

UNIVERSIDADE
AUTÓNOMA
DE LISBOA



**DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”**

**DA TUTELA DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO E O DIREITO DE
EXERCÍCIO DA PATERNIDADE NOS CASOS DE ABORTO VOLUNTÁRIO.**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Marco Antônio Santiago Pinto Junior

Orientador Professor Doutor: Pedro Gonçalo Tavares Trovão do Rosário

Coorientadora: Mestre Ana Paula Pinto Ferreira Lourenço

Número do candidato: 30000254

Setembro de 2023

Lisboa

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Marco e Iracema, por sempre acreditarem em mim e por terem abdicado de suas vidas em prol das minhas realizações pessoais e profissionais.

À minha amada esposa Fernanda, por todo amor, incentivo, apoio e compreensão.

Ao amor maior da minha vida, meu filho Antonio, o motivo de minha correria, esforço e dedicação.

Nada disso teria sentido se vocês não existissem na minha vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus pela oportunidade de viver e por me permitir concretizar tantos sonhos e abençoar meu caminho e não ter permitido que eu desistisse.

Ao Prof. Pedro Trovão, pela orientação, competência, profissionalismo, ética e dedicação tão importantes.

Aos meus amigos que sempre apoiaram minha trajetória, especial aos meus colegas de trabalho que muito me suplantaram nas dificuldades e nas minhas ausências em decorrência deste estudo.

À minha família, avós e primos e aos meus sogros Paulo e Sandra, por apoiarem e torcerem pelo meu sucesso e minha cunhada Rafaela, irmã que a vida me deu, que sempre esteve ao meu lado.

Aos meus pais, Marco e Iracema deixo um agradecimento especial, por todas as lições de amor, companheirismo, amizade, caridade, dedicação, abnegação, compreensão e perdão que vocês me dão a cada novo dia. Sinto-me orgulhoso e privilegiado por ter pais tão especiais. Quero ser para os meus filhos, o que foram e continuam sendo para mim.

À minha linda esposa Fernanda, por todo amor, carinho, compreensão e apoio em tantos momentos difíceis desta caminhada. Obrigado por permanecer ao meu lado, mesmo sem os carinhos rotineiros, sem a atenção devida e depois de tantos momentos de lazer perdidos. Obrigado pelo presente de cada dia, pelo seu sorriso e por saber me fazer feliz.

Ao meu filho Antônio. Como é grande o meu amor por você. Obrigado, meu filho lindo, por todo amor incondicional que você sempre me deu. Inúmeras foram as vezes que, nas madrugadas, já cansado quis desistir, mas por você todo esforço vale a pena. Papai te ama e vai sempre lutar por você. A sua existência é o reflexo mais perfeito da existência de Deus.

Por fim, a todos aqueles que contribuíram, direta ou indiretamente, para a realização desta dissertação, o meu sincero agradecimento.

RESUMO

A proposta desta dissertação é cotejar a forma como Brasil e Portugal conferem tratamento jurídico à prática do aborto, com especial fim de identificar as distintas maneiras de tratar do assunto no que concerne a descriminalizar a conduta. Para a exposição a seguir o presente trabalho será dividido nos seguintes tópicos: De início examinar-se-á os direitos fundamentais do nascituro, no segundo capítulo tratar-se-á dos direitos inerentes ao nascituro, para ao final abordar o capítulo que trata de ponderar esses e outros direitos. Este trabalho tem influência na importância dos desdobramentos do aborto nos dias de hoje. O escopo deste trabalho pretendeu examinar as concepções de homens e mulheres, pais e mães, que experimentaram em suas vidas a prática do aborto, tanto por opção da mãe unilateralmente, sem o consentimento do pai, como até mesmo os casos em que ambos decidiram pela prática abortiva. Os dados foram coletados especialmente mediante pesquisa jurisprudencial nas ordens jurídicas de Brasil e Portugal. Ademais, verificou-se a ciência biomédica, que busca assegurar o momento em que se inicia a vida. Esclareça-se que neste trabalho não se discute acerca do aborto, não trata da questão central permitir ou não o aborto. O que se pretende argumentar é pelo consentimento do pai nos casos de aborto praticado por mulher em estado gestacional, alardeando boa saúde. O presente estudo pretende verificar se o direito a ser tutelado deve recair sobre a vida do nascituro ou sobre a mãe grávida, não deixando de abordar uma possível lesão ao direito do exercício da paternidade, pelo pai que não pode opinar sobre a manutenção da vida de seu filho. Desta forma, passou-se a investigar o comportamento das cortes portuguesa e brasileira, assim como o exame dos princípios aplicados no que tange à proteção da dignidade da pessoa humana como postulado que protege o nascituro, a mãe em estado gestacional ostentando saúde e o pai do nascituro, aquele que não tem direito a opinar sobre a morte ou não de seu filho, perante a justiça do Brasil e, também de Portugal. Ademais, este trabalho inevitavelmente alcançaria outro tema de grande impacto nas comunidades jurídicas de Brasil e Portugal; solucionar, de forma, equilibrada o conflito entre a liberdade da mulher e o direito ao seu corpo, o direito do nascituro e o direito do pai do nascituro a exercer a paternidade, traçando um paralelo entre Brasil e Portugal e suas posições sobre o assunto. Além disso, de amplo conhecimento, que ao se falar de nascituro, a questão que sempre ressalta é saber em que momento se inicia a vida e aquisição de personalidade jurídica, sempre se discutindo qual a melhor teoria a se aplicar, a teoria natalista ou a teoria confeccionista.

Palavras-chaves: Aborto voluntário. Direito a igualdade. direito à vida. Direito fundamental à paternidade.

ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to compare how Brazil and Portugal treat the practice of abortion in legal terms, with the special aim of identifying the different ways of dealing with the issue in terms of decriminalizing the conduct. This work will be divided into the following topics: the first will examine the fundamental rights of the unborn child, the second chapter will deal with the rights inherent to the unborn child, and the final chapter will deal with weighing up these and other rights. This work is influenced by the importance of the consequences of abortion today. The scope of this work was to examine the conceptions of men and women, fathers and mothers, who have experienced abortion in their lives, whether it was the mother's choice unilaterally, without the father's consent, or even in cases where both decided to have an abortion. The data was collected mainly through jurisprudential research in the legal systems of Brazil and Portugal. In addition, biomedical science was verified, which seeks to ensure the moment when life begins. It should be made clear that this work does not discuss abortion, nor does it deal with the central question of whether or not to allow abortion. What we want to argue is for the father's consent in cases of abortion practiced by a woman in a gestational state, boasting good health. This study aims to verify whether the right to be protected should fall on the life of the unborn child or on the pregnant mother, while also addressing a possible injury to the right to exercise paternity, by the father who cannot have a say in maintaining the life of his child. In this way, we began to investigate the behavior of the Portuguese and Brazilian courts, as well as examining the principles applied with regard to the protection of the dignity of the human person as a postulate that protects the unborn child, the mother in a gestational state who is healthy and the father of the unborn child, who does not have the right to give an opinion on whether or not his child dies, before the courts of Brazil and Portugal. In addition, this work would inevitably reach another issue of great impact on the legal communities of Brazil and Portugal; resolving, in a balanced way, the conflict between a woman's freedom and the right to her body, the right of the unborn child and the right of the father of the unborn child to exercise paternity, drawing a parallel between Brazil and Portugal and their positions on the subject. In addition, it is widely known that when talking about the unborn child, the question that always arises is at what moment life begins and the acquisition of legal personality, always discussing which is the best theory to apply, the natalist theory or the confectionist theory.

Keywords: Voluntary abortion. Right to equality. Right to life. Fundamental right to paternity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 DAS TUTELAS FUNDAMENTAIS DO NASCITURO	9
1.1 O direito à vida	9
1.2 Os direitos do nascituro	11
1.2.1 Os direitos morais e patrimoniais	12
1.2.2 O direito aos alimentos gravídicos	15
1.2.3 O direito a adoção	17
1.2.4 O direito à doação	20
1.3 O exercício dos direitos no ordenamento jurídico português e brasileiro	21
2 DO BEM JURÍDICO TUTELADO QUANDO DA INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ.	25
2.1 A importância da determinação do início da vida e suas teorias	25
2.2 O direito à vida do nascituro	34
2.3 O direito da mulher em estado gravídico	40
2.4 O Direito do pai em participar na decisão quanto à interrupção da vida de seu filho	44
2.5 A questão da interrupção voluntária da gravidez no Brasil e em Portugal.....	53
3 DA PONDERAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, FRENTE AO CONFRONTO ENTRE A LIBERDADE E AS GARANTIAS DO NASCITURO, DA PROGENITORA E	58
DE SEU PROGENITOR	58
3.1 A defesa do direito à vida em confronto com a prática do aborto.....	59
3.2 A aquisição dos direitos da personalidade.....	66
3.3 Aborto: direito da mulher em estado gestacional ou do nascituro	71
3.4 O confronto entre à vida do nascituro, o direito da mãe grávida de voluntariamente abortar e o direito do pai em opinar na interrupção da vida de seu filho.....	75
4 CONCLUSÃO	83
REFERÊNCIAS.....	85

INTRODUÇÃO

A presente dissertação pretende examinar os direitos do nascituro e o direito à paternidade do pai, em confronto com o direito da mulher a dispor de seu corpo nos casos de abortos, notadamente aqueles em que a mulher, sem sofrer riscos de morte, sem consentimento de progenitor masculino interrompe a vida do feto.

Não se trata, no caso desta dissertação, de buscar criminalizar ou descriminalizar o aborto voluntário até um determinado período, não é caso de se discutir sobre a permissão ou não do aborto. Esclareça-se que aborto voluntário tem sentido, no Brasil, de identificar os casos em que a mulher grávida, em perfeitas condições de saúde, não recaindo em nenhuma hipótese de excludente de ilicitude opte por livre e espontânea vontade interromper sua gestação.

Em realidade, o que se pretende investigar é se, no caso em que a mulher grávida decide abortar sem que exista uma indicação médica, se pode haver sobreposição do seu direito à livre disposição do seu corpo face à tutela à vida do nascituro e, de igual forma, face ao direito à paternidade do progenitor masculino que pretendesse que a gravidez chegasse a termo.

Para que se possa chegar-se a uma conclusão, há que indagar se o nascituro é detentor de direitos e, de igual modo, se existe um direito do pai à paternidade efetiva.

Assim, questiona-se se quando uma mulher grávida, em excelente estado de saúde, realiza um aborto com seu simples requerimento, deve o pai daquele embrião, ou feto, ser consultado, ter o direito de se opor ao aborto e exercer a paternidade que deseja, ou, pelo contrário, deve a vontade da mãe prevalecer.

É verdade que a tutela do nascituro é há muito discutida, verificando-se que, tanto na corte brasileira, quanto na corte portuguesa há jurisprudência no sentido da defesa prevalente da vida do feto e quem considera que a vida daquele feto se inicia somente com o nascimento, o que será trabalhado nesta dissertação. Entretanto, naquelas nações que em aborto é permitido com o simples requerimento da mãe, tal qual a Espanha, a Holanda, a França, por exemplo, não se verifica muitos movimentos jurídicos sobre a proteção ao pai, que, querendo exercer a paternidade, pode ser impedido pela simples vontade da mulher gestante em querer abortar, notadamente quando se apresenta em excelente estado de saúde e a gravidez não decorre de violência sexual.

Em proteção à vida do nascituro e ao eventual direito à paternidade de que o pai do nascituro seja titular, justifica-se a escolha pelo tema da tutela da personalidade jurídica do nascituro e o direito de exercício da paternidade nos casos de aborto voluntário., aquele em que não há qualquer indicação médica para fazê-lo.

O ser humano desde as primícias dos tempos raciocina acerca do exercício dos Direitos fundamentais, já estampados no Código de Hamurabi, que datado do século XVIII a.C., já protegia o Direito à vida, propriedade, honra e dignidade.

Dentre os mais diversos Direitos fundamentais existentes, em que pese não se permitir a hierarquização destes, certo é que o mais dos relevantes é o exercício do direito à vida, de modo que o tema abordado é amparar o direito à vida do Nascituro, aquele que ainda sequer deixou o ventre de sua genitora.

Contudo, temas como o direito à liberdade, seja ela de que alcance for nunca estiveram tão em evidência como na atualidade. Tanto é verdade, que não raras acaloradas discussões surgem acerca do assunto liberdade, seja de expressão, seja de ir e vir, ou de opinião, e até mesmo a de abortar, sendo lícito, nesta hipótese, se permitir a relativização da vida em favor da liberdade da mãe grávida em optar pelo aborto.

Não se propõe tratar a mulher em estado gestacional como se uma coisa fosse, e propiciasse a sua barriga a função de ser incubadora para aquele feto, entretanto o objetivo é examinar o direito do pai que sugerimos seja a ele garantido o direito de opinar sobre a interrupção da vida de seu filho, quando a gestante não tem indicações clínicas para realizar a conduta abortiva, e, nem mesmo a gravidez tenha decorrido de ato sexual violento.

É sobre essa liberdade de abortar, que devemos tratar neste trabalho, pois há quem defenda a liberdade da mãe para optar pelo aborto, o que não se critica nesta obra, investigar em que medida, com esta prática, direitos de outros seres humanos poderão ser prejudicados, nomeadamente a discussão sobre a existência de um eventual direito à vida, de que o nascituro seria titular, bem como de um direito à paternidade, o que se questionará neste trabalho.

Portanto, deve-se buscar sobre o tema um equilíbrio nas relações jurídicas travadas entre o os progenitores com especial fim de minimizar as lesões jurídicas aos direitos fundamentais de cada um dos envolvidos, caso se conclua pela sua existência. Certamente que ao se tratar do assunto vida, que compõe o rol dos direitos fundamentais a constituição da república portuguesa, especificamente em seu artigo 18.º/2 determina que “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”, e, principalmente em razão de não se hierarquizar-los, é que a solução mais concreta é a utilização da técnica de ponderação dos valores para o alcance da melhor solução.

No ordenamento jurídico brasileiro, permite-se o aborto em alguns casos, tais como aquele decorrente do crime de estupro, ou quando a mãe em estado gravídico passa a ter risco de morte em razão da gravidez.

Neste trabalho, não se busca desconstituir tal assunção legal, mas tutelar os direitos do nascituro que terá o fim de sua vida, assim como, na vida do pai daquele feto que assistirá a vida de seu filho ser levada a cabo sem nada poder fazer em proteção deste.

Por fim, abordaremos neste trabalho a forma como Brasil e Portugal dão tratamento ao caso, sendo possível já expor que, na sequência de referendo ocorrido em 2007, a nação lusitana permitiu a interrupção voluntária da gravidez sem necessidade de invocar qualquer indicação, sendo possível a mãe grávida abortar até a 10.^a semana de gestação bastando o simples requerimento dela, enquadrando-se na hipótese de interrupção voluntária de gravidez não punível. No Brasil, por sua vez, ao que parece de tantos debates e ações judiciais suscitando, inclusive o judiciário a agir, a tendência é que se permita a interrupção voluntária da gravidez até à 12^a semana de gestação, contudo, não se permite nos dias de hoje o aborto sem que a grávida esteja a incorrer nos permissivos legais estabelecidos pela legislação penal vigente.

Certo é que nenhuma das ordens jurídicas investigadas nesta dissertação importaram-se com a opinião do pai do nascituro, sendo necessário, portanto, determinar que as ordens jurídicas do Brasil e de Portugal confirmam direitos específicos ao pai que junto da gestante gerou aquela vida intrauterina.

1 DAS TUTELAS FUNDAMENTAIS DO NASCITURO

1.1 O direito à vida

A proteção à intimidade, constrói a tutela constitucional à vida privada, reservando um espaço inviolável por distorções ilícitas.

O direito à vida, estampado nas constituições estudadas neste trabalho, abrange tanto o direito de não ser morto, como também poder exercer uma vida digna.

Em decorrência do seu primeiro desdobramento (direito de não ser privado da vida de modo artificial), encontramos a proibição à pena de morte, apenas relativizada no Brasil em caso específico de guerra. Assim, mesmo que por emenda constitucional é impedida a pena de morte, tendo em vista ser impeditivo constante de cláusula pétrea, amparada pelo princípio da vedação ao retrocesso.

O segundo desdobramento, ou seja, o direito a uma vida digna, assegurando as necessidades básicas para a manutenção da vida do ser humano, não permitindo nunca hipótese como tortura, penas de caráter perpétuo, trabalhos forçados, entre outros.

O direito à vida é o mais importante dos direitos da personalidade, encontrando-se consagrado nas cartas constitucionais de diversos países, tais como Brasil, no Artigo 5º da Carta Magna, e Portugal, no Artigo 24.º da Constituição da República Portuguesa, este, inclusive, preconizando sobre a inviolabilidade do direito à vida, alcançando também a vida intrauterina, o que se constata pela limitação temporal imposta pela lei criminal à prática do aborto, e já definindo que em momento algum haverá pena de morte na República Portuguesa.

O aborto, em linhas gerais, é a retirada precoce e violenta, quer seja de forma natural ou não, antes da gravidez chegar a termo, basicamente o que se está a dizer é que se trata de uma exclusão intencional de impedir que um embrião se torne uma pessoa humana.

Qualquer abordagem se busque realizar no que tange a inviolabilidade do direito à vida intrauterina, deve se questionar sobre a extensão da tutela do direito à vida, àquele ainda não nascido, isto é, a proteção à vida alcança o embrião?

Maria Berenice Dias, explica que "se existe amparo constitucional do direito à vida, refere-se ao ser humano, ao *humanum genus*, nem se há duvidar que o embrião está incluído na sua proteção jurídica. O embrião é ser e é humano".¹

¹ DIAS, Maria Berenice - **Manual de direito das famílias**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2013. ISBN 9788520347560.

As cartas constitucionais de Brasil e Portugal, conforme já delineado nesta dissertação garantem a proteção do direito à vida para todos, alcançando desta forma tanto os já nascidos, como aqueles que ainda se encontram em condições de feto e vivem no ventre materno, situação que obriga a afirmar que o direito à vida do nascituro origina o direito de nascer dele, de tal modo que se conclui pelo proibitivo do aborto, quando não incursos nas hipótese de excludente de ilicitude asseverados pelas leis criminais.

Desta forma, Ricardo Luis Lorenzetti (1998, p. 470) magistrado argentino, argumenta que:

Tem se reconhecido a proibição de procedimentos experimentais que tenham como objeto os embriões, salvo os que tenham por finalidade o benefício do próprio embrião, ou os estudos que não o danem. Uma afirmação correta, é a predominância que tem o direito relativo à vida íntima, e o início da vida é um aspeto dela, dentro do ordenamento.²

Percebe-se que para o Ordenamento Jurídico Português, assim como, a ordem brasileira, a vida é direito que não exime de sofrer relativizações, pois em ambas as nações é lícito matar, quando, a exemplo de uma situação de legítima defesa ou em situações que constatem um estado de necessidade. No Brasil, ainda mais ampla a flexibilização permite a pena de morte, em casos de guerra.

