mas mostra-se como promissora para a legalização do aborto. A ementa do habeas corpus mostra:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...] é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. 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 [...]; a autonomia da mulher [...]; a integridade física e psíquica da gestante [...]; e a igualdade da mulher [...]. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime [...] 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. [...] 7. 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. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 124.306, do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 2016.).

No mês de março de 2017, houve a ingressão de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental número 442, ingressada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) em parceria com a Anis – Instituto de Bioética, pelo qual busca eliminar a

incidência da interrupção da gestação induzida e voluntária realizadas nas 12 primeiras semanas do tipo penal, ou seja, não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal, e “medida liminar para suspender prisões em flagrante, inquéritos policiais e andamento de processos ou efeitos de decisões judiciais que pretendam aplicar ou tenham aplicado os artigos 124 e 126 do Código Penal” (ADPF 442, petição inicial, 2017). Na ADPF 442, o PSOL usa como argumentos, em suma, que a forma atual da criminalização do aborto afeta a dignidade de pessoa humana e cidadania das mulheres, além da violação dos direitos à vida, a segurança, a integridade e saúde das mulheres, pôr as fazerem buscar meios inseguros e ilegais para realização do aborto.

Dessa forma, visto até aqui como o aborto é abordado no direito pátrio, além das críticas que esses tratamentos recebem e qual o entendimento mais recente dos Tribunais, cabe agora fazer o ensaio sobre o problema proposto na pesquisa. Ou seja, verificar quais as consequências das teorias do início da personalidade jurídica em relação ao aborto.

7 | CONSEQUÊNCIA DAS TEORIAS DO INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Neste ponto, destacando-se a existência da teoria natalista, condicional e a concepcionista, se indaga se o direito pátrio atual reconhecer algumas dessas teorias como verdade absoluta, como o aborto poderia ser tratado?

Na visão da teoria natalista, se entende que a personalidade jurídica só começa com o nascimento, antes disso não existe pessoa, portanto, os direitos de personalidade como o direito a vida, só é garantindo ao indivíduo após o parto (SANTOS; CASCALDI, 2011; ALMEIDA, 2003-2004; PEREIRA, 2011; MOTTA; CAVALLINI, 2009). Presume-se, então, que o nascituro não teria nenhum direito resguardado, ficando a mercê da vontade da mãe o que fazer com ele, isto é, não haveria nenhuma justificação jurídica para respaldar a criminalização do aborto, tornando viável a sua legalização, fazendo dele um direito da pessoa.

A teoria condicional (ALMEIDA, 2003-2004; MATTOS, 2008; TOMASZEWSKI; LIMA, 2005) considera que a personalidade jurídica começa com a concepção, desde que o indivíduo nasça com vida. Explica que o conceito possui os direitos de personalidades desde a concepção, mas em relação aos direitos patrimoniais, só se valeriam após o nascimento. Assim, a personalidade jurídica do nascituro começa com o nascimento, cabendo à lei determinar quais direitos de personalidade ele seria titular. Provavelmente se prezaria pela proteção integral da vida do nascituro, dando continuidade com criminalização do aborto, entretanto, se se ponderasse que o direito a liberdade do corpo da mulher é maior do que o direito a vida de um ser que ainda não nasceu, haveria a grande probabilidade da legalização do aborto.

Ao entender da teoria concepcionista (MOTTA; CAVALLINI, 2009; ALMEIDA, 2003-2004; DINIZ, 2011), o nascituro é pessoa desde sua concepção, ou seja, possui

titularidade dos direitos de personalidade, sendo somente um incapaz. Descriminalizar o aborto nessa situação se torna inviável, pois se considera que o nascituro é titular ao direito a vida desde sua concepção, e fazer tal prática se tornaria equivalente a cometer um homicídio.

Conforme o entendimento de Ferdinandi e Casali (2007), enseja-se que o legislador se entorneça sobre a importância da matéria, e tome providências para a regulamentação completa do assunto. E até esse momento chegar, o que se pode fazer, é ponderar mais o assunto, conseguindo uma base melhor para um caminho mais justo a ser seguido.

8 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho foi pesquisado sobre as implicações do aborto no direito nacional, em vista da personalidade jurídica do nascituro. Destaca-se que somente a pessoa pode possuir personalidade jurídica, sendo capaz ou não para assumir direitos e ou obrigações. Assim, o nascituro, aquele que ainda está por nascer, pode ou não ter tal personalidade jurídica, ou seja, ser pessoa, para assumir os mais diversos direitos de personalidade. Dentro o principal deles, o direito a vida, que por não haver marco legal do início de sua proteção, nem ao menos sabendo quando começa a vida do ser humano, há a discussão acirrada se o nascituro é ou não titular desse direito, pois, conseqüentemente, dependendo da posição que se fosse adotada, o aborto se tornaria um direito à mulher, podendo ela usufruí-lo livremente.