Excetuadas as hipóteses acima destacadas, a inviolabilidade do direito à vida é cláusula pétreia, isto é, são direitos que não podem em hipótese alguma ser suprimidos das ordens constitucionais destes países; podem até comportar algumas alterações, mas de forma alguma poderão ser abolidas dos ordenamentos constitucionais.

O aborto, que mesmo já tendo em Portugal a liberdade para interrupção da gravidez voluntariamente até dez semanas, ainda rende muitos comentários críticos a esta permissão, o que será tema de nosso próximo capítulo.

Apenas para constar, o Brasil ainda não passou a permitir o “aborto por vontade da mulher, sem que haja uma indicação médica ou sem que a gravidez tenha sido consequência de um crime”³. opinião com a qual concordamos, a princípio. O direito à vida é substancial, elementar, tem como objeto um bem muito importante. É um direito inato, conquistado no nascimento, portanto, intransmissível, irrenunciável e indisponível.

² LORENZETTI, Ricardo Luis - **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: RT, 1998, p. 470. ISBN 8520316166.

³ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; Martins, Roberto Vidal da Silva - **A questão do aborto: aspectos jurídicos fundamentais**. São Paulo, Quartier Latin, 2008. p. 127. ISBN 8576743264, 9788576743262.

Ao indivíduo é garantido o direito de não ter sua vida interrompida pelo estado, o cidadão tem o direito à vida frente aos outros homens e estes devem deixar de praticar atos que afrontem contra a vida de outrem.

Alexandre de Moraes leciona:

A penalização do aborto (Código Penal, art. 124) corresponde à proteção da vida do nascituro, em momento anterior ao seu nascimento. A Constituição Federal, ao prever como direito fundamental a proteção à vida, abrange não só a vida extrauterina, mas também a intrauterina, pois se qualifica com verdadeira expectativa de vida exterior. Sem o resguardado legal do direito à vida intrauterina, a garantia constitucional não seria ampla e plena, pois a vida poderia ser obstaculizada em seu momento inicial.⁴

O Art. 5º, *caput* da Constituição Federal de 1988, assegura, a todos aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, o direito à vida: Art. 5º “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (BRASIL, 1988).

Desta forma considera-se que o direito à vida, por sua essência é diretamente ligado com a dignidade, ou poderia dizer, ainda, a plenitude da vida, o que seria o mesmo a dizer vida não é simplesmente sobreviver, mas gozar disto com dignidade.

1.2 Os direitos do nascituro

Usualmente conceitua-se a figura do nascituro como aquele que ainda não nasceu, sendo aquele que já concebido ainda permanece no útero de sua progenitora. Contudo, ainda que nesta condição, certamente diversas circunstâncias do mundo repercutirão na vida daquele vivente do ventre materno, o que certamente será suplantado pelo ordenamento jurídico.

O que se pretende aduzir é que ao nascituro diversos direitos são garantidos, na carta constitucional, tanto de Brasil, como de Portugal, além de seus diplomas civis.

Estes direitos por questões claras, mesmo que já garantidos para o nascituro, são meras expectativas de exercê-los, tendo em vista que o nascer é apenas hipótese, isto é, é algo incerto e futuro, não sendo possível determinar que alguma gravidez chegará a termo, pois eventos naturais ou não, poderão ocorrer a ponto de interromper a gestação.

Quando do nascituro, tem-se que esta condição é trabalhada e exercida nas mais diversas categorias do Direito, mesmo não tendo dúvidas que o campo de sua maior abrangência

⁴ MORAES, Alexandre - **Direito Constitucional**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.63. ISBN 8522433526. ⁵ BRASIL. Presidência da República - **Constituição da República do Brasil de 1988**. [Em linha]. [Consult. 12 mar.2021]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

é o Direito Civil, até porque, sabidamente é o campo do direito que define e consolida as disposições atinentes ao Direito da personalidade.

De forma anteriormente citada, a lei esclarece que a personalidade civil começa do nascimento da pessoa com vida, porém não se esqueceu de salvaguardar os direitos do nascituro, que por óbvio, tem proteção no sistema jurídico pátrio. Por conta deste entendimento o nascituro é reconhecido como titular dos direitos de pensão alimentícia (art. 1.884º, CC), passível de ser donatário (art. 542º, CC) e legatário (art. 1.798, CC)

1.2.1 Os direitos morais e patrimoniais

No direito brasileiro a mais vasta jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça resguarda ao nascituro o direito à indenização por danos morais, decorrentes de qualquer afronta à dignidade da pessoa humana, que de algum modo prejudicou a evolução saudável da vida intrauterina e o futuro nascimento com vida.

Com amparo neste entendimento, a segunda Turma do STJ reconheceu que um indivíduo, naquela altura na condição de nascituro, não poderia ser indenizado por danos morais em decorrência de exame de ultrassonografia que, erroneamente, indicou que o indivíduo nasceria portador de Síndrome de Down. Naquela situação a clínica realizadora do exame foi condenada a pagar aos pais da criança uma indenização para os danos sofridos.

O relator do Resp 1.170.239, ministro Marco Belizze ressaltou que:

Há um inequívoco avanço, na doutrina, assim como na jurisprudência, acerca da proteção dos direitos do nascituro. A par das teorias que objetivam definir, com precisão, o momento em que o indivíduo adquire personalidade jurídica, assim compreendida como a capacidade de titularizar direitos e obrigações, é certo que o nascituro, ainda que considerado como realidade jurídica distinta da pessoa natural, é, igualmente, titular de direitos da personalidade (ao menos reflexamente).⁵

Amparado no postulado constitucional da dignidade da pessoa humana, destacou o Ministro que “é permitido ao magistrado conferir, em cada caso concreto, proteção aos bens da personalidade, consistentes na composição da integridade física, moral e psíquica do indivíduo, compatível com o contexto cultural e social de seu tempo”.

E, ao citar precedentes do STJ no sentido de conceder indenização por danos morais ao nascituro, o ministro Belizze observou que “não é toda situação jurídica que ensejará o dever

⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - **Jurisprudência reconhece direitos e limites à proteção jurídica do nascituro.** [Em linha]. [Consult. 12 mar. 2021]. Disponível em <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Jurisprudencia-reconhece-direitos-e-limites-aprotecao-juridica-do-nascituro.aspx>

de reparação, senão aquelas das quais decorram consequências funestas à saúde do nascituro ou suprimam-no do convívio de seus pais ante a morte deles".⁶

"Não se olvida, tampouco se minimiza, o abalo psíquico que os pais suportaram em virtude de tal equívoco – dano, contudo, que não se pode estender ao nascituro, na esteira dos precedentes desta Corte Superior", afirmou.

Logo, não se faz possível sustentar o cabimento do dano moral experimentado pelo feto, pois, dos contornos do caso concreto sustentados pelas instâncias comuns, resta inconteste que o erro da clínica não representou risco na gravidez, bem como, não comprometeu em nada a vivência do feto, quando após seu nascimento com vida.

Contudo, sempre que se verifica o dever de reparar, não se pode compensar em menor escala o nascituro, pela condição de ainda viver no ventre materno. Pois a indenização será medida pela extensão do dano, em preservação ao princípio da reparação integral.

Neste sentido, o mesmo STJ em caso que resolveu por bem “negar provimento ao pedido de uma empresa condenada por danos morais e materiais pela morte de um empregado em decorrência de acidente de trabalho, manteve a fixação da indenização em patamar equivalente, tanto para os filhos nascidos da vítima quanto para o nascituro”.

A relatora do resp 931.556, ministra Nancy Andrighi, explicou que:

A compensação financeira do dano moral é feita a partir de uma estimativa que guarde alguma relação necessariamente imprecisa com o sofrimento causado, justamente por inexistir fórmula matemática que seja capaz de traduzir as repercussões íntimas do evento em um equivalente financeiro.⁷

A ministra destacou que “entre as razões adotadas no arbitramento do dano moral, são levados em consideração fatores como culpa ou dolo, posição social do ofendido, risco criado, situação econômica do ofensor, mas principalmente a gravidade da ofensa ou a potencialidade lesiva do fato” – o que, para ela, confere “à análise do dano moral um mínimo de objetividade, em contraste com o subjetivismo da discussão sobre a extensão íntima da dor sofrida”.

Para Nancy Andrighi, diferentemente do abalo psicológico sofrido – que não é quantificável –,

A gravidade da ofensa suportada pelos filhos nascidos e pelo nascituro à época do falecimento é a mesma. Em seu voto, ressaltou que, para dizer que a dor do nascituro é menor, conforme argumentou a empresa, seria necessário, antes, dizer que é possível medi-la.

Verifica-se que uma diminuição do valor indenizatório fixado em relação ao nascituro é, portanto, uma tentativa de se estabelecer um padrão artificial de 'tarifação' que não

⁶ *Ibidem*

⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - **Jurisprudência reconhece direitos e limites à proteção jurídica do nascituro.** [Em linha]. [Consult. 12 mar. 2021]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-jul-01/stj-remreconhecendo-nascituros-sujeitos-direito>.

guarda relação alguma com a origem fática do dever indenizatório – porto relativamente seguro onde a jurisprudência costuma repousar sua consciência na difícil tarefa de compensar um dano dessa natureza (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2019)⁸.

A relatora ponderou que, “se fosse possível mensurar o sofrimento decorrente da ausência de um pai, ela se arriscaria a dizer que a dor do nascituro poderia ser considerada ainda maior do que aquela suportada por seus irmãos, já vivos quando do falecimento do genitor. Afinal, maior do que a agonia de perder um pai, é a angústia de jamais ter podido conhecê-lo, de nunca ter recebido dele um gesto de carinho, enfim, de ser privado de qualquer lembrança ou contato, por mais remoto que seja, com aquele que lhe proporcionou a vida”.

A Corte Maior da Justiça de Portugal, o Supremo Tribunal de Justiça, sempre adotou com veemência os ensinamentos da Teoria Natalista, até que, recentemente, no julgamento de um caso de acidente de viação, em sede de recurso, mudou de posicionamento, passando a garantir os direitos ao nascituro.

O caso trata-se de acidente que levou a óbito o pai de uma família composta, no momento do desastre, por mãe grávida e filho de 16 meses de vida. Por conta do ocorrido, a mãe ingressara com demanda requerendo as perdas e danos em face do causador do acidente, pleiteando, portanto, danos morais e patrimoniais que compensassem ou reparassem os danos experimentados por ela e seus dois filhos, o já nascido e aquele que vivia em seu útero no momento da ocorrência que levou a óbito seu esposo.

Totalmente obediente aos mandamentos do Código Civil Português, mas nem por isto correto, o magistrado sentenciante decidiu pela indenização aos danos não patrimoniais pela perda suplantada pela mãe e pelo filho já vivo. Contudo, deixou de salvaguardar os direitos do outro filho, que no momento do acidente, ainda vivia no ventre de sua mãe.

Em sede de recurso, o STJ, Supremo Tribunal de Justiça, reformou aquela decisão, condenando o infrator a indenizar a filha que no momento do acidente vivia no útero de sua mãe, entendendo que o nascituro tem no caso em comento um direito próprio a ser indenizado pelo facto de nascer e não poder conhecer seu próprio pai, o que certamente acarretará mágoa, dor e sofrimento por toda uma vida.

Ademais, fundamentou o *decisum* no artigo 26 da Constituição da República, que reconhece a todos o direito à identidade pessoal, que no caso estaria a ser descumprido por força do artigo 496 do CC de uma forma discriminativa.

⁸ *Ibidem*.

Entendeu por bem o STJ não fazer distinção entre os filhos já concebidos e os já nascidos, colocando os descendentes da vítima no mesmo patamar, o que nos parece ser bem adequado, haja vista o fato de que aquele feto nasceu sem poder conhecer seu próprio pai, por conta do causador do acidente.⁹

1.2.2 O direito aos alimentos gravídicos

Os alimentos gravídicos, que linhas abaixo será abordado em separado, são aqueles direcionados à grávida, que durante o período gestacional tem o direito de pleitear ao pai, alimentos, que serão servientes ao desembolso de despesas relacionadas a uma boa gestação.

Com a paternidade definida, especificamente nos casos em que pai e mãe não convivem em união conjugal, é dever do progenitor pagar alimentos à gestante, consoante assevera o artigo 1884º do Código Civil Português.¹⁰

O nascituro, segundo a Lei no 8.560/1992, em seu artigo 7º possui o direito a alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido, que deles necessitar: “Art. 7º. Sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixarão os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite.”¹¹

Pela teoria concepcionista, fica evidente o direito aos alimentos desde a concepção para o desenvolvimento do feto e sua consequente afirmação da personalidade jurídica após o nascimento com vida. Conclui-se, portanto, que os alimentos não devem ser compreendidos num sentido literal, pois possuem uma conotação de dignidade, que inclusive é salvaguardada pela Constituição, abrangendo também vestimentas, remédios, habitação. É um direito irrenunciável, sendo sua principal finalidade assegurar o direito à vida da criança.¹²

A jurisprudência concede na grande maioria das vezes o direito provisional de alimentos ao nascituro:

Ação de Indenização – Em podendo a obrigação decorrente do direito a alimentos começar antes do nascimento e depois da concepção, têm os pais, mesmos tratando se de direito personalíssimo, legitimidade para pleiteá-los pelo nascituro, que será indiretamente beneficiado, enquanto se nutrir do sangue de sua mãe, e diretamente após seu nascimento, pois já que o Código Civil coloca a salvo os direitos do nascituro, e não dispõe este ainda de personalidade civil, os legitimados para representá-lo desde

⁹ RODRIGUES, Álvaro - **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça**. Proc.nº 436/07.6TBVRL.P1.S1, de 3 de abril de 2014. [Em linha] [Consult. 16 mar. 2021]. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/4/art20140429-05.pdf>.

¹⁰ DECRETO-LEI nº 496/77 de 25-11-1977 - **Diário da República nº 273 Série I** Parte A de 25/11/1977 Suplemento 1. [Consult. 12 abr. 2021]. Disponível em http://bdjur.almedina.net/item.php?field=item_id&value=354228

¹¹ MENDONÇA, Leonardo Araujo Porto de – **Dos direitos do nascituro e do embrião no direito brasileiro**. [Em linha]. [Consult. 21 mar 2021]. Disponível <https://leonardoampendonca.jusbrasil.com.br/artigos/325703422/dos-direitos-do-nascituro-e-do-embriao-nodireito-brasileiro>.

¹² *Ibidem*

a gestação seriam os pais. Gravidez decorrente de uso de anticoncepcional falso – Alimento – Legitimidade ativa dos pais para pleitear indenização em nome do nascituro (TAMG – AGI. Acórdão 0321247-9, 20-12-2000, 3ª Câmara Cível – Rel. Juiz Duarte de Paula).¹³

Os alimentos gravídicos apresentam diversas observações quanto aos cuidados essenciais do nascituro, a fim de resguardar precipuamente a saúde e o desenvolvimento saudável da gestação. Por sua vez, o alimento gravídico trata-se de um direito específico da prestação de alimentos durante o período da gestação, a fim de garantir ao nascituro o direito à vida, ou seja, durante toda a gestação os genitores são responsáveis pelo adequado desenvolvimento do feto, integrando esta responsabilidade os deveres quanto às despesas médicas, tais como, internações, medicamentos, o parto e entre outros gastos que venham a surgir em decorrência da gravidez, vale destacar que a lei supracitada determina que os alimentos deve ser arcado pelo futuro papai, todavia, esclarece que a obrigação alimentícia também é incumbida a futura mãe que deve contribuir de acordo com as possibilidades. Por isto, no que tange a ação de alimentos gravídicos insta salientar que não há necessidade de comprovação de paternidade, sendo que, somente por existências de indícios de paternidade pode ensejar a obrigação dos alimentos.

O entendimento do colegiado foi aplicado em julgamento de recurso no qual o suposto pai defendeu a impossibilidade jurídica de pedido de execução de alimentos gravídicos, já que, com o nascimento da criança, teria sido extinta a obrigação alimentar decorrente da gestação. Segundo ele, as parcelas da pensão também deveriam ser suspensas até que houvesse o efetivo reconhecimento da paternidade. Em análise da lei 11.804/2008, que regula a matéria, o ministro relator, Marco Aurélio Bellizze, esclareceu inicialmente que os alimentos gravídicos não se confundem com a pensão alimentícia, pois, enquanto esta última se destina diretamente ao menor, os primeiros têm como beneficiária a própria gestante.¹⁴

Em seu voto, citou as lições de Patrício Jorge Lobo Vieira, para quem alimentos desse tipo podem ser compreendidos como aqueles devidos ao nascituro e recebidos pela gestante, ao longo da gravidez, reconhecendo-se uma verdadeira simbiose entre os direitos da própria gestante e do próprio nascituro, antes mesmo do seu nascimento. Todavia, segundo o ministro, o artigo 6º da lei é expresso ao afirmar que, com o nascimento da criança, os alimentos gravídicos concedidos à gestante serão convertidos em pensão alimentícia¹⁵.

Tal conversão automática não enseja violação à disposição normativa que exige indícios mínimos de paternidade para a concessão de pensão alimentícia provisória ao menor durante o trâmite da ação de investigação de paternidade. Isso porque, nos termos do caput do artigo 6º da Lei 11.804/2008, para a concessão dos alimentos gravídicos já é exigida antes a comprovação desses mesmos indícios da paternidade", destacou o relator (<https://www.conjur.com.br/2019-jul-01/stj-vem-reconhecendonascituros-sujeitos-direito>).

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Op.Cit.*

¹⁵ *Ibidem*

De acordo com o ministro Bellizze¹⁶:

A alteração da titularidade dos alimentos, também será modificada a legitimidade ativa para a proposição de eventual execução. Isso significa que, após o nascimento, passará a ser o recém-nascido a parte legítima para requerer a execução, seja da obrigação referente aos alimentos gravídicos, seja da pensão alimentícia eventualmente inadimplida. Nessa linha de raciocínio, o nascimento ocasionará o fenômeno da sucessão processual, de maneira que o nascituro (na figura da sua mãe) será sucedido pelo recém-nascido, concluiu o ministro ao negar o recurso especial do suposto pai.

O Código Civil, em seu artigo 1.798 prega: Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. É um direito eventual, que se torna um direito pleno, a partir do seu nascimento com vida.

Nascendo ele com vida, são realizados os direitos sucessórios no momento da abertura da sucessão. Nascendo ele sem vida, e tendo herdeiros da legítima recolhido a herança, ocorre a mesma situação da renúncia da herança, pois é considerado o renunciante como se nunca tivesse sido herdeiro¹⁷.

Suponha-se que um indivíduo morreu deixando esposa grávida; se a criança nascer morta, o patrimônio do de *cujus* passará aos herdeiros deste, que podem ser seus pais, se ele os tiver; se a criança nascer viva, morrendo no segundo subsequente, o patrimônio de seu pai pré-morto passará aos herdeiros do infante, no caso, sua mãe¹⁸.

O nascituro, embora não tenha personalidade de acordo com o Código Civil, tem capacidade para adquirir por testamento. Morto o testador antes de seu nascimento, a titularidade da herança ou legado fica, provisoriamente, em suspenso. Se o nascituro nascer com vida, adquire naquele instante o domínio de tais bens.

1.2.3 O direito a adoção

A primeira corrente de entendimento doutrinário, conforme aponta Thales Tácito Cerqueira, sustenta que:

Não é possível a adoção de nascituro no Brasil, por força do parágrafo sexto do artigo 166 do Estatuto da Criança e do Adolescente, in verbis: Para os adeptos desta corrente como o Brasil é signatário da Convenção de Haia, encontra-se comprometido com os princípios por ela reconhecidos dentre os quais podemos citar àqueles atinentes à Proteção das Crianças, expresso no artigo 4º, letra “c”, item 4, da referida Convenção, que preconiza que o consentimento da mãe, quanto à adoção de seu filho, deve ser manifestado após o seu nascimento, priorizando, ainda a manutenção desta em sua família biológica.¹⁹

¹⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - **Jurisprudência reconhece direitos e limites à proteção jurídica do nascituro.** *Op. Cit.*

¹⁷ MATTOS, Karina Denari Gomes de. **Os direitos do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro.** v. 3, n. 3. 2007.

¹⁸ *Ibidem*

¹⁹ DINIZ, Rafael Izaú - **Da possibilidade de adoção do nascituro.** Rio de Janeiro, 2012.

Neste sentido, a adoção do nascituro estaria em conflito com a referida norma. Lembrando que, de acordo com o §2º do artigo 5º da Constituição Federal: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.²⁰

Ademais, para esta corrente, aderindo à Convenção de Haia, a Lei nº 12.010/2009, ao alterar o art. 166, §6º do ECA, estabeleceu que o consentimento dos titulares do poder familiar, quando decidirem expressamente pelo pedido de colocação em família substituta somente terá valor se este for dado após o nascimento da criança. Para os adeptos desta linha de pensamento, a disposição legal supra implica em dizer que o legislador pretendeu conceder um prazo de arrependimento para a família natural, inclusive contando com a ajuda do Poder Público (art. 23, do ECA), porquanto a Lei nº 20 12.010/2009 tem como objetivo manter o infante em seu seio familiar primário, ou seja, de origem.

E o fato de o parágrafo único do artigo 13 do ECA (com redação dada pela Lei nº 12.010/2009) dispor que as mulheres grávidas que manifestem a intenção de colocar seus filhos em família substituta devem ser encaminhadas à Vara da Infância e do Adolescente, não implica em afirmar a possibilidade de adoção de nascituros, pois pela própria sistemática do Estatuto exige-se que antes do consentimento seja feito acompanhamento psicológico-social da familiar natural como um todo, por profissionais gabaritados, que alertarão sobre a irrevogabilidade do ato de adoção e de todos os seus consectários, tal como a perda do poder familiar, por exemplo. Outrossim, o §3º do dispositivo legal supramencionado impõe que o consentimento seja colhido perante a autoridade judiciária competente, estando presente o membro do Ministério Público estadual, garantida a livre manifestação e esgotados os esforços acerca da manutenção da família biológica ou natural. Acrescente-se ainda, o fato do consentimento ser revogável até o momento de publicação da sentença constitutiva de adoção (art. 166, §5º do ECA), o que reforça a ideia de que a adoção do nascituro seria impossível, afinal não se permitirá um prazo razoável para os pais naturais se retratarem, afetando o objetivo central da Lei nº 12.010/2009, qual seja a manutenção do infante em sua família natural.²¹

E, neste caso, o entendimento que permite a adoção, sustenta ser possível a adoção do nascituro no Brasil, por força do artigo 13, parágrafo único do ECA, com redação dada pela Lei nº 12.010/2008. Para essa corrente é permitida a adoção sob condição suspensiva (nascimento com vida, o que gerará, direitos hereditários ao adotado).²²

Se é possível fazer testamento ou doação ao nascituro, porque não adoção, inclusive para fins de sucessão de bens? O argumento que proíbe a adoção do nascituro, para essa corrente não procede, pois, o Pacto de San José da Costa Rica foi recepcionado pelo STF como lei ordinária, e não com status constitucional (artigo 5º, §3º da CRFB, incluído pela EC nº45/2004) e, como tal, não teve força para mudar a soberania nacional. Da mesma forma, o Decreto nº 3.087/1999 e os demais que se seguirem não podem alterar o artigo 5º da CRFB e o artigo 7º da LINDB, que asseguram igualdade a todos, inclusive aos nascituros, cujos direitos são adquiridos com o nascimento com vida.

²⁰ *Ibidem*

²¹ *Ibidem*

²² MACHRY, Cristiane Bueron. **A dificuldade da concretização da adoção tardia no sistema jurídico brasileiro**, Santa Rosa 2018.

O artigo mais importante do Código Civil, no que se refere ao nascituro, é com certeza o artigo 2º e seguintes ²³:

- Art.2º do CC – A personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro;
- Art. 542 do CC – A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal;
- Art. 1.609, parágrafo único do CC – O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes;
- Art. 1.779 do CC – Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mãe, e não tendo o poder familiar;
- Art. 1.798 do CC – Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão;
- Art. 1.799 do CC – Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;
- Art. 877 do CPC – A mulher que, para garantia dos direitos do filho nascituro, quiser provar seu estado de gravidez, requererá ao juiz, que ouvido o órgão do Ministério Público, mande examiná-la por um médico de sua nomeação.

A adoção de nascituro (chamada de ‘adoção de pessoa inexistente’), segundo esse entendimento, se for levada adiante, deveria ser tratada no Código Civil, e não no ECA. Isto porque o ECA foi omissivo a respeito, sendo a matéria regulada pelo Código Civil e, com a Lei 10.406/2002, a adoção do nascituro passou a ser plena, ou seja, sem possibilidade de revogação, e realizada por sentença judicial, e não mais por escritura pública.²⁴

Ademais a Lei 12.010/2009 revogou todos os dispositivos do Código Civil referentes à adoção de criança e adolescente, estabelecendo, contudo, que a adoção de maiores de 18 anos dar-se-á pelo CC (art. 1.619), seguindo, no que couber, as regras do ECA, ou seja, a adoção de pessoas maiores de 18 será feita na Vara de Família, por sentença judicial e sem revogação, seguindo as novidades do ECA trazidas pela Lei nº 12.010/2009.

²³ NOVAE, Bianca de Oliveira. **A possibilidade jurídica da adoção do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro**. Brasília-DF. 2012.

²⁴ BRASIL. Presidência da República - **Lei n º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. [Em Linha]. [Consult. 21 fev. 2021]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm

Desta forma, a adoção do nascituro, caso aceita pela jurisprudência, será regida pelo Código Civil (por falta de previsão expressa no ECA), analogia feita com a adoção de pessoas maiores de 18 anos (art. 1.619, CC).

Não obstante a solução acima apontada, mas ainda sob a ótica de se permitir a adoção do nascituro, aponta que a melhor solução seria a sua regulamentação, através de uma alteração legislativa alterando a redação do artigo 1.621 do Código Civil, a ser feita nos seguintes termos: A adoção depende de consentimento dos pais ou dos representantes legais do nascituro ou do incapaz, e da concordância deste, se contar com mais de 12 (doze) anos.

Proposta esta que parece acampar a teoria concepcionista, no que tange à personalidade civil da pessoa humana. A mera falta de previsão legislativa expressa quanto à adoção de nascituro não tem o condão de por si só afastar a realidade social que hoje se impõe. O tema já foi retratado no âmbito nacional através de novelas e internacionalmente em filmes, o que demonstra a sua relevância social, que não pode ficar a mercê de meras interpretações doutrinárias. Ademais, o próprio postulado constitucional do melhor interesse da criança e do adolescente aponta pela possibilidade de adoção do nascituro, pois o atendimento de situação peculiar em pessoa em desenvolvimento também estaria adstrito à vida intrauterina, que de igual forma deve ser assegurada, em detrimento do próprio poder familiar dos pais biológicos ou até mesmo dos eventuais adotantes que aguardam em cadastros oficiais. Igualmente aponta o princípio da dignidade da pessoa humana ao garantir a vida digna inclusive a partir da fecundação.

1.2.4 O direito à doação

De acordo com o artigo 538 do Código Civil de 2002, a doação é o contrato em que uma pessoa, por liberdade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra, desde que os aceite. E ainda, o artigo 542 do Código Civil preconiza: A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.²⁵

Neste dispositivo encontramos uma incoerência, pois:

“Se a doação ao absolutamente incapaz tem aceitação presumida (independente da anuência do representante legal) prevista no artigo 543 do Código Civil; porque ao nascituro precisa de aceitação do representante? Porém esta incoerência jurídica se resolve quando o doador aguarda o nascimento do donatário para realizar a doação. Todavia, com a doação ao nascituro, se o nascimento se der sem vida, a doação será considerada inexistente, como se nunca tivesse ocorrido e o bem volta a incorporar o patrimônio do doador.”²⁶

²⁵ BRASIL. Presidência da República - **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. *Op. Cit.*

²⁶ <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/1371/1317>

1.3 O exercício dos direitos no ordenamento jurídico português e brasileiro

O direito civil por um longo período esteve caracterizado pelo predomínio de uma concepção estritamente patrimonialista, em detrimento da efetiva proteção do ser humano. Com o reconhecimento da pessoa humana como centro do ordenamento, mostra-se imprescindível a proteção da personalidade e dos direitos a ela inerentes.

Nesta linha, os direitos de personalidade atualmente são protegidos tanto pela Constituição Federal quanto pela legislação infraconstitucional, pois, como eixo central do ordenamento jurídico, devem ser protegidos de forma ampla e irrestrita, em conformidade com os ditames constitucionais.

Com isso, em vez de tutelar quase que exclusivamente a propriedade, em todas as suas manifestações, o direito protege também a existência do ser humano. Para isso, reconhece e garante à pessoa a proteção de sua personalidade e de outros direitos inerentes à sua condição. Não pode haver tema de maior relevância para o direito civil e Constitucional, pois, se a pessoa humana é sujeita de todas as relações jurídicas, imprescindível o seu entendimento. E não só a personalidade cresce em importância, como, cada vez mais, estão em evidência os direitos da personalidade. Se esses inicialmente eram protegidos de forma tímida, atualmente têm sua tutela codificada, e garantida constitucionalmente. A proteção jurídica da personalidade na esfera privada estava limitada à reação do ordenamento contra a lesão, através da responsabilidade civil. Como a responsabilidade civil se mostrou insuficiente na proteção dos direitos da personalidade, começaram a ser reconhecidas ações específicas, de natureza negatória e declaratória de sua existência, e o ressarcimento por dano moral. Se protegida realmente como direito subjetivo, a personalidade não estaria protegida apenas contra lesões, mas seria assegurada o seu pleno exercício, com livre disposição de seu direito. No Brasil, embora o Código Civil de 1916 já contemplasse a personalidade de forma plena, ao dispor, em seu artigo 2º: Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil, os direitos da personalidade somente foram consolidados com o advento da Constituição de 1988, que inseriu a dignidade da pessoa humana como valor essencial em que se baseia nosso país.²⁷

Os 11 artigos que tratam dos direitos da personalidade no novo CC: nos artigos 11 e 12, trata-se da natureza e da tutela destes direitos, enquanto todos os demais artigos referem-se a específicos direitos da personalidade: o direito à integridade psicofísica (arts. 13 a 15), o direito ao nome e ao pseudônimo (arts. 16 a 19), o direito à imagem (art. 20) e o direito à privacidade (art. 21).

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

²⁷ GOMES, Daniela Vasconcello, 01 junho 2012, Consult. em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/algumas-considera%C3%A7%C3%B5es-sobre-os-direitos-da-personalidade>

O artigo 12 do Código Civil trata da tutela geral dos direitos da personalidade, protegendo os indivíduos de qualquer ameaça ou lesão à sua integridade física ou moral.

Por tratar-se de regra genérica, reconhece proteção a direitos de personalidade que não estão expressos nos demais artigos, mas que poderão se concretizar.

A proteção pode ser requerida para evitar que a ameaça seja consumada ou para que diminua os efeitos da ofensa praticada, sem prejuízo da reparação de danos morais e patrimoniais.

A proteção à integridade física está prevista no artigo 13 do Código Civil, que proíbe a disposição do próprio corpo, quando esta importar em diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

A única exceção admitida está contida no parágrafo único do referido artigo, que permite a disposição, por pessoa capaz, de tecidos, órgãos e partes do corpo para fins de transplante ou tratamento, na forma da Lei 9.434/97.²⁸

Tratando de direito ainda referente à integridade física, o artigo 14 do Código Civil dispõe sobre os atos de disposição do corpo. Esse dispositivo admite a disposição gratuita do corpo, no todo ou em parte, para depois da morte desde que seja com intuito científico ou altruístico. O parágrafo único do artigo 14 do Código Civil prevê que o ato de disposição pode ser revogado a qualquer tempo pelo doador.

O artigo 15 do Código Civil dispõe sobre a exigência de autorização espontânea e consciente do paciente, ou de seu representante, se incapaz, para se submeter à cirurgia ou a tratamento médico, assim, a inviolabilidade do corpo humano.

O direito ao nome está consagrado no artigo 16 do Código Civil, que o assegura, determinando que neles estão compreendidos o prenome e sobrenome da pessoa. O nome integra a personalidade, individualizando e identificando o indivíduo.

Por tratar-se o nome de atributo da personalidade, é assegurada a proteção ao seu uso, e sua defesa contra abusos de terceiros (artigos 17 e 18 do Código Civil). Esses podem consistir em publicação ou representação que exponha o nome ao desprezo público, por atingir sua reputação, ou na utilização em propaganda comercial sem autorização de seu titular.

A previsão da tutela ao pseudônimo está no artigo 19 do Código Civil. Da mesma forma em que é concedida proteção ao nome, o pseudônimo utilizado por artistas e escritores

²⁸ BRASIL. Presidência da República - **Lei nº 9.434 de 04 de fevereiro de 1997**. [Consul. 2 abr. 2021]. Disponível em <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=9434&ano=1997&ato=f40ETVU90MJpWTdd3>

também é amparado pela ordem jurídica, em razão de identificá-los em seu meio mesmo que não tenham alcançado a notoriedade.

O artigo 20 do Código Civil contempla os direitos intelectuais e proteção à imagem. Esse dispositivo protege a imagem e os acontecimentos pessoais da exposição indevida, assegurando a individualidade da pessoa.

No entanto, há certas limitações ao direito à imagem, com dispensa de anuência para sua divulgação, quando se tratar de pessoa notória ou no exercício de cargo público, e em todos os casos em que houver interesse público que prevaleça sobre o direito individual.

O direito e a proteção à intimidade estão assegurados pelo artigo 21 do Código Civil, que, ao dispor que a vida privada da pessoa é inviolável, protege a pessoa da indiscrição alheia e de interferências externas em sua vida particular.

O direito, em razão da estreita vinculação existente, deve tutelar os valores considerados importantes pela sociedade. O Código Civil de 2002 é nítido reflexo das transformações ocorridas na sociedade brasileira. Se o Código Civil de 1916 tinha como pilares básicos a propriedade, o contrato, o testamento e a família, sempre com uma visão patrimonialista desses institutos, o código atual volta-se para a proteção do real fundamento do direito: o homem.

Mas se pessoa humana voltou a ser o centro do ordenamento jurídico, não é resultado apenas do advento do novo Código Civil. Desde a Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana é princípio fundamental de nosso país, norma que deve reger todas as relações. De modo que, todos os debates sobre a proteção dos direitos da personalidade pelo Direito Público ou pelo Direito Privado, da existência de um direito geral da personalidade ou de direitos da personalidade em espécie, restam superados. Se a pessoa é o centro do ordenamento jurídico, a sua razão de ser, nada mais lógico que a personalidade, e os direitos a ela atinentes, sejam protegidos de forma ampla e irrestrita, em conformidade com nosso texto constitucional.

No Título II – Das Relações Jurídicas, a Seção II – Direitos da Personalidade, do Código Civil de Portugal dispõe nos arts. 70 a 81 sobre a tutela dos direitos da personalidade e suas respectivas espécies. Em linhas gerais, o código português traz dispositivo bastante similar ao brasileiro no que é pertinente à tutela geral da personalidade, senão vejamos: Artigo 70º (Tutela Geral da Personalidade).

A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida. A regra geral da tutela da personalidade no âmbito do código português confere aos indivíduos, vítimas de ofensas ou ameaças de ofensas a seus direitos inatos e fundamentais, uma tripla garantia: a) tutela preventiva; b) tutela indenizatória; c) tutela atenuante.

A tutela preventiva do direito da personalidade configura-se na possibilidade que o legislador conferiu às pessoas ameaçadas de requererem providências judiciais, a fim de cessarem as possíveis violações e atos ilícitos que venham a transgredir um dado direito da personalidade. A tutela indenizatória do direito da personalidade resta consagrada, de forma um pouco mais sutil, na expressão Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar. Noutros termos, além da tutela preventiva e atenuante, cabe ainda ao indivíduo vitimado em algum direito de personalidade buscar indenização por ato ilícito praticado por aquele que tenha praticado a lesão. Por fim,

há que se falar ainda da tutela atenuante quando da violação a algum direito da personalidade. Tal ocorre porque, muitas vezes, a lesão praticada ao bem jurídico é insuscetível de total desfazimento. Ou seja, a reconstituição do direito da personalidade violado é impossível de se retornar ao status quo ante.²⁹

²⁹ *Op.cit.*

2 DO BEM JURÍDICO TUTELADO QUANDO DA INTERRUÇÃO VOLUNTÁRIA DA GRAVIDEZ.

2.1 A importância da determinação do início da vida e suas teorias

A questão de saber qual o exato momento em que começa a vida é questão por demais antiga. A palavra “vida” por si só, retrata um conceito harmônico e uníssono, tendo em vista que todos são a favor. Entretanto, é uma palavra que por sua essência sempre causou inúmeras discussões, tanto é verdade que nem mesmo os dicionários conseguiram explicar o que é vida, nem mesmo sobre a acepção biológica, assim como no conceito jurídico.