A personalidade civil começa com o nascimento e a lei põe a salvo os direitos do nascituro, isso é o que determina o Código Civil, dessa forma, reforça-se a ideia de que não há determinação legal do início da personalidade jurídica do nascituro, somente que a ele são resguardados certos direitos. Desse ponto, surgiram-se certas indagações, que viraram teorias que tentam determinar quando se pode apontar o início da personalidade jurídica. As principais são a teoria natalista, a teoria condicional e a teoria concepcionista, e a partir delas é que o pouco de legislação existente no nosso ordenamento foi criado, entretanto, muitas lacunas ainda estão abertas.

O que se retira dessas teorias, em suma, é que o nascituro pode vir a ser considerado titular de direitos de personalidade, conseqüentemente, pessoa, tendo o seu direito a vida garantido explicitamente em lei. Em outro viés, há possibilidade de ele não ser titular do direito à vida, ou mesmo sendo, que o aborto voluntário, pela simples vontade da mulher, independente da razão, possa a vir ser legalizada dentro do direito brasileiro.

Conclui-se, que há probabilidade de chegar a um consenso sobre qual o momento certo do início da vida é ínfimo. Em virtude disso, o direito não pode ficar à mercê de tal definição para poder instituir o início da personalidade jurídica enquanto nascituro, deve ele, baseado em alguma das teorias mencionadas, sendo a concepcionista a

mais provável, por vez instaurar lei que determine isso claramente. Em sequência, precisa definir se aborto tem que ser legalizado ou não, visto a tendência para a sua legalização, mesmo que a teoria concepcionista seja recepcionada, ponderando-se se o aborto é ou não um direito de a mulher de poder dispor do seu corpo como bem quer, mesmo que o direito à vida desse ser em desenvolvimento seja afetado. E não importa qual medida, ou teoria, seja acatada, não significará que ela não possa ser revisada, por decorrência da evolução da ciência e do direito, o que não pode se fazer, é deixar essa questão em aberto.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Bioética e direitos de personalidade do nascituro. **Scientia Iuris**: revista do curso de mestrado em direito negocial da UEL, v. 7-8, p. 87-104, 2003-2004.

BARROSO, Luís Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na constituição. **Revista de Direito Administrativo**, v. 241, p. 93-120, 2005.

Brasil. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 19 maio 2016.

_____. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 19 maio 2016.

_____. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 abr. 2017.

_____. Lei 11.804. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm>. Acesso em: 24 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5144865>>. Acesso em: 11 maio 2017.

_____. _____. Habeas Corpus nº 124.306, do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2017

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa. São Paulo: Saraiva, 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

Conselho Nacional de Saúde. **Resolução nº 001**. 1988. Disponível em: <conselho.saude.gov.br/resolucoes/1988/Reso01.doc>. Acesso em: 24 abr. 2017.

COSTA JUNIOR, Paulo José da; COSTA, Paulo José da. **Curso de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 1**: teoria geral do direito civil. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIP, Andrea. **Lei é eficaz para matar mulheres, diz especialista**. [S.l.], Agência Pública, 2013. Disponível em: <<http://apublica.org/2013/09/lei-e-eficaz-para-matar-mulheres-diz-pesquisador/>>. Acesso em: 25 abr. 2017.

FERDINANDI, Marta Beatriz T.; CASALI, Nely Lopes. A personalidade do embrião e do nascituro e as implicações jurídicas da reprodução humana assistida no direito brasileiro. **Revista jurídica CESUMAR Mestrado**, v. 7, n. 1, p. 97-117, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. Curitiba: Positivo, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MATTOS, Karina Denari Gomes de. Os direitos do nascituro. *Revista Jurídica*, v. 366, p. 105-113, 2008.

MOORE, Keith L.; PERSAUD, T. V. N. **Embriologia básica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MOTTA, Ivan Dias; CAVALLINI, Viviane Cristina Rodrigues. O conceito de personalidade no âmbito dos direitos da personalidade. **Revista jurídica CESUMAR Mestrado**, v. 9, n. 2, p. 619-633, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

PINHEIRO, Aline. **Não cabe à Constituição definir o que é vida, diz especialista**. [S.l.], Consultor Jurídico, 2005. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005-nov-06/nao_cabe_lei_definir_vida_especialista>. Acesso em: 20 abr. 2017.

PRADO, Célia Cristina Nunes; CARDIN, Valéria Silva Galdino. A reprodução humana assistida e a responsabilidade civil das empresas prestadoras do serviço à luz do direito civil e direito do consumidor. **Temas jurídicos atuais**, volume I, n. 1, p. 15-52, 2015.

SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida; CASCALDI, Luís de Carvalho. **Manual de direito civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais em espécie. In.: ____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 361-382.

SPINELLI, Ana Claudia Marassi. Dos direitos da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista jurídica CESUMAR Mestrado**, v. 8, n. 2, p. 369-382, 2008.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida; LIMA, Raquel Sanchez de. Início da personalidade jurídica dos embriões fecundados in vitro. **Revista de ciências jurídicas e sociais da UNIPAR**, v. 8, n. 2, p. 205-216, 2005.

VAZ, Wanderson Lago; REIS, Clayton. Dignidade da pessoa humana. **Revista jurídica CESUMAR Mestrado**, v. 7, n. 1, p. 181-196, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.

Agência Brasileira do ISBN
ISBN 978-85-7247-294-4