Desde os primórdios a determinação do momento que possa considerar-se a existência de vida num ser humano provocou a inquietude de muitos filósofos e pensadores, inclusive, até os dias de hoje não se tem uma definição exata do que é vida. A ciência, com afincado atua para definir o melhor conceito, o que restará esclarecido no decorrer deste trabalho, o que se afigurará como determinante para a discussão sobre saber o aborto constitui, ou não, um crime

Em nossa investigação buscou-se averiguar que a formação de uma nova vida em termos biológicos, começa da união do óvulo com o espermatozoide, isto é, no momento em que se dá por existente um ser geneticamente humano e cujo material genético é distinto do material genético dos seus progenitores.

A divergência científica, portanto, não existe quanto ao marco inicial da vida biológica, mas sim, quanto a definir em que momento aquele embrião, mais tarde feto, será classificado como uma pessoa para efeitos legais, hipótese que honestamente penso dever ficar também a cargo da própria biologia definir. A ciência dos genes definirá a partir de quando se forma um embrião, e, conforme dito, para isto resta incontestemente que o novo patrimônio genético surgiu do encontro do material genético feminino com o masculino, isto é, óvulo e espermatozoide, respectivamente.

Sobre a certeza acima apontada, Muto e Eliza esclarecem que:

A ciência demonstra insofismavelmente – com os recursos mais modernos – que o ser humano, recém- fecundado, tem já o seu próprio patrimônio genético e o seu próprio sistema imunológico diferente da mãe. É o mesmo ser humano – e não outro – que depois se converterá em bebê, criança, jovem, adulto e ancião. O processo vai-se desenvolvendo suavemente, sem saltos, sem nenhuma mudança qualitativa. Não é cientificamente admissível que o produto da fecundação seja nos primeiros momentos somente uma matéria germinante. Aceitar, portanto, que depois da fecundação existe

um novo ser humano, independente, não é uma hipótese metafísica, mas uma evidência experimental.³⁰

Assentar onde começa a vida é um problema que existe desde que o mundo é mundo e constitui tema de alto relevo para esta pesquisa.

Nesta caminhada para tratar a tutela dos nascituros, é necessário, então, definir a partir de que momento se inicia a vida, e em que momento se adquire a personalidade jurídica para, em seguida, estabelecer a proteção que recairá sobre este nascituro. O Direito Civil, seja na concepção da ordem jurídica brasileira, seja na ordem portuguesa, trabalha com duas principais correntes em relação ao início da vida civil do nascituro: a Teoria natalista e a Teoria concepcionista.

A personalidade é uma qualidade: a qualidade de ser pessoa. Esta afirmação não deve causar estranheza porque respeita o sentido etimológico da palavra. Do mesmo modo, propriedade é a qualidade de ser próprio, bondade é a qualidade de ser bom e a proximidade a qualidade de ser próximo. Os exemplos podem suceder-se *ad infinitum*. Mantemos aqui o que temos ensinado em Teoria Geral do Direito Civil: a personalidade é a qualidade de ser pessoa³¹.

Antes, porém, de adentrarmos nas teorias, necessário chamar a atenção para o fato de que temos que observar a personalidade sobre duas concepções: uma delas é a personalidade inerente à condição de ser humano, ou seja, aquela que nasce quando o indivíduo é gerado e com ele morrerá; ao qual poderíamos alinhar de personalidade humana ou não jurídica. A outra visão é a personalidade jurídica, aquela que torna o indivíduo sujeito de direitos e deveres na órbita civil.

A personalidade jurídica define-se por ser “a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações³²” No Direito brasileiro as sociedades empresariais, que em Portugal são denominadas também de pessoas coletivas, são classificadas como sendo pessoas jurídicas, embora não sejam pessoas físicas, e, são dotadas de personalidade jurídica.³³

O Código Civil brasileiro estabelece em seu artigo 1.º que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. De tal modo que se conclui que toda seja física ou jurídica é dotada de competência para exercer direitos e submeter-se a deveres na envergadura do direito. As

³⁰ MUTO, Eliza; NARLOCH, Leandro - **Quando a vida começa?** Super Interessante, 2016. [Em linha]. [Consult. 29 mar. 2021]. Disponível <https://super.abril.com.br/ciencia/vida-o-primeiro-instante>.

³¹ VASCONCELOS, Pedro Pais de - **Tipos legais de Direitos da Personalidade**. In **Direito da Personalidade**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 250316/06.

³² MORAES, Maria Celina de - **Instituições de direito civil**. 26ª ed., 2013. Rio de Janeiro: Forense p. 183, ISBN 9788530945213.

³³ BEVILÀQUA, Clóvis - **Teoria Geral do Direito Civil**. Rio de Janeiro: ed. Rio, 1975. p. 78-79.

pessoas jurídicas têm sua personalidade jurídica com o fim específico de figurar em juízo na defesa de seus interesses, tanto na qualidade de Autor, quanto na qualidade de Réu.

A personalidade que se pretende aprofundar nesta obra é aquela destinada à pessoa natural, nomeadamente quando ainda na condição de concepturo e nascituro³⁴. Em linhas de esclarecer, o nascituro é o ser que já foi concebido e ainda não nasceu, enquanto o concepturo ainda não foi concebido, embora haja a esperança de que venha a ser.

Existe vida e personalidade a partir da concepção. Do nada biológico (concepturo) passamos à pessoa (nascituro)³⁵.

Os direitos de personalidade abarcam certamente os direitos de estado (por ex; direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e todos os direitos da liberdade (liberdade de expressão).³⁶

A teoria natalista consiste na interpretação restrita da lei, sustentando que a personalidade jurídica tem início com o nascimento com vida, não sendo possível garantir nem mesmo uma mera expectativa de direitos antes do nascimento.

Já no que tange à teoria concepcionista, defendem os seus adeptos que a personalidade jurídica começa com a concepção, muito embora os direitos ao concepturo garantidos, só possam ser exercidos com o nascer com vida, notadamente aqueles que neste trabalho ainda serão abordados, tal como a doação e herança.

No que concerne à aplicabilidade das teorias natalista e concepcionista, modestamente entendemos que a discussão acerca de qual teoria se deve aplicar necessita passar por outra abordagem, o que será a diante tratado, uma vez que entendemos que, ao separar as duas categorias de personalidade, se concluirá que ambas as teorias deverão ser utilizadas, cabendo apenas ao aplicador do direito identificar o momento em que se encontrará, assim como em qual categoria estará.

Deste modo, não havendo dúvidas de que há vida desde a concepção, ou seja, que é a partir desta fase que se adquire a vida, portanto, neste momento já se fala em personalidade humana, não jurídica. Assim, para esta categoria de personalidade deve se aplicar a Teoria concepcionista para a integral proteção dos direitos da personalidade, tais como o direito à vida, à honra, a integridade física, dentre outros. Neste âmbito, a agressão física praticada contra o

³⁴ **Código Civil**, Lei 10.406, 10 de janeiro de 2002.

³⁵ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Condição Jurídica dos Nascituros**. In **Direito ao Património Genético**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 124316/98.

³⁶ CANOLTILO, J.J. Gomes - **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7.ª ed., 19 reimp. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-2106-5.

feto, que inclusive pode matá-lo, o aborto propriamente dito, viola flagrantemente a personalidade humana, esta ainda não jurídica.

O que por longos anos foi trabalhado é que aparentemente uma teoria exclui a aplicação da outra, isto é, os defensores da teoria concepcionista não concordam com a natalista e o contrário também acontece. Quando se diz linhas acima que esta discussão deve mudar seu rumo é pelo facto de que modestamente entendemos que ambas são sempre aplicáveis, mas sempre em momentos distintos e com objetivos diferentes. A concepcionista resguarda a proteção aos direitos do nascituro desde a concepção, preservando especial a personalidade humana, não jurídica, que identifica os atributos do ser vivente do ventre materno, enquanto a natalista, operar-se-á a após o nascimento com vida e garantirá a personalidade jurídica concedendo-lhe a mais ampla proteção no exercício dos direitos que lhe cabe.

A personalidade jurídica, por ser a ferramenta que torna o indivíduo sujeito de direitos no mundo civil, esta certamente somente será adquirida ao nascer com vida, quando o indivíduo poderá exercer os seus direitos e deveres, categoria à qual devemos direcionar a Teoria natalista.

Para os autores que aderem a esta teoria, a personalidade jurídica inicia-se a partir do nascimento com vida, sob o fundamento de que a personalidade civil é inerente à pessoa, ratificando, portanto, a ideia de que o resultado da concepção não é uma pessoa sujeita de direitos, mas apenas detentora de mera expectativa de exercer alguns direitos, como por exemplo a herança. É facto que um pai pode testar para seu filho vivente do ventre materno, entretanto, só será possível que ele usufrua destes direitos ao nascer com vida.

Desta forma, entendem os adeptos que só há que se dizer em aquisição de personalidade a partir do nascimento completo e com vida, isto é, uma vez o feto retirado com vida do ventre materno e respirando sozinho, se verifica que há vida, momento em que aquele ser se reveste de personalidade jurídica, o tornando sujeito de direitos e obrigações. Respalhada nisto, a teoria natalista afasta ao nascituro a proteção de seus direitos fundamentais, oriundos da personalidade, como por exemplo, o direito à vida.

Nesse sentido, se posiciona Flávio Tartuce (2014, p.79) evidenciando que “A teoria natalista nega ao nascituro até mesmo os seus direitos fundamentais, relacionados com a sua personalidade, caso do direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até à imagem.”³⁷

³⁷TARTUCE, Flávio – **Manual de Direito Civil**. 4ª ed. São Paulo, SP: Método, 2014. p. 79.

O nascimento não produz o “milagre” de converter em humano o que não era³⁸ Tema de antigos e longos debates, no Brasil ainda não se verifica uma pacificação sobre qual teoria o Código Civil adotou. Isto porque, da leitura do diploma civilista, identifica-se que há uma forte inclinação para a adoção da teoria natalista, contudo, é possível afirmar que, mesmo de forma retraída, o Código Civil buscou amparar de alguma forma o vivente do ventre materno evidenciando no “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”³⁹.

No Direito Português, o Código Civil também adotou, de início, a teoria natalista, pois condicionou a aquisição da personalidade jurídica ao nascimento completo e com vida. No entanto, parece que a maior simpatia da doutrina portuguesa atualmente é mesmo pela Teoria Concepcionista.

A Professora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas se posiciona concordando com a Teoria Concepcionista: “Há vida e personalidade a partir da concepção. Do nada biológico, concepturo, passamos à pessoa, nascituro.”⁴⁰

A Corte Maior da Justiça de Portugal, o Supremo Tribunal de Justiça, sempre adotou com veemência os ensinamentos da Teoria Natalista, até que, recentemente, no julgamento de um caso de acidente de viação, em sede de recurso, mudou de posicionamento, passando a garantir os direitos futuros ao nascituro⁴¹.

O caso trata-se de acidente que levou a óbito o pai de uma família composta, no momento do desastre, por mãe grávida e filho de 16 meses de vida. Por conta do ocorrido, a mãe ingressara com demanda requerendo as perdas e danos em face do causador do acidente, pleiteando, portanto, danos morais e patrimoniais que compensassem ou reparassem os danos experimentados por ela e seus dois filhos, o já nascido e aquele que vivia em seu útero no momento da ocorrência que levou a óbito seu esposo.

Totalmente obediente aos mandamentos do Código Civil Português, mas nem por isto correto, o magistrado sentenciante decidiu pela indenização aos danos não patrimoniais pela perda suplantada pela mãe e pelo filho já vivo. Contudo, deixou de salvaguardar os direitos do outro filho, que no momento do acidente, ainda vivia no ventre de sua mãe.

³⁸ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - *Op. Cit.*

³⁹ CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO - Lei n.º 10.406/02 - **Diário Oficial da União**. I Seção. N.º 8. (11-01-02). p. 1 – 339.

⁴⁰ *Op. Cit.* p. 67

⁴¹ RODRIGUES, Álvaro - **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça**. *Op. Cit.*

Em sede de recurso, o STJ, Supremo Tribunal de Justiça, reformou aquela decisão, condenando o infrator a indenizar a filha que no momento do acidente vivia no útero de sua mãe, entendendo que o nascituro tem no caso em comento um direito próprio a ser indenizado pelo facto de nascer e não poder conhecer seu próprio pai, o que certamente acarretará mágoa, dor e sofrimento por toda uma vida.

Entendeu por bem o STJ não fazer distinção entre os filhos já concebidos, mas ainda não nascidos e os já retirados do ventre materno, colocando os descendentes da vítima no mesmo patamar, o que nos parece ser bem adequado, haja vista o fato de que aquele feto nasceu sem poder conhecer seu próprio pai, por conta do causador do acidente.⁴²

Ademais, fundamentou a decisão no artigo 26.º da Constituição da República Portuguesa, que reconhece a todos o direito à identidade pessoal, que no caso estaria a ser descumprido por força do artigo 496.º do CC de uma forma discriminativa.⁴³

Para a Teoria Concepcionista, já há vida do nascituro desde a sua concepção. A concepção ocorre quando um óvulo feminino é fecundado por um espermatozoide masculino, resultando, portanto, na geração de um embrião. Em que pese não ser considerado pessoa, o nascituro já tem vida. É desta forma que a doutrina majoritária, tanto de Portugal como do Brasil, vem enxergando o vivente do ventre materno, buscando resguardar, inclusive, alguns direitos e proteger aquele feto, passando a modificar o entendimento anteriormente consolidado.

No Direito Brasileiro, como já explicitado, linhas acima, sempre houve a Tendência Natalista nos diplomas civis, nunca protegendo ou salvaguardando os direitos do nascituro, disposição esta que se modificou a partir do ano de 2002, com a reforma da lei civil no país. Isto porque entraram em vigor dois importantes capítulos para o tema: o primeiro, que versa sobre a aquisição da personalidade, e um segundo capítulo, que versa sobre o regramento dos direitos da personalidade.

A antiga Ordem Civil Brasileira, de 1916, que vigorou até o ano de 2003, até tratava da personalidade jurídica, mas nunca trabalhou com a regra, a distribuição e a proteção dos direitos da personalidade. Por sua vez, o novo diploma que vigora desde 2003, mesmo seguindo uma linha natalista, confirmando que se adquire a personalidade jurídica ao nascer com vida, não deixou de proteger o nascituro, preconizando que a lei põe a salvo, desde a concepção, os seus direitos.

⁴² RODRIGUES, Álvaro - **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça**. *Op. Cit.*

⁴³ COLÓQUIO SOBRE O CÓDIGO CIVIL **Comemorações do cinquentenário** - [Em linha]. [Consult. 23 maio 2021]. Disponível em https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2017/05/int_pau_sa_ii_col_pro_civ-1.pdf

Apesar de não ser ainda uma pessoa, o nascituro já possui vida intrauterina, sobrevive no útero de sua mãe, de modo que esta condição já lhe permite titularizar alguns direitos, pois se a vida é direito da personalidade, e ele já a tem, merece esta a proteção de seus direitos.

Uma prova de que há a proteção do nascituro, e que já se tem vida para o ordenamento jurídico brasileiro, é a criminalização da prática de aborto, o que pode ser considerado, em ordens mais antigas, um contrassenso, haja vista que o código civil brasileiro de 1916 não considerava a vida intrauterina, ao passo que o Diploma Penal Brasileiro atribuía crime ao aborto, o que faz concluir pelo reconhecimento de vida intrauterina.

O artigo 66 .º do código civil português, igualmente ao brasileiro, também se divide em duas importantes teorias: a primeira seria a natalista, descrita no número 1 do artigo 66.º do código civil português, que estabelece a necessidade de se identificar o nascimento completo e com vida, enquanto se percebe uma tendência concepcionista no número 2 do referido Artigo, que protege os direitos do nascituro, contudo, alertando que, para a materialização destes Direitos, será necessário o nascimento do feto com vida:⁴⁴ Artigo 66.º (Começo da personalidade):

1. A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida.
2. Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento.

A jurisprudência portuguesa, no entanto, contrariou o disposto no Artigo 66.º n. 2, do Código Civil Português, quando decidiu um caso resguardando os direitos do nascituro, conforme narrado no capítulo acima, que abordou a relativização da teoria natalista pela ordem jurídica portuguesa. Não há dúvidas que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal de Justiça acima aviltada, foi a mais acertada e adequada ao caso, pois visou proteger e compensar os danos causados ao nascituro.

Contudo, mesmo ante a decisão acima referida, não se pode dizer que a ordem Portuguesa modificou seu entendimento e passou a adotar a teoria da concepção, todavia, há que se identificar que já existe certa simpatia e que o ordenamento jurídico de Portugal parece caminhar para adoção desta.

O que se entende é que, tanto no Brasil, como em Portugal, a questão será decidida caso a caso, levando-se em consideração uma ponderação de valores, como foi feita no caso acima narrado, onde não se poderia deixar de apreciar a situação e compensar aquela vivente

⁴⁴ CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS - Lei n.º 8/2022, de 10/01 (Revê o regime da propriedade horizontal). [Em linha]. [Consult. 23 maio 2021]. Disponível em <https://www.codigocivil.pt/>

do ventre materno, que nunca poderá conhecer o pai, por conta da lastimável conduta do causador do acidente que vitimou seu progenitor.

Neste conflito de interesses fundamentais, importante delinear que as ordens civis aqui comparadas, brasileira e portuguesa, em realidade, possuem mandamentos muito semelhantes, no que toca ao estudo da personalidade.

Nessa esteira, ambos os diplomas civis tratam da personalidade em dois capítulos separados, mas igualmente intitulados. O primeiro capítulo das ordens portuguesa e brasileira diz da personalidade e capacidade jurídica, enquanto o segundo capítulo versa sobre os Direitos da personalidade.

Importante destacar que os dois sentidos da personalidade não foram, em nenhum dos códigos civis, utilizados como sinônimos.

Identificamos que a personalidade é um vocábulo que possui, para o Direito, duas acepções técnicas: na primeira, tem-se a personalidade jurídica ou civil, conceituada como a aptidão genérica para exercício de direitos e obrigações na órbita civil.

Já no segundo sentido, temos os direitos da personalidade como sendo aqueles atributos inerentes à condição de ser humano, tais como a vida, o nome, a privacidade, a imagem, a honra, dentre outros direitos.

Sendo assim, enquanto nascituros, isto é, a partir da concepção, já se tem personalidade, em razão de se já se ter vida, merecendo este ser proteção aos direitos dela decorrentes. Contudo, não há, neste momento, a personalidade jurídica, que só será adquirida no momento do nascimento com vida.

Portanto, dois momentos distintos devem ser considerados: o da aquisição dos direitos da personalidade humana, que ocorre com a concepção, e o exercício do aspeto patrimonial destes direitos, permitido após o nascimento com vida. Desta forma, se estiver diante de direitos inerentes à personalidade humana, como a vida, a honra, a integridade, a partir da fecundação, o embrião estará protegido. Se, por outro lado, estiver diante de direitos patrimoniais decorrentes da personalidade, como por exemplo, o direito de o nascituro receber uma doação ou um suposto direito sucessório que lhe compete, nos parece claro que é necessário nascer com vida para o exercício destes direitos.

Sugerimos então o fim à discussão, pois se há duas personalidades distintas, uma direcionada aos aspetos patrimoniais relacionada com a aquisição da personalidade civil, a chamada personalidade jurídica, e outra decorrente de sua natureza humana, ligada aos direitos da personalidade, que aqui intitulamos “personalidade humana é necessário apenas identificar

diante de qual categoria se estará naquele momento para se determinar qual das personalidades foi atacada, e, a partir disso aplicar a teoria correta no momento mais adequado possível.

Neste ínterim, em se tratando de direitos patrimoniais decorrentes da personalidade, deve-se aplicar a Teoria Natalista, pois é certo que o feto, antes de seu nascimento com vida, nada mais tem do que uma expectativa de direitos, conforme determina a redação dos dispositivos nas ordens civis de Portugal e Brasil, sendo até mesmo possível se afirmar que tais dispositivos, Artigo 2º do código civil brasileiro e Artigo 66.º, n.º 2, Código Civil Português, foram produzidos em atenção à personalidade jurídica civil.

Já os Direitos da Personalidade - neste caso, a “personalidade não jurídica” se diferem da personalidade jurídica em si, pois, se a vida começa com a concepção, já se inicia a proteção aos direitos da personalidade, atraindo a aplicação da Teoria Concepcionista.

O nascituro, mesmo que ainda não seja revestido de personalidade jurídica, tem o direito à proteção aos direitos da personalidade, razão pela qual, neste momento, se deve aplicar a teoria da concepção, pois é certo que aquele que ainda vive no útero de sua mãe, já merece a proteção à integridade física, ao nome, imagem, a honra, vida, enfim, todos estes e os demais direitos da personalidade já serão a ele destinados, pelo simples fato de já ter vida.

Desta maneira, buscamos acabar com toda e qualquer desavença acerca do tema, concluindo que Direitos da Personalidade, que são aqueles que se verificam pelos atributos acentuados de um indivíduo, possibilitando determinar a individualidade da pessoa e preservando aspetos relativos ao sentir, sofrer, agir, entre outros ocorrem desde a concepção, enquanto que a personalidade jurídica, que é o atributo que torna o sujeito capaz de exercer direitos e obrigações na ordem civil, depende do nascimento com vida, de modo que, se nascer morto, não adquire personalidade jurídica.

Ademais, não se pode esquecer sobre a questão do natimorto, que deixamos para o final, mas não por ser menos importante. Natimorto é o nascituro que nasceu sem vida, que, mesmo não tendo em nenhum momento sido revestido de personalidade jurídica, é certo afirmar que o natimorto é titular de direitos da personalidade, inclusive porque ele pode ser natimorto, por exemplo, pela violação aos seus direitos da personalidade.

Ante ao relato acima, sugerimos que sejam aplicadas ambas as teorias, bastando apenas identificar sobre qual categoria de personalidade se estará diante, assim como o momento e o direito a ser tutelado.

2.2 O direito à vida do nascituro

De todos os direitos inerentes ao nascituro, indubitavelmente a vida é o maior e mais importe dos direitos do nascituro, haja vista ser o direito que antes de qualquer outro se adquire.

O direito à vida é garantido nas cartas constitucionais de Brasil e Portugal, e, compondo rol dos direitos dos fundamentais é certo ressaltar que não se deve hierarquizar tais direitos, no entanto, se não exercer o direito vida, certamente, por razões óbvias não se conseguirá usufruir de nenhum outro direito.

O arcabouço constitucional que desta forma preconizou a proteção do direito à vida, é de tema de alto relevo na discussão central dessa dissertação, isto porque o nascituro é elemento hipossuficiente em defender-se sozinho, tendo em vista viver no útero de sua genitora e por esta razão depender exclusivamente dos cuidados de outrem para a manutenção de sua própria vida.

Neste aspeto, o que se pretende destacar é que a se a gestante não oferecer cautelas necessárias ao feto que em seu ventre vive, este, poderá inclusive nunca vir a usufruir de sua vida, assim como gozar dos direitos a ela concedidos.

Todos os direitos carecem da preservação do direito a vida, razão pela qual necessita ser priorizado frente aos demais direitos, a vida, se não houver vida, não há que se dizer em dignidade, intimidade, liberdade, todos estes direitos garantidos na constituição ficam inutilizáveis se não houver vida. O direito a vida, além das constituições estudadas neste trabalho, Brasil e Portugal, encontram amparo também na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, que Brasil e Portugal são signatários.

Nos ditames centrais da convenção americana de direitos humanos, assim como nos diplomas constitucionais garante-se que nenhum indivíduo será arbitrariamente privado de exercer o direito a sua própria vida, consistindo a vida no salutar direito inerente aos direitos da personalidade.

Sendo assim, enquanto nascituros, isto é, a partir da concepção, já se tem personalidade, em razão de se já se ter vida, merecendo este ser proteção aos direitos dela decorrentes. Contudo, não há, neste momento, a personalidade jurídica, que só será adquirida no momento do nascimento com vida.

Portanto, dois momentos distintos devem ser considerados: o da aquisição dos direitos da personalidade humana, que ocorre com a concepção, e o exercício do aspeto patrimonial destes direitos, permitido após o nascimento com vida. Desta forma, se estiver diante de direitos inerentes à personalidade humana, como a vida, a integridade física, a partir da fecundação, o embrião estará protegido.

Se, por outro lado, estiver diante de direitos patrimoniais decorrentes da personalidade, como por exemplo, o direito de o nascituro receber uma doação ou um suposto direito sucessório que lhe compete, não sobram dúvidas que é necessário nascer com vida para o exercício destes direitos.

Mesmo não havendo na Constituição da República Portuguesa e na Brasileira estabelecido a partir de que momento se deve passar a proteger a vida, o Pacto de San José da Costa Rica, em seu artigo 4º, preconiza que a vida deve ser protegida desde a concepção, pelo fato de já se ter vida, razão pela qual já se tem personalidade, carecendo, portanto, de toda proteção.

Artigo 4º - Direito à vida:

- Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente⁴⁵.

Certo é que, em todo o ordenamento jurídico, tanto do Brasil, como de Portugal, a maior preocupação sempre foi proteger a pessoa, a dignidade da pessoa humana. Em decorrência disso, os diplomas constitucionais trouxeram a proteção aos direitos da personalidade, inclusive, os elevando ao patamar de Direitos Fundamentais.

Muitos dos direitos fundamentais são direitos da personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos da personalidade. Os direitos da personalidade, conforme já acima delineados, são aqueles inerentes à pessoa, tais como a vida, a imagem, a integridade física, a honra, entre outros exemplos.

A dignidade da pessoa humana, que alguns a classificam como sendo um princípio, em realidade é um postulado, porque não é passível de relativização, isto é, não se pode, em momento algum, flexibilizar a vida em detrimento de outros direitos fundamentais.

Em que pese não haver hierarquia entre os direitos fundamentais, certo é que a vida é o direito da personalidade mais importante de todos, até porque, ao suprimir a vida, não mais se poderá exercitar qualquer outro direito fundamental.

Importante destacar que a proteção à dignidade da pessoa humana, de tão importante que é, norteia a ordem constitucional de Brasil, Portugal e todas as demais nações, tais como

⁴⁵ BRASIL. Presidência da República - **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. [Em linha]. [Consult. 22 mar. 2021]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm.

Alemanha, Itália, entre outros, inclusive, é o primeiro dispositivo da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A posição em que se verifica esta proteção nas mais importantes constituições do mundo não é mera coincidência, tem uma razão de ser: a dignidade da pessoa humana passa a ser um vetor a partir do qual devem todos os demais princípios e todo o ordenamento processual ser interpretado. Neste sentido, não é possível que se leia a constituição sem que seja orientado pela dignidade da pessoa humana.

Reconhecer a dignidade da pessoa humana nada mais é do que considerar que resguardar a pessoa humana que seus direitos inegociáveis, irrenunciáveis e não comportam relativizações. A pessoa tem valor central no sistema de direitos e por ser fonte de múltiplas potencialidades, a pessoa merece um tratamento diferenciado não podendo ser equiparada a um objeto.

Neste interim, não se deve permitir a ponderação de valores sobre a vida e outro direito, as ordens constitucionais dispensaram o melhor tratamento e mais ampla proteção aos direitos fundamentais, equivalentes aos direitos da personalidade.

Desta forma, a ordem constitucional de Portugal e Brasil, principalmente após o término da segunda guerra mundial, passaram a dar a mais irrestrita e ampla proteção ao homem, velando cada vez mais sobre o postulado da dignidade da pessoa humana, e, é com total obediência ao postulado da dignidade da pessoa humana que passamos a tratar de um dos direitos da personalidade: a vida do nascituro.

O direito à vida é o mais importante dos Direitos da Personalidade, encontrando-se consagrado nas cartas constitucionais de diversos países, tais como Brasil, no Artigo 5º da Carta Magna, e Portugal, no Artigo 24 da Constituição da República Portuguesa, este, inclusive, preconizando sobre a inviolabilidade do Direito à vida e já definindo que em momento algum haverá pena de morte na República Portuguesa.

Para ordenamento jurídico português não há qualquer hipótese de se relativizar o Direito à vida, diferentemente do Brasil, que permite a pena de morte, por exemplo, em casos de guerra.

Sobre o assunto, interessante a visão do professor Pedro de Pais Vasconcelos que “O direito à vida é o mais importante dos direitos da personalidade. Está formalmente consagrado no artigo 24.º da Constituição da República que declara “a vida humana é inviolável” e que “em caso algum haverá pena de morte”.⁴⁶

⁴⁶ VASCONCELOS, Pedro Pais de. Op. Cit. p. 68.

Ademais, a inviolabilidade do Direito à vida é cláusula pétrea, isto é, são direitos que não podem em hipótese alguma ser suprimidos das ordens constitucionais destes países; podem até comportar algumas alterações, mas de forma alguma poderão ser abolidas dos ordenamentos constitucionais. São decorrentes do direito à vida do nascituro, ou da inviolabilidade deste, o crime enquadrado como aborto.

Em Portugal o aborto foi integralmente proibido até o ano de 1984, quando a nação lusitana passou a relativizar o instituto. Com advento da lei nº 6/1984, que alterou a redação dos artigos 139.º, 140.º, 141.º, se estabeleceu a excludente de ilicitude concedendo permissivo à interromper de forma voluntária a gravidez nas situações de risco de morte pela grávida, decorrente de problemas de saúde, e, até mesmo em casos de malformação do feto e, por fim nos casos da gravidez resultante de uma violação.

Artigo 140, Lei 6/84:

1. Não é punível a interrupção da gravidez efetuada por médico ou sob sua direção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando:

- a) Constituir o único de remover perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida;
- b) Se mostrar indicada para evitar perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida e for realizada nas primeiras 12 semanas;
- c) Houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congénita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez excepcionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo;
- d) Haja sérios indícios de que a gravidez resultou de violação da mulher, e seja realizado nas primeiras 12 semanas de gravidez.⁴⁷

No ano de 1997, 13 (treze) anos mais tarde, entrou em vigor lei n.º 90 de 30 de junho de 1997 que previu a dilatação do prazo para a interrupção da gravidez em casos de malformação fetal de 12 (doze) para 24 (vinte e quatro) semanas e nas situações que confirmarem que a gestação decorre de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual da mulher.

Entretanto, Portugal adotando postura extremamente liberal neste caso, em forte apelo, inclusive da população local, após referendo no ano de 2007 fez incluir a alínea “e)” no artigo 142.º do Código Penal que passou a prever que não se pune a interrupção da gravidez quando for realizada, por opção da mulher, nas primeiras 10 (dez) semanas de gravidez.

⁴⁷ ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA - **Diário da República eletrônico Nº 109/1984**. Lei nº 6/84, de 11 de maio de 1984, .p. 1518-1519. Série I de 1984-05-11. Disponível em http://bdjur.almedina.net/item.php?field=node_id&value=106871

No entanto, tal dispositivo ainda rende muitas polêmicas e críticas a esta permissão, notadamente sobre o direito ao corpo, da mulher, e quem contraria este entendimento, se ampara na proteção à vida do nascituro, aquele que já tem vida intrauterina, aquele que já detém seu patrimônio genético.

Em estudo comparado, o Brasil de fato parece ter parado no tempo, tendo em vista que apenas permite o aborto nos mesmos casos previstos da legislação portuguesa de 1984. No entanto, não se tem a certeza de que a inércia legislativa do Brasil sobre o assunto seja um erro.

Em alguns pontos a conduta da ordem brasileira pode causar confusão no entendimento. Isto porque o Brasil, conforme já delineado, passou a permitir o aborto em casos de risco de morte para a grávida em virtude de problemas de saúde e também em casos de estupro, mas custou muito a permitir aborto sobre o embrião que comprovadamente sofrerá de malformação, como o caos do feto anencéfalo, aquele que não construiu seu cérebro e certamente será retirado do ventre materno sem vida.

De facto, parece existir um contrassenso porque em algumas situações o ordenamento jurídico brasileiro passou a proteger exclusivamente os interesses da mulher, como nos casos de estupro, em que se permite a interrupção da vida daquele feto, mas em outra circunstância, entendia como crime o aborto do feto anencéfalo, em total e exclusiva proteção ao feto malformado.

O artigo 128, I e II do Código Penal Brasileiro sempre gerou discussão, não pelas suas permissões, mas por suas vedações, principalmente no tocante ao aborto eugênico no caso de feto anencéfalo, uma vez que este frequentemente nasce sem vida, sempre sem atividade cerebral, não se encontrando registros de feto anencéfalo que tenha nasceu e vivido mais de um dia.

A Anencefalia consiste numa malformação específica do embrião, que se detecta a ausência do encéfalo.

O tema sempre foi de grande celeuma, porque a gestante já é sabedora que seu feto nascerá sem vida, ou, se vier ao mundo, não sobreviverá mais de 24 (vinte e quatro) horas, mesmo assim não poderia interromper esta gravidez.

Ainda sobre o aborto eugênico, que visa interromper a gravidez de feto anencéfalo, em julgamento de ação por descumprimento de preceito fundamental – ADPF 54, o Supremo Tribunal Federal – STF considerou que o aborto de feto anencefálico não é crime, é fato formalmente atípico. Se o fato é atípico, não há crime.

A conclusão da Suprema corte brasileira, STF, decorre do fato de o crime de aborto pressupõe vida em potencial do feto, o que não se constata na gravidez de embrião anencefálico, razão pela qual decidiu pela excludente de ilicitude neste caso.

No julgamento do caso, o Ministro relator, Marco Aurélio (2012)⁴⁸ asseverou que: “o feto anencéfalo é incompatível com a vida e por isso não é proporcional defender o feto – que não vai sobreviver – e deixar sem proteção a saúde da mulher – principalmente a mental;” Nesse caso, se existisse qualquer processo criminal em andamento por conta de interrupção da vida de feto anencefálico, o resultado da ADPF que deixou de considerar o crime, configura-se certamente numa *abolitio criminis*, que é expressão utilizada para identificar a modificação de conduta típica, por tanto, punível, em um fato atípico, impunível, que se verifica quando específico comportamento que anteriormente se qualificava como crime, deixa de ter tipicidade em virtude da novidade legislativa, o que transforma aquela ação em fato atípico.

Causa estranheza o fato de que, no aborto sobre a gravidez que decorre de crime contra a liberdade sexual e autodeterminação sexual, isto é, no aborto que decorre de violência sexual o feto poder estar saudável e certamente nascer com vida, mas se permitiu a morte deste indivíduo, e nos casos de fetos não saudáveis e que certamente nascerão sem vida, não se pode interromper a gestação.

Neste exemplo, não se discute a modalidade de gravidez, até porque ninguém planeja obter uma gestação que decorra de ato sexual violento e involuntário, mas sim a saúde do feto.

Por conta disto, é que se encontra enorme dificuldade em trabalhar com o tema, isto porque não se entende o que se está a proteger, a manutenção ao corpo da genitora ou a vida do nascituro. Verifica-se esta afirmação, quando se permite interromper a vida do nascituro decorrente de crimes sexuais em face da mulher, pois claramente neste caso se defende os direitos da gestante, até porque o feto pode estar saudável, mas está destinado morrer.

De outro lado, quando se falava de feto anencéfalo, este, mesmo sem atividade cerebral não poderia ser abortado, situação que claramente se buscou proteger o nascituro e não os direitos da mulher.

Em decisão de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal – STF, corte máxima do Judiciário brasileiro, decidiu pelo permissivo do aborto do feto anencéfalo e assim vigora atualmente.

⁴⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **Arguição por descumprimento de preceito fundamental n. 54/DF**, de 12 de abril de 2012 – [Em linha]. [Consult. 30 mar. 2021] Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ANENC%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h8n8sqt>

2.3 O direito da mulher em estado gravídico

Indiscutivelmente um dos temas de maior repercussão em qualquer ordenamento jurídico, Portugal e Brasil, adotaram posturas diferentes acerca do tratamento ofertado aos direitos da personalidade.

O que se pretende inicialmente aferir é que direito se estará a defender: o direito da gestante fundamentada no direito a dispor livremente do seu corpo ou o direito à vida do nascituro?

Da forma já acima estudada, as ordens jurídicas de Portugal e Brasil guarnecem de proteção os direitos do nascituro, ou seja, do fato desde a concepção. A Constituição da República do Brasil assegura que é dever de toda a sociedade prover os menores, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à educação, à dignidade, dentre outros direitos. Estas não são disposições constitucionais carentes de regulação, já provém produzindo seus efeitos jurídicos, responsabilizando qualquer agente por eventual desobediência a estes direitos.

Mesmo sem que possam hierarquizar-se os direitos fundamentais, temos o direito à vida, estampado no artigo 5º da Constituição Federal brasileira vigente como sendo o principal deles, pois certamente sem este não se poderá exercer os demais.

Incumbe à República garanti-lo, priorizando duas convicções, uma diretamente ligada ao direito a estar vivo e assim se manter e a outra ao direito de gozar de uma vida digna. Portanto, o assunto vida se faz tão complexo que não pode apenas apoiar-se no sentido biológico da vida humana, pois qualquer pessoa que ao nascer não recebe o amor de seus genitores, certamente se desenvolverá em condições não saudáveis, afetando o estado psicológico daquele.

Nesta órbita, impor a manutenção desta criança vivendo com genitores que a rejeitaram desde o nascimento, e, se calhar, desde a concepção, é uma afronta flagrante aos direitos fundamentais do filho.

Nesta toada, com relação aos direitos da mulher grávida, a futura mãe, entende-se que da mesma forma acima narrada, mas agora com a visão do outro lado da situação, o direito também a resguardará, pois, a mãe grávida tem garantido pelos mandamentos constitucionais o exercício de seus direitos fundamentais

Fato é que o debate acerca da manobra abortiva é reconhecidamente a colidência entre os direitos do feto e da mulher grávida. Por um lado, os defensores do nascituro, aqueles do movimento contra o aborto sustentam que a vivente do ventre materno tem direito à vida e quando a gestante opta pela prática abortiva, estará a privá-lo deste direito.

De outra vista, os adeptos do direito à liberdade de escolher, defendem que a mulher tem direito de abortar a qualquer momento, independentemente da fase gestacional em que se encontre. A proibição legal do aborto parece prejudicar o direito a autonomia da mulher e o controlo sobre seu próprio corpo.

A autonomia clama o direito da mulher em escolher o que fazer com seu próprio corpo, não se permitindo nenhuma hipótese de interferência que inviabilize o exercício desta autonomia. Desta feita, se a vedação a prática abortiva fere a autonomia da mulher, tal proibitivo não se afigura legítimo.

Levando em consideração o arcabouço legislativo atual de Brasil e Portugal, assevera-se que os direitos humanos são possíveis de alcançar os fetos, com vistas a preservar a sua personalidade e seus valores

O projeto brasileiro atualmente em discussão prevê que, nas primeiras 12 (doze) semanas em estado gestacional, todo o assunto aborto deve ser resolvido em respeito à liberdade da grávida, nesta hipótese, tratamos da liberdade de agir, ressalvados os casos em que se verifique uma possível violação a direito do feto que em seu útero vive e do do direito do pai que juntamente com a genitora contribui com seu material genético para a concepção.

Assim, a opção da mulher em abortar não pode ser legítima quando tenha em vista exclusivamente o respeito pelo seu direito como mulher e sua autonomia para preservar seu corpo. Mesmo porque o eventual direito de preservar seu próprio corpo é considerado muito vago, e bastante impreciso.

Ademais, quando se questiona o aborto pautado apenas na hipótese da autonomia da mulher, inevitavelmente se estará a ignorar a de aspetos de alto relevo, como no caso de se pretender permitir o aborto e desprezar a evolução da vida humana.

Desta forma deve-se tomar em conta que a vida intrauterina em estágio mais avançado possui mais valor genético e probabilidade de sobreviver do que aqueles em fase inicial.

A ordem jurídica de Portugal exclui a ilicitude do aborto quando praticado a pedido da mulher nas 10 (dez) primeiras semanas de gravidez, independentemente da existência de qualquer indicação médica. Ultrapassada aquela idade gestacional, o aborto necessita de invocação de determinada indicação, de específicas situações, tal qual aquelas estampadas nos códigos penais português e brasileiro, como no caso de risco de morte da mãe grávida, malformação do feto e aquelas circunstâncias em que a gravidez decorra de violação ou outro crime contra a liberdade ou autodeterminação da mulher até as 16 (dezesesseis) semanas da gestação.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, diz que:

A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique a outrem. Assim, o exercício dos direitos naturais do homem não tem limites, senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos; seus limites não podem ser determinados senão pela lei.⁴⁹

Em senso comum, o que quis dizer a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, é que no uso de sua liberdade, faça tudo aquilo que não afete a outras pessoas, é como se diz no Brasil em forma de ditado popular: “seu direito termina, quando começa o do outro”. Por conta disto é que temos esta contenda interminável. De um lado o interesse da mulher em exercer sua liberdade, de outro lado, a preservação à vida do feto.

Para que se afaste qualquer interpretação contraditória, é razoável destacar que a técnica de ponderação de direitos acima estruturada, opera-se quando dois ou mais indivíduos pretendem exercer seus garantidos direitos, não sendo permitida qualquer analogia no sentido de se validar que proibitivos legais sejam aplicados nas técnicas de ponderação de valores.

O que discute neste capítulo é o direito que a genitora tem de abortar espontaneamente até as 10 (dez) semanas de gestação, e, o direito a proteção da vida daquele vivente do útero desta gestante.

Comungamos da ideia de que existem diversos métodos contraceptivos, contudo, o aborto não deve ser um deles e por razões aparentemente cristalinas haja vista a violação ao direito à vida.

Permitir o aborto até a décima semana de gestação pela mulher que ostenta saúde é banalizar a morte. A mulher passou a ter mais um método contraceptivo, agora ganha mais uma possibilidade.

Neste confronto entre os direitos fundamentais, liberdade da gestante versus direito à vida do feto, não que se tenha que ter um vencedor, mas banalizar a derrota de um, parece uma ofensa aos ditames constitucionais destas ordens tão conservadoras, Portugal e Brasil.

Entendemos o pleito de grupos feministas e respeitamos a ideia de se permitir o aborto. No Brasil, o tema tem amparo no forte argumento de ser a nação que mais realiza abortos clandestinos no mundo, o que certamente leva a morte aquela grávida, que procurando não ser enquadrada no ilícito, se esconde e promove o fato típico em situações insalubres que não lhes resguardam a segurança, correndo risco de morte ao filho que está em seu ventre, como também a própria gestante que induz o aborto.

⁴⁹ **Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789** - [Em linha]. [Consult. 21 mar. 2021]. Disponível em <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>

Mesmo com este argumento, a legislação brasileira ainda pune o aborto, pois ainda é considerado crime, e, entendemos que o argumento de que muitas mulheres morrem ao fazer abortos em clínicas médicas clandestinas é frágil para modificar o Código Penal e entender pela permissão do aborto quando a mulher em estado gestacional em perfeito estado de saúde seu e do feto pretender fazê-lo.

Se a sociedade caminhar por excluir o ilícito daquele crime de aborto que muito acontece, teremos que passar a permitir o roubo, porque muito acontece e em muitas vezes o autor de fato é morto numa legítima defesa, logo, para evitar sua morte, permite-se o roubo, pois assim ninguém mais morrerá quando estiver a roubar. Os argumentos são vulneráveis e permitem criar hipóteses que chegam ao indesejável jurídico.

Brasil e Portugal, enfrentam com preocupação o tema e buscam trazer a proteção aos direitos da mulher, sem esquecer, ainda que timidamente, que dentro de seu útero tem um coração a bater.

Permite-se pensar que se a gestante que voluntariamente solicita o aborto é obrigada a fazer por três dias o chamado acompanhamento psicológico, é porque, mesmo permitido, ainda há movimento contrário à prática. Isto porque certamente o auxílio psicológico buscará reverter àquela decisão da mãe grávida de interromper a vida de seu filho.

Nos casos de gravidez decorrente de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual até 16 semanas de gestação, é também permitido o aborto. E, por fim, é permitido, a qualquer tempo, nos casos de risco de morte à mãe grávida. Tais definições trazidas pela legislação portuguesa geram ainda certo desconforto, pois não se definiu critérios para estabelecer o porquê de as 16 semanas serem o limitador nos casos de aborto decorrentes de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual. A pergunta que fica é: após as 16 semanas, deixou de ser estupro?

Ante aos argumentos expostos, percebe-se que a questão das permissões da prática abortiva, vêm ao longo dos últimos anos passando por muitas transformações. É possível, concluir que o judiciário, na omissão do legislativo precisou intervir em alguns casos, especialmente no Brasil, tendo em vista obter diploma normativo penal defasado, antigo, que não era capaz, por exemplo de prever o aborto anencefálico como excludente de ilicitude, tendo em vista que na altura da confecção daquele código, sequer era possível examinar o feto de tal modo a testar sua potencialidade vital.

Além disso, outro complicador desta permissão da legislação portuguesa é que a interrupção voluntária tão somente dependa do requerimento da mãe gestante. Há que se dizer que, já sendo concebido o feto fadado a morrer, ele já tem vida e, se já tem vida, já possui um

pai. A grande questão é destacar que a desnecessidade de autorização do genitor faz com que este perca seu direito de ser pai, ou seja, não poderá evitar a morte de seu próprio filho.

Entendemos que se for permitir o aborto voluntário, que seja com o consentimento do pai. O que não é razoável é uma única pessoa resolver acabar com a vida de um filho e tirar o direito de ser pai daquele progenitor.

Cabe a discussão focar somente no direito à paternidade, que foi a proposta para esta dissertação, no entanto, ao vedar o direito do progenitor de ser pai, fere-se por equiparação os direitos dos avós, tios, primos, enfim.

Em conclusão, Portugal já tomou sua decisão quando permitiu os casos de aborto e fixou patamares temporais para a realização, todavia, é bem certo que o tema ainda rende inúmeros debates e está longe de acabar.

É flagrante que este direito da gestante está a violar direitos de outrem, notadamente nos casos do filho que perde sua vida, e, do pai que se quiser exercer a paternidade, será impedido sem sua oitiva, apenas com a vontade unilateral da mãe.

2.4 O Direito do pai em participar na decisão quanto à interrupção da vida de seu filho

Sempre que se fala em aborto, a discussão centra-se nos direitos da mulher e sua liberdade de escolher prosseguir com a gestação ou não, assim como há quem contrarie essa proteção sustentando ser o nascituro aquele que deve ser protegido. Por muitos anos, foi ignorada a função do progenitor nas decisões relativas ao nascimento de seu filho. Inegavelmente sempre ficou a cargo da mulher, nos países em que se permitiu o aborto, tais como, França, Espanha, Argentina, etc., opinar se deveria ou não manter sua gestação ou interrompê-la com a prática abortiva.

A hipótese do aborto espontâneo, aquele em que a grávida sem qualquer indicação médica em razão de riscos a sua saúde e de seu filho, em Portugal é permitido até a 10ª (décima semana de gestação). Essa espécie abortiva é que nos causa impacto é objetiva esta dissertação de mestrado, e, sobre isto diversos grupos defensores dos direitos das mulheres, espalhados pelo mundo sustentam que a conduta abortiva é algo inerente tão somente às mulheres, não cabendo ao homem, especificamente o pai, a interferir em absolutamente qualquer questão.

Esta configuração é uma prova do afastamento aos homens, no que tange ao exercício de seu direito à paternidade, sendo certo, inclusive que esta concepção é flagrantemente discriminatória.

Por clarificadas razões, os movimentos em prol da liberação do aborto espontâneo, afastaram os direitos do pai, consistindo em ideal de que se o corpo que gera o feto é da mulher, somente a ela reside o direito de escolha e a decisão sobre manter a gestação. Neste sentido, o que se verificou em todos os países que permitiram o aborto é que aos homens, pais, só são conferidos os eventuais deveres sobre o feto que se mantém no ventre da mãe, um verdadeiro desacato ao postulado da dignidade da pessoa humana em relação aos pais, que não terão o direito de usufruir da paternidade.

O aspeto que se verifica é que a atuação omissa ou quiçá isenta dos pais, que sempre limitados em no seu direito de exercer a paternidade, sem lutar para interromper a vontade exclusiva da mulher em interromper a gestação, impedindo gozar do seu direito de ser pai, estará renunciando ao seu direito fundamental de ser pai, por esta razão o pai deve envidar seus esforços para que exerça o seu direito e alcance sua opinião e direito de manifestação resguardados nos ordenamentos jurídicos, especialmente português e brasileiro..

De facto os pais são obrigados a contrair responsabilidades em virtude da paternidade, o que não nos parece equivocado, entretanto, o que se pretende é conceder seus direitos na equivalência de seus deveres, garantindo-se ao progenitor a intervenção na realização do plano familiar e parental. Contudo, concretizar a paternidade atualmente é situação que depende exclusivamente da mulher gestante, esperando que ela leve sua gravidez até o final, assim, na condição de pai, e, portanto, sujeito de obrigações e direitos, este contribuiu geneticamente para a formação fetal, razão pela qual é detentor do direito de opinar pela interrupção da gravidez.

Portanto, se o pai já possui obrigações sobre o nascituro, já deve ter direito de proteger seu filho da morte, ou, ao menos, opinar sobre o aborto. Há que se dizer da forte violação ao princípio da igualdade, inclusive, pois o pai não pode se recusar à paternidade, por sua vez a mãe, bastando seu simples requerimento está autorizada a deixar de ser mãe por simples preservação de seu corpo fundamentado no seu direito de autodeterminação.

Ao destacar o princípio da isonomia, ressalta-se que na visão moderna deste princípio, a igualdade deve ser vista de forma ampla, de forma a garantir igualdade aos iguais e desigualdade para os desiguais, preservando suas proporções.

Neste âmbito, inegável e comemorável as conquistas das mulheres no que se refere a seus direitos. No entanto, é de se reconhecer que todas as conquistas dos direitos das mulheres vieram equilibradas com as medidas de seus deveres, identificando que se as mulheres teriam tais deveres sobre determinada situação, deveria também obter direitos, é o que se busca amparar para o pai nos casos da ausência de opinião nas práticas abortivas decididas unicamente pela mulher grávida.

Logicamente se determina essa busca, porque o pai tem o dever de custear os alimentos gravídicos, tem o dever de pensionar a mãe e o filho, não tem o direito de se recusar a paternidade, mas de outro lado, não possui o direito de opinar no caso de aborto e conseqüentemente usufruir do exercício à paternidade.

Neste sentido, buscaremos resolver aquele conflito de interesses existente entre o direito da mulher e o direito do nascituro, e, agora, o Direito do pai.

Merece destacar que a questão a ser discutida é concernente àquele aborto voluntário, em que as situações apresentadas aparentam ser as mais favoráveis possíveis ao desenvolvimento do feto.

O cerne da questão atraiu a curiosidade de diversos filósofos, como Platão, que sempre defendeu o aborto nos casos de gravidez após 40 (quarenta) anos de idade da gestante.

Lúcio Aneu Séneca, filósofo espanhol de grande reconhecimento naquela altura, articula que era comum as grávidas realizarem os abortos com o objetivo de preservar a beleza de seu corpo.

Entretanto, “quando um habitante de Roma se opunha ao aborto, era para obedecer à vontade do pai, que não queria ser privado do seu filho, sobre quem ele detinha direito de vida e de morte.”⁵⁰

Constata-se que a discussão central desta obra não pode ser considerada uma novidade da sociedade contemporânea. As mais antigas civilizações já debatiam com veemência a realização do aborto e suas razões, passando por tempos, certas vezes mais liberais e outros mais restritivos para aquela prática.

Entretanto, destaca-se a passagem acima aludida em que Séneca nos historiou que o homem poderia impedir o aborto caso quisesse exercer a paternidade. Naquela Roma antiga, portanto, o homem decidia sobre o destino de seu filho em estado embrionário, se vive ou se morre.

Este é o ponto que parece não ter sido tão bem reproduzido nas sociedades modernas, e, é o motivo deste trabalho, que nunca pretendeu discutir se o aborto é ou não crime, certamente que temos nossa posição a respeito, mas esta questão não é a mais importante neste momento. Busca-se alcançar os direitos do pai, que como aponta o filósofo espanhol, em algum momento participava das decisões a respeito do destino da vida daquele feto, no caso, seu filho.

⁵⁰ MUTO, Eliza; NARLOCH, Leandro – *Op. Cit.*

A sociedade mais atual, que incessantemente discute o tema aborto: permitir ou não? É crime? não é crime? Autonomia da mulher e preservação de seu corpo ou proteger a vida do nascituro?

A favor ou contra, não é isto que se discute nesta oportunidade, fato é que as teorias que se enfrentam buscam tratar de direitos da mulher ou do feto, mas parecem olvidar de que aquela mãe grávida, para assim estar, relacionou-se com um homem, que por via de consequência é o pai daquele feto, e, certo dizer que poucos defendem o direito à paternidade.

É direito do pai opinar pela vida de seu filho, ainda que em vida intrauterina. O que se pretende é ao mínimo a oitiva do pai, que deve opinar sobre o fim da vida de seu filho até a décima semana de gestação da mãe grávida em perfeito estado de saúde.

O que não nos parece isonômico é o permissivo atual, em que a genitora, ostentando saúde, por sua única, exclusiva, livre e espontânea vontade pode interromper a vida daquele feto, restando, nesta circunstância, ao pai, apenas aceitar a morte de seu filho, sem sequer ter tido a oportunidade de defendê-lo.

Fato é que O ordenamento jurídico português atualmente, prioriza até às 10 (dez) primeiras semanas de gestação, a autodeterminação da mulher independentemente da vontade do pai.

No entanto, defendemos que a realização da prática abortiva sem a prévia anuência do genitor, incontestavelmente gera a este o direito de ser reparado, pois, além da irreversibilidade lesiva, atinge além do pai as famílias e a sociedade em geral.

No entanto, tem-se como centro desse ato ilícito, o pai, que será privado de ter o seu filho (esperado), conviver com ele, exercer o poder familiar, compor a linha sucessória um para com o outro, além do dano moral em face do pai (código civil português – artigo 483).

De tal modo, não há argumento jurídico ou possível que justifique a prática do ato ilícito, criminoso, em se tratar de uma sociedade evoluída, com meios de comunicações atuantes informando as consequências de relações sem proteção, sendo assim, aquele que o cometer deverá indenizar o ofendido na medida possível satisfatória, o que jamais ocorrerá nessa tentativa de indenizar o pai pelo aborto cometido sem o seu consentimento⁵¹.

É decerto que a perda de um filho não tem valor que se aproxime de suprir esta ausência, é cristalino o entendimento de que nada e qualquer valor acalente o coração de um pai que foi impedido de exercer a paternidade. Mas não é isto que justifica a conduta abortiva em decisão unilateral pela mãe, nem mesmo é isso que a afastará do dever de indenizar.

⁵¹ Deamartine & Borges **Indenização ao pai por aborto cometido sem seu consentimento**. 2018. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/64101/indenizacao-ao-pai-por-aborto-cometido-sem-seu-consentimento>

Neste aspeto, o Código Civil Português preconiza que aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação. (código civil português – artigo 483). Na mesma trilha está o código civil brasileiro que reza pela responsabilização daquele que causar danos a outrem.

O aborto por se tratar de um crime previsto no Código Penal Brasileiro, em seu artigo 124, e como a maioria dos crimes tipificados no referido código, existe a possibilidade de acarretar ilícitos na esfera civil em que o conceito de ato ilícito é mais abrangente.

Faz-se mister analisar o artigo 186 do Código Civil, que disserta sobre o que é ato ilícito: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Ainda segundo os referidos autores:

Portanto, o aborto, além de ser uma conduta delituosa do ponto de vista penal, pode ser vislumbrada a ilicitude na seara civil, pois não resta dúvidas que essa conduta acarretará danos incomensuráveis, não só ao pai do nascituro, mas também aos seus avós, que de certa forma, aguardavam a sua chegada.

Pois bem, como o próprio artigo legal mostra, não há necessidade alguma de haver dano material para se configurar o ato ilícito, por entender o legislador o dano moral ser tão importante como o dano material, e diante do dano, decorre a obrigação de indenizar, conforme o artigo 927 do Código Civil, que dispõe que aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.⁵²

Tendo em vista os dispositivos legais citados, resta incontestemente que o aborto feito pela mãe é um ato ilícito, gera danos (morais), e é reconhecida a obrigação de indenizar, em virtude de que não só o nascituro foi ofendido em seu direito à vida, mas o pai também foi lesado, à medida que houve uma expectativa investida no momento que foi confirmada a gravidez. Da mesma forma que a mãe cria um laço de afeto durante a gestação, o pai também se envolve com o nascituro, tendo em vista que para eles o filho já existe⁵³.

Neste aspeto, a perda é tão trágica que retirar o direito de um pai a exercer a paternidade, ainda que seja reparado não há qualquer reparação capaz de suprir a ausência de um filho.

O princípio da reparação integral, por exemplo, possui por finalidade repor o ofendido ao estado anterior à eclosão do dano injusto, assumindo a árdua tarefa de transferir ao patrimônio do ofensor as consequências do evento lesivo. “Porém, diante de trágica situação, prática do aborto, vê-se a possibilidade de reparação, mas não integral, pois patrimônio algum irá conseguir reparar as consequências do seu ato ilícito causado não só ao pai, mas às famílias e a sociedade como um todo.”⁵⁴

⁵² *Ibidem*

⁵³ *Ibidem*

⁵⁴ *Ibidem*

Esse princípio está previsto no próprio Código Civil Brasileiro, em seu art. 944: “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

O dispositivo resguarda o direito do ofendido em ter a restituição integral, mas o fato é que, nesse caso, de aborto praticado sem o consentimento do pai, há como medir a extensão do dano? A priori deverá ser amparado com a indenização, de forma ao menos amenizar o dano causado, contundo, impossível repará-lo de forma absoluta. Sendo certo que nunca haverá reparação integral⁵⁵.

A compensação importaria em uma determinação diretamente ao conteúdo do que se pretende amenizar. Ou seja, deve-se haver a delimitação do conteúdo que será reparado pelo agente delituoso, nesse caso, a gestante que abortou.

Não obstante, o conteúdo nesse caso seria a vida, que foi cessada ainda no estágio intrauterino, mas até o presente momento, não se sabem como devolver a vida, logo, há a impossibilidade de reparação integral por dano de aborto.

Sobre a responsabilização civil daquela gestante que por livre e espontânea vontade resolve interromper a o desenvolvimento fetal sem o consentimento prévio do genitor, está a ordem jurídica do estado do Alabama, Estados Unidos da América, que recentemente, no ano de 2019 proferiu decisão condenando a mulher que abortou sem avisar ao pai, aos danos morais por ele suplantado, e, a clínica em que realizou o aborto sem a oitiva do genitor.

Em março de 2019, o americano Ryan Magers, judicializou junto à corte de justiça do estado do Alabama, Estados unidos da América, demanda em face da clínica em que sua companheira à época realizou conduta abortiva e ceifou vida intrauterina sem o consentimento do Autor da demanda (Ryan). O tribunal do Alabama reconheceu o direito do pai que distribui a demanda em nome próprio e representando o filho morto.⁵⁶

Na ordem portuguesa atual ao examinar os ditames legais, a hipótese ocorrida em Alabama jamais ocorreria, haja vista que a inovação legislativa decorrente do referendo de 2007 autorizou o aborto induzido pela mãe em perfeitas condições de saúde, ignorando a opinião do pai.

No dito popular, afirma-se que o ordenamento normativo português mudou da água para o vinho. Saiu de um *status* conservador e restritivo para um demasiado liberal. É certo que a mudança não se deu às pressas, durou quase 30 (trinta) anos a se chegar ao ponto em que

⁵⁵ *Ibidem*

⁵⁶ ASSIMIUS, Ashley - **Alabama Supreme Court Upholds Dismissal of Abortion Lawsuit Against Huntsville Clinic**, 2020. [Em Linha]. [Consult. 29 marc. 2021]. Disponível em <https://www.waaytv.com/content/news/Alabama-Supreme-Court-upholds-dismissal-of-abortion-lawsuit-againstHuntsville-clinic--572925041.html>

estamos, a mulher grávida decidir sem o consentimento ou opinião de qualquer pessoa, nem mesmo o pai.

Foi por intermédio da Lei nº 6, de 11 de maio de 1984, que até então versava por todo um lastro proibitivo, que aconteceu, pela primeira vez, a permissão, mesmo que só para determinadas situações pontuais e em nada relacionados com o direito à liberdade de escolha da gestante.

Em 1997, ainda sem conceder à mulher qualquer possibilidade de decidir sobre o aborto, a lei portuguesa teve seu entendimento ampliado, com vistas específicas a abordar a possibilidade de se interromper a gravidez nos casos de malformação fetal e nas gravidezes que decorressem de violência sexual.

Dez anos mais tarde, no ano de 2007, Portugal dá mais um passo, e, após resultado de pleito formulado em referendo nacional, adota posição extremamente liberal, garantindo às mães grávidas o direito de abortar até as dez primeiras semanas de gestação, inclusive merecendo a mais ampla e integral proteção estatal.

Nos casos em que se opta por abortar voluntariamente, isto é, sem qualquer motivo justo, pela simples vontade da mulher em estado gestacional, o pai fica de lado, sem receber qualquer proteção jurídica, assistindo seu direito ser jogado aos lixos sem nada poder fazer para exercê-lo, nem mesmo se amparar do judiciário para ver seu direito garantido.

Nesta circunstância averigua-se evidente afronta ao princípio da isonomia, a igualdade tão defendida nas constituições das mais variadas ordens jurídicas do mundo. Isto se deve ao fato de se apurar nesta investigação que não cabe ao pai intervir na interrupção voluntária da gravidez, mas poderia o contrário acontecer? Surge ao pai a possibilidade de querer manter a gestação contrariando a autonomia da mãe? Ainda nesta seara, caberia ao pai recusar a paternidade? Pode o pai escolher não ser a paternidade?

A resposta aos naturais questionamentos acima referendados está na própria legislação de Portugal, que de forma cristalina resolve que o genitor masculino está impedido de ingerir na escolha da gestante, resguardando o integral uso da autodeterminação dispensada à mulher dentro dos prazos estabelecidos na lei do aborto. Assim, por força de lei o pai nada tem a fazer quando a mulher resolver interromper voluntariamente a gravidez.

Ademais, "não é punível a interrupção da gravidez efetuada por médico, ou sob a sua direção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida", é o dito no n. 1 do artigo 142 do diploma penal português.⁵⁷

O sentido da lei é claro: Não há qualquer direito garantido ao pai a contrapor a decisão da mãe em dar cabo da vida do seu filho. Há que se destacar que aquele filho que vive no útero materno é filho do pai e da mãe, o que foi esquecido no atual liberalismo das leis portuguesas.

Não se pretende com estes dizeres omitir a importância da mãe sobre um filho, é a mãe que gesta, quem gere. Ao nascer é quem amamenta, é quem sofre no seu corpo todas as modificações decorrentes consequentemente da gravidez, é, inclusive, quem terá que cessar o labor, interrompendo as atividades profissionais. Contudo, a prole é naturalmente fruto do relacionamento sexual de um homem com uma mulher, restando indubitavelmente que aquele filho tem dois progenitores, a conhecer: o pai e a mãe.

Por esta razão não concordamos com a lei portuguesa, que visando amparar a autodeterminação da mulher gestante, deixou de abraçar os direitos daquele que é progenitor masculino, o pai.

Este ficou sem qualquer amparo legal que pudesse exercer na proteção da vida de seu filho na estação intrauterina. É um exemplo clássico de discriminação, o que é veementemente vedado na ordem constitucional da República do Brasil e, também da república de Portugal.

Em caso que deixa exposta a inobservância ao princípio da isonomia frente aos direitos e deveres da paternidade, o Ministério Público de Portugal fundamentando-se na OTM, Organização Tutelar de Menores, ofereceu no Tribunal Judicial da Comarca de Cascais ação comum declarativa contra um pai, peticionando que fosse reconhecido que o menor seja filho daquele que era o demandado.

Na vigência do processo n.º 85/15, o pai apresentou contestação com vistas a recusar a paternidade, alegando que ser forçado a ser pai é uma violação ao direito da personalidade. Teve naquela altura, seu pleito improcedente.⁵⁸

Em razões de recurso, corroborou sua tese sustentando que:

deve ser assegurado ao pai biológico o direito a rejeitar a paternidade como decorrência do livre desenvolvimento da sua personalidade e da reserva da sua vida privada e familiar, tal como se permitiu que a mulher pudesse proceder à interrupção

⁵⁷ BERNARDINO, Ana Luisa - **Aborto, pode um pai interferir com a decisão de uma mãe que quer interromper a gravidez?**. [Em linha]. [Consult. 23 maio 2021]. Disponível em <https://magg.sapo.pt/saude/artigos/aborto-pode-um-pai-interferir-com-a-decisao-de-uma-mae-que-querinterromper-a->

⁵⁸ PORTUGAL. Tribunal Constitucional – **Acórdão N.º 346/2015**. [Em Linha]. [Consult. 27 maio 2021]. Disponível em <Http://Www.Tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150346.html> ⁴⁹ PORTUGAL. Tribunal Constitucional – *Op. Cit.*

voluntária da gravidez até às dez semanas, em nome do seu direito à autodeterminação, sob pena de se verificar uma desigualdade de tratamento, baseada no género.

Esta posição segue a tese defendida por Jorge Martins Ribeiro, em “O direito do homem a rejeitar a paternidade de filho nascido contra a sua vontade. A igualdade na decisão de procriar.

O Tribunal Constitucional Português no voto proferido de relatoria do Conselheiro João Cura Mariano, no acórdão de n.º 346/2015, reforçou a constitucionalidade dos dispositivos legais suscitados e novamente deixou de garantir ao pai o direito de escolha sobre sua paternidade em recusar ou exercer.

É de se chamar à atenção o fato de que o pai não pode recusar a paternidade, mas é fadado a sofrer com a violação ao direito ser pai, quando a mãe por liberalidade dela escolher recusar a maternidade. É garantido à mãe dizer não à maternidade, mas não é garantido ao pai o mesmo direito.

Portanto, inegável é a vulnerabilidade do princípio da igualdade quando à grávida garante-se o direito à autodeterminação em preservação de seu corpo e ao progenitor masculino esse direito não se é garantido quando o filho nascer. O pai não pode recusar a paternidade, caso queira, bem como, não pode ser pai se assim quiser e grávida que com ele se relacionou resolver tirar o filho que vive em seu ventre.

Ademais, não convocar o progenitor a opinar na decisão pela realização do aborto, retira deste cidadão a possibilidade de ser pai, sem sequer ter defendido além do seu direito a paternidade, a própria vida de seu filho, hipótese, que possibilita pleitear, inclusive uma indenização reparatória em face da mulher.

Com origem francesa, o Direito português e também brasileiro não deixa de consagrar em seus ordenamentos jurídicos a perda de uma oportunidade, que se verifica pela impossibilidade de exercer um direito.

Maria Helena Diniz⁵⁹ sustenta que impedir um pai de exercer a paternidade pela prática abortiva, quando a gravidez decorra de ato consentido e a grávida e o feto apresentam estado de saúde satisfatório, se enquadra nos dizeres da teoria francesa da perda de uma chance, devendo condenar a mulher a indenizar o pai.

Esclareça-se que a perda de uma chance tem correlação com uma situação jurídica futura e as possibilidades de exercer aquele direito. Desta forma, a chance que se pretende não perder,

⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 9ª. ed. rev. aum. e. atual. de acordo com Código de Ética Médica. São Paulo: Saraiva, 2009. 9788502075986

para fazer valer a teoria, tem de ser provável, ou seja, estar clara a probabilidade de gozar daquele direito. Desta forma, se a mulher em estado gestacional realiza, ainda que sem consultar a opinião do pai, aborto porque o feto não tem potencialidade vital entendemos ser descabida qualquer pedido de reparação, tendo em vista que o bem jurídico tutelado (exercício da paternidade) não ser provável de acontecer.

Diante disso, somente seria cabível indenizar o pai, quando há alta probabilidade de exercício da paternidade, situação em que o feto está em boas condições de saúde, a gestante não apresenta risco de morte, e a gestação tenha sido consentida.

2.5 A questão da interrupção voluntária da gravidez no Brasil e em Portugal

A interrupção voluntária da gravidez no Brasil em sua atual legislação não pune a conduta abortiva em três situações: *(i)* se a gravidez for de risco à vida da gestante e a única forma de salvá-la for com a interrupção da gravidez; *(ii)* se a gravidez é resultante de estupro; e *(iii)* se o feto for diagnosticado com anencefalia.

A última hipótese passou a ser considerada após a consolidação do entendimento pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, em outubro de 2009, questionando a constitucionalidade da incidência do Código Penal para caso de interrupção da gestação de feto anencéfalo⁶⁰.

Sobre a Arguição por descumprimento de preceito fundamental, necessário nesse estudo comparado abrir espaço para esclarecimentos do que vem a ser medida jurídica. Trata-se de uma das ações que fazem parte do controlo concentrado de constitucionalidade.

De criação puramente brasileira a ADPF é regulamentada pela lei 9.882/99 e tem previsão constitucional. Sempre dirigida ao STF – Supremo Tribunal Federal, corte maior do judiciário brasileiro, se presta a é evadir e dirimir do ordenamento jurídico qualquer ato do Poder Público que viole de qualquer jeito os preceitos fundamentais.

Há que se destacar que a referida medida, em muitos casos, é utilizada de forma equivocada, e, inevitavelmente resulta numa indesejada supressão de instâncias, quando o brasileiro, na figura daqueles legitimados para propor a ação, acabar por levar à corte máxima

⁶⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **Arguição por descumprimento de preceito fundamental n. 54/DF**
Op. Cit.

do judiciário, STF-Supremo Tribunal Federal, questões que deveriam originariamente ser tratadas no legislativo.

Por força deste uso indevido da medida judicial, brasileiros acedem banalmente o acesso ao judiciário. Ocorre que faltam para os juristas que compõem o STF conhecimentos técnicos para deliberar sobre alguns assuntos, razão da necessidade de se suscitar o legislativo, *amicus curiae* e assistentes técnicos, situações que dificultam e acarretam na maior morosidade aos casos que devem ser julgados com maior celeridade, dada sua importância.

A verdade acima se confirma porque pende de julgamento há 04 (quatro) anos, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º. 442, proposta por um determinado partido político (PSOL), então legitimado pela propositura da demanda que pleiteia que sejam declarados, pelo Supremo Tribunal Federal, inconstitucionais os artigos 124 e 126 do Código Penal afastando, assim, a criminalização da mulher e do profissional que realizar em a interrupção voluntária da gestação até a 12ª semana, sustentando que a proibição do direito de escolha representa ofensa aos direitos fundamentais constitucionais de saúde, dignidade e liberdade.⁶¹

A aludida medida proposta escora-se com exclusividade nos direitos de liberdade das gestantes, fortalecendo suas teses no estudo do direito de abortar já estabelecido em outras ordens jurídicas, como a própria legislação portuguesa, holandesa, americana, entre outras, sem, no entanto, entrar no mérito sobre quando começa a vida humana. Ou seja, pretende-se que seja reconhecido que os direitos reprodutivos femininos tenham maior expressão jurídica do que o direito à vida do nascituro.

A Arguição por Descumprimento de Preceitos Fundamentais (ADPF), identificada pelo n.º 442, dirigida ao STF – “Supremo Tribunal Federal, maior corte do judiciário brasileiro, em virtude da importância do tema e sua complexidade foi objeto de audiência pública que contou com a presença de especialistas da área da saúde, de movimentos feministas, de partidos políticos, de entidades religiosas, entre outros grupos representativos.”

É flagrante a batalha de muitos brasileiros, liderados por grupos feministas no alcance da permissão para a interrupção voluntária da gravidez, mesmo em ótimo estado de saúde. No entanto, por maiores e mais consistentes que sejam os movimentos, longe está de ser um tema manso e pacífico. Ao contrário é tema de amplos e quase intermináveis debates.

⁶¹ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República – **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 44/DF**. [Em linha]. [Consult. 7 jun. 2021]. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADPF000442InterrupodaGestaoCD.pdf>

Aqueles que defendem a mulher, amparam-se no direito daquele em exercer sua autonomia e controlar o seu próprio corpo, independente se vai ceifar a vida do feto ou não.

Argumentam ainda que pelo proibitivo legal, a gestante que pretende voluntariamente abortar deve se socorrer de métodos inseguros e clandestinos.

Defendem que ao se permitir o aborto estaria a ordem brasileira a salvar vidas, porque no âmbito da ADPF: 442/2017 foi também requerido que a rede pública de saúde disponibilizasse departamentos específicos para a prática do aborto.⁶²

A partir disto, poderia ingressar com outro grave problema, desta vez de ordem financeira inclusive. Terá o Brasil e até mesmo Portugal, condições de setorizar seus hospitais públicos com vistas a criar departamentos especializados somente nas práticas de aborto voluntário.

Nos parece que ao se permitir o aborto voluntário no Brasil e garantir o atendimento público para a realização do ato, é necessário verificar o impacto orçamentário da medida a fim de verificar a viabilidade econômica da permissão.

Ademais a referida ação constitucional claramente foi intentada equivocadamente, suprimindo a casa legislativa do assunto que é seu exclusivo produto. Quando pretende declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos que criminalizam o aborto, estará o Superior Tribunal Federal brasileiro a atuar como legislador positivo, o que não se admite no ordenamento jurídico constitucional brasileiro.

Certamente que não é essa a função do Tribunal Constitucional do Brasil (STF), que deve sempre se comportar frente ao desafio de garantir a efetividade de normas constitucionais, assim como o exercício dos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição, objetivando apresentá-lo como um legislador negativo.

Está desautorizado o Tribunal Constitucional, mesmo que o órgão competente, notificado de sua omissão legislativa não tenha elaborado a lei, a patrocinar atividades que repute necessárias visando o atendimento de um direito descoberto de lei específica.

Proposto por Kelsen, o Tribunal Constitucional deve atuar tão somente na fiscalização da inconstitucionalidade, nunca operando como legislador positivo, a reverenciar, desta maneira, a separação e independência dos poderes estatais.

Ou seja, ainda que constatado o liame entre a lei ausente e o dano ocorrido, que ficará descoberto, ante a impossibilidade de um sistema difuso de apreciação da inconstitucionalidade

⁶² BRASIL. Ministério Público Federal - *Op. Cit.*

por omissão, o cidadão nada tem a fazer a não ser aguardar que em algum momento o órgão científico de sua morosidade se posicione na elaboração da norma inexistente.

Nesse sentido, o primeiro argumento que contraria a ADPF 442 é justamente a impossibilidade de o judiciário legislar, isto porque a matéria constante daquela demanda judicial é produto exclusivo do legislativo, que tem a competência para deliberar e alterar os atos normativos.

Até porque

Diante de diferentes correntes científicas acerca do marco inicial da vida humana, cabe ao poder legislativo, que é o órgão legitimamente constituído para representar a vontade da população, decidir qual seria este marco, seguindo, é claro, pareceres técnicos de especialistas no assunto⁶³.

Além disso, os opositores às razões da ADPF 442/2017 sustentam que o tipo penal deve ser preservado ao vedar o aborto, em razão da proteção ao “mais fundamental dos direitos garantidos pela Constituição, que, ao não delimitar etapa específica da gestação, garantiu a proteção em qualquer fase que o nascituro se encontre”.⁶⁴

“O Senado Federal, neste caso, se manifestou no processo, igualmente rechaçando a tese proposta na ADPF, tendo registado que o Código Civil foi editado sob a égide da Constituição de 1988, e consagra, em seu artigo 2º, a proteção aos direitos do nascituro, o que evidencia que a constitucionalidade da tutela jurídica do ser intrauterino já foi referendada pelo poder legislativo.”⁶⁵

Conclui-se que o legislativo brasileiro, portanto, tece argumentos no sentido de que:

O direito fundamental à vida do nascituro merece maior proteção do que os direitos reprodutivos da mulher, bem como no de que, na ausência de marco legal expresso acerca do início da vida humana, deve prevalecer a proteção constitucional desde a concepção.⁶⁶

Fato é que atualmente o estado brasileiro não permite que a mãe gestante pratique o aborto voluntariamente, quando estiver em perfeito estado de saúde. A questão no Brasil, até o momento em que se redige essa dissertação é de que o aborto voluntário deve ser criminalizado.

⁶³ SILVA, Davi de Lima Pereira da – **Considerações sobre a ADPF 442**. [Em linha]. [Consult. 27 maio 2021]. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/83782/consideracoes-sobre-a-adpf-442>

⁶⁴ *Ibidem*

⁶⁵ OLIVEIRA, Patricia – **Sugestão de lei que legaliza o aborto divide opiniões na internet**. [Em linha]. [Consult. 24 jun. 2021]. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/07/24/sugestao-de-lei-quelegaliza-o-aborto-divide-opinioes-na-internet>

⁶⁶ SILVA, Davi de Lima Pereira da – **Considerações sobre a ADPF 442**. [Em linha]. [Consult. 27 maio 2021]. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/83782/consideracoes-sobre-a-adpf-442>

Em Portugal, conforme dito linhas acima o aborto voluntário deixou de ser penalizado sem invocação de fundamento, após favorável resultado alcançado no referendo ocorrido em 2007, sendo possível a interrupção voluntária da gravidez até a décima semana de gestação, sem que a mulher grávida apresente qualquer justo motivo.

Fica permitido desde então o aborto sem qualquer motivação justa, e com a grávida ostentando boa saúde até a 10^a (décima) semana de gravidez.

Longe de encontrar um conforto sobre o tema, ao que parece Portugal mesmo com o permissivo, estabeleceu por lei a obrigatoriedade de um período de reflexão de 03 (três) dias com apanhamento psicológico àquela mãe grávida que decidiu por cessar a vida intrauterina.

A Lei n.º 16 de 17 de abril de 2017 com a alteração introduzida pela lei 136 de 17 de abril de 2015 determina que a gestante em vias de praticar o aborto tem de ser informada das condições do aborto, as consequências para a mulher e os riscos, bem como, todo o apoio garantido pelo estado caso pretenda manter a gravidez.⁶⁷

O aborto também é permitido nas seguintes situações: *(i)* Até às 16 semanas, em caso de violação ou outro crime contra liberdade e autodeterminação sexual (não sendo necessário que haja queixa policial); *(ii)* Até às 24 semanas, em caso de malformação do feto; *(iii)* Em qualquer momento, em caso de risco para a grávida (perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida) ou no caso de fetos inviáveis.

Questão que inevitavelmente vai à cabeça é o fato de permitir o aborto decorrente de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual sem que haja notícia crime formulada à autoridade policial. Caso a mãe grávida opte por abortar, e, supostamente seu prazo de 10 (dez) semanas já se esvaiu, poderá alegar violência sexual e abortar até 16 (dezesseis) semanas.

Nesta circunstância, não havendo necessidade de noticiar o crime, e, obviamente comprovar o alegado, ninguém poderá contestar a alegação e fazer contraprova do dito, abrindo-se nova hipótese de aborto com prazo mais alongado.

Nas situações permitidas o aborto pode ser realizado quer em estabelecimentos públicos quer em clínicas particulares devidamente autorizadas. As mulheres que tenham realizado uma interrupção voluntária da gravidez ou tenham tido um aborto espontâneo têm direito a licença por um mínimo de 14 dias e um máximo de 30 dias⁶⁸.

⁶⁷ VICENTE, Lisa Ferreira – **Aborto por opção da mulher: a experiência portuguesa da implementação da rede nacional**. [Em linha]. [Consult. 25 maio 2021]. Disponível em <https://www.scielo.br/j/csp/a/PHyR3QFxF5FXkdWmWfrtDHQ/?lang=pt#:~:text=H%C3%A1%2012%20anos%2C%20deixou%20de,de%20interrup%C3%A7%C3%A3o%20volunt%C3%A1ria%20da%20gravidez>.

⁶⁸ **Aborto em Portugal** - Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Aborto_em_Portugal

3 DA PONDERAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, FRENTE AO CONFRONTO ENTRE A LIBERDADE E AS GARANTIAS DO NASCITURO, DA PROGENITORA E DE SEU PROGENITOR

O tema em comento, desejo do progenitor que pretende exercer a paternidade e mulher que não planeja manter a gestação, pode ser entendido como colidência de direitos fundamentais? A questão se justifica porque em referência à mulher é garantido o direito fundamental ao seu próprio corpo, e, ao homem existiria o direito fundamental ao exercício da paternidade.

O confronto entre os direitos fundamentais materializa-se por um efeito coexistente, no qual, não seria adequado resolver a colisão da maneira abstrata, separado dos atributos inerentes ao caso concreto, de tal modo, inclusive, que não é vedado um manejo arbitrário do legislador, na tentativa de alcançar a solução do conflito de direitos fundamentais.

O embate de direitos fundamentais se verifica por um específico confronto de direitos que não se hierarquizam, um direito não sobrepõe a outro, são situações que surgem de facto e a forma mais efetiva que se tem para superar o confronto de direitos fundamentais é justamente a adoção da técnica de ponderação de interesses. Com o uso desta sistemática, identificando-se uma colisão de direitos fundamentais e seus fidedignos interesses, o que se deve propor é alcançar o equilíbrio destes direitos.

Canotilho (2016) sustenta que a ponderação de valores emerge da necessidade de encontrar o direito com o fim específico de solucionar os casos de tensão entre os bens juridicamente amparados.⁶⁹ Assim, considerou que “Os direitos fundamentais são considerados indispensáveis à manutenção da dignidade da pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual”⁷⁰

São, antes de tudo, verdadeiras limitações a terceiros impostas pela soberania popular, sendo um desdobramento do estado democrático de direito. Os direitos e garantias são expressões com sentidos distintos, não são sinônimos. Direitos fundamentais significam o conjunto de bens e benefícios previstos pela Constituição, enquanto, garantias fundamentais representam as ferramentas insculpidas para resguardar e possibilitar o exercício dos direitos.

⁶⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes – *Op. Cit.*

⁷⁰ Neves, J.A. **Razoável Duração do Processo e a Arbitragem como instrumento de sua efetivação**. Disponível em: <https://www.megajuridico.com/os-direitos-fundamentais-do-acesso-a-justica-e-da-razoavel-duracao-do-processo-e-a-arbitragem-como-instrumento-de-sua-efetivacao/>

Os Direitos fundamentais existem para que a dignidade da pessoa humana possa ser exercida em sua plenitude.

Os direitos fundamentais não podem ser utilizados como verdadeiro escudo protetivo para possibilitar a prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro estado democrático de Direito.⁷¹

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pelas constituições de Brasil e Portugal não ilimitados, sendo certo que encontram limites nos demais direitos igualmente consagrados pela carta magna.⁷²

Desta feita, sempre que:

Houver conflito entre dois ou mais direitos e garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação a outros, realizando uma redução proporcional do âmbito do alcance de cada um, sempre em busca do verdadeiro significado da norma e harmonia do texto fundamental como sua finalidade precípua.⁷³

Em palavras simples, o que se faz é ponderar os valores que colidem. Toda vez que um direito fundamental esbarrar em outro, devem se ponderar os valores, com o fim de identificar o menos gravoso para prevalecer.

3.1 A defesa do direito à vida em confronto com a prática do aborto

Em técnicas de ponderar direitos e garantias fundamentais, temos um importante confronto que há muito se pretende solucionar, mas é bem realidade que estamos longe de um deslinde satisfatório, equilibrado e pacífico.

São universais, pois aplicam-se a todos sem quaisquer distinções. Além disso, são inalienáveis, porquanto não podem ser negociados a qualquer título, e, por fim, são irrenunciáveis, pelo que o cidadão pode deixar de exercê-los, mas renunciar, jamais.

O direito à vida em confronto com a prática do aborto é discussão antiga. Em que, pese não se hierarquizar direitos fundamentais, certo é que o Direito à vida é pressuposto para exercício dos demais direitos fundamentais, uma vez que todos dependem de vida para serem exercidos.

⁷¹ Moraes, A. **Provas ilícitas e proteção aos direitos humanos fundamentais**. 1998. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/noticias/exibir/2183>

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Ibidem*.

O início da vida é uma das mais complexas definições e controvertidas entre as comunidades científica, filosófica e religiosa, de tal modo que surgiram diversas teorias para tratar do caso.

A teoria concepcionista, nos termos já acima delineado entende que a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, já é suficiente para determinar o início da vida.

O pacto de São José da Costa Rica estabelece a defesa e proteção dos direitos desde a concepção, o que foi reproduzido no código civil português em seu artigo 66, Código Civil Brasileiro em seu artigo 2º, em diversas ordens constitucionais existentes.

Os adeptos da teoria da nidacão sustentam que após a fecundação, o óvulo fecundado inicia um deslocamento lento das trompas para o útero. Chegando ao útero, ele precisa se fixar para a gravidez evoluir, o que ocorre entre 4 e 15 dias após a fecundação. Nesse caso, tendo em vista que o embrião não pode se desenvolver fora do útero, o início da vida estaria ligado à efetiva nidacão.

Outra teoria que surgiu com vistas a definir o início da vida foi a teoria do sistema nervoso central. Para esta corrente científica, o sistema nervoso, essencial ao cidadão, seria determinante para fixar o início da vida, e, por fim, tem-se a teoria natalista, que conforme já muito articulada é aquela que estabelece que a pessoa somente passa a existir a partir do seu nascimento com vida, ou seja, somente com a primeira inalação do ar atmosférico se atesta que tem vida. Para esta posição, que não nos filiamos, o nascituro não é pessoa.

Há muitos a argumentar que essa teoria é a adotada nas cortes brasileiras e portuguesas, contudo, não se afigura coerente esta afirmativa, tendo em vista a vedação do aborto, com o fim de proteger a vida intrauterina.

O direito à vida é uma garantia fundamental prevista no artigo 5º, *caput* da Constituição Federal Brasileira, bem como no artigo 24 da Constituição Federal Portuguesa, garantindo a proteção à vida. Este direito pode ser entendido, como o direito a "permanecer vivo", quanto a ter uma existência digna.⁷⁴

Como se deflagra da carta magna portuguesa a vida não se relativiza nunca. Segundo o artigo 24 da Constituição da República de Portugal, a vida é inviolável e não será permitida a pena de morte em nenhuma circunstância.

No ordenamento constitucional brasileiro a vida também recebe ampla proteção, mas é relativizada, sendo permitido flexibilizar este direito em caso de guerra.

⁷⁴ MORAES, Guilherme Peña de - **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. ISBN: 9788597019667.

No entanto, há restrição ao direito à vida: o aborto legal.

O aborto pode ser visto a partir de perspectivas diversas, que dependem de uma análise sobre quando se inicia a vida. Trata-se de um tema polêmico, que envolve questões além daquela relacionada ao direito à vida, como religião e direito ao próprio corpo.⁷⁵

No estudo caso em comento, algumas posições distintas sobre o aborto:

Uma que salvaguardava o direito à vida desde a concepção, e, por consequência, proibia o aborto; outra que considerava que só se tem um sujeito de direito a partir de seu nascimento com vida, sendo a mulher responsável pela vida intrauterina do feto, podendo abortar ou não; e uma última que dizia que a constituição não deveria se posicionar sobre o aborto.⁷⁶

A gravidez e o início da vida se dão com a nidação, iniciando, assim, sua proteção legal. É considerado crime contra a vida, na forma do artigo 123 do Código Penal Brasileiro o Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento, assim como de acordo com o artigo 124 do mesmo diploma penal, provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque.⁷⁷

O artigo 125 do Código Penal Brasileiro ainda penaliza o aborto praticado sem o consentimento da grávida, condenando o infrator a uma pena de reclusão que pode chegar a dez anos. Além disso, o artigo 126 pune também a prática de provocar o aborto, ainda que consentido pela gestante.⁷⁸

Contudo, admite-se a interrupção da gravidez em alguns casos. A ilicitude de tal conduta se exclui nas hipóteses de aborto terapêutico ou necessário, no caso de não existir outra maneira de se salvar a vida da gestante; e nas hipóteses de aborto sentimental ou humanitário, quando a gravidez for resultado de estupro, sendo necessário o consentimento da gestante ou de seu representante legal. É o que consta nos seguintes artigos do Código Penal⁷⁹.

O direito à vida é inserido na constituição portuguesa em seu artigo 24 e não Constituição Brasileira no artigo 5º. A Constituição da República Federativa do Brasil diz que todos são iguais perante a lei garantindo-se aos a todos os cidadãos, o Direito à vida, dentre outros direitos fundamentais por ela garantidos. O direito à vida é um direito de primeira

⁷⁵ **Direito à vida.** Disponível em: https://www.wikiwand.com/pt/Direito_%C3%A0_vida

⁷⁶ *Ibidem.*

⁷⁷ MASSON, Cleber – **Direito Penal** – parte especial (arts 121 a 212). Porto Alegre: Método, 2022. Vol. 2. ISBN: 978-6559642588

⁷⁸ NABUCO FILHO, José – **Aborto (art. 124 – 128)**. [Em linha]. [Consult.12 maio de 2021]. Disponível em <http://josenabucofilho.com.br/home/direito-penal/parte-especial/aborto-arts-124-128/>

⁷⁹ *Op.Cit.*

dimensão e pode ser entendido sob dois aspetos: o direito de permanecer com vida, isto é, não ser morto, e o direito de ter uma vida digna, o direito de permanecer com vida.⁸⁰

Consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável. “Existir” é o movimento espontâneo contrário ao estado de “morte”. Porque se assegura o direito à vida é que a legislação penal pune todas as formas de interrupção violenta do processo vital. É também por essa razão que se considera legítima a defesa contra qualquer agressão à vida, bem como se reputa legítimo até mesmo tirar a vida de outrem em necessidade da salvação própria.⁸¹

Ter uma vida digna é defender a própria existência e de existir com dignidade, envolve o direito à preservação dos atributos físico-psíquicos e espirituais-morais da pessoa humana. O que está em causa são as decisões pessoais, é a ética individual e os valores individuais, entendendo que cada cidadão, como pessoa individual, tem o direito e o dever de assumir uma posição, após informações honestas e compreensíveis, segundo os seus valores.

O direito à vida é objeto de independente e individualizada tutela constitucional, abrangendo sob o seu manto protetivo todo aquele que pertencer à figura humana, quando possível se chegar à conclusão pela possibilidade do exercício do direito de poder nascer.

Nesta mesma linha de raciocínio José Afonso da Silva ensina:

Tudo vai depender da decisão sobre quando começa a vida. A nós nos parece que no feto já existe vida humana. Demais, numa época em que há muitos recursos para evitar a gravidez, parece injustificável a interrupção da vida intrauterina que não se evitou. Desta forma, o respeito à vida humana é há um tempo umas das maiores ideias de nossa civilização e o primeiro princípio da moral médica. É nele que repousa a condenação do aborto, do erro ou da imprudência terapêutica, a não aceitação do suicídio. Ninguém terá o direito de dispor da própria vida, a *fortiori* da outrem e, até o presente, o feto é considerado um ser humano.⁸²

O bem jurídico mais robusto, importante e inenarrável da ordem jurídica de todo mundo é a vida, sem pestanejar nesta afirmação. Quaisquer hipóteses de caracterização de um dos tipos penas estabelecidas contra a vida depreende a subsistência de uma figura humana, tão relevante que a lei civil brasileira em seu artigo segundo garante que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

O nascituro é o mais frágil dos indivíduos, razão pela qual dispõe de todo um robusto e eficaz arcabouço protetor, pois não tem capacidade de sozinho exercitar os direitos que lhe

⁸⁰ FELIZARDO, M.V.R. e MARTINS, R. 2019. **Aborto – Dignidade da Pessoa Humana e o Direito à Vida**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/aborto-dignidade-da-pessoa-humana-e-o-direito-a-vida/>

⁸¹ SILVA, José Afonso - **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27ª. ed, rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 66. ISBN 9788574208404.

⁸² SILVA, José Afonso. *Op. Cit.*

são resguardados pela lei e pela constituição da república. Desta forma, o doutrinador Galvão diz que:

Deve-se entender por vida humana dependente a vida que se desenvolve no interior do útero materno. O objeto material da conduta criminosa pode ser o ovo, o embrião ou o feto. [...]. Nos crimes de aborto há maior dificuldade para estabelecer o início da proteção legal, pois a vida do fruto da concepção se desenvolve no interior do útero materno e pode não ser percebida em seus primeiros momentos. Por outro lado, o início da vida que interessa identificar é o início da vida de uma pessoa humana distinta da gestante. A rigor, já existe vida nas células das gametas que produzem a fecundação. Como fluxo de energia, a vida flui pelas gerações humanas sem interrupção, e o desafio a enfrentar está em definir quando começa uma nova vida. No contexto da incriminação, deve-se entender que a nova vida tem início no momento da concepção, ou seja, quando o óvulo é fecundado pelo espermatozoide⁸³.

A expressão todos sugere-se não apenas aos indivíduos já nascidos, como também o feto, que certamente provocaria defender a subsistência do direito à vida, ou do direito de nascer, direito de personalidade, o que levaria à consequência lógica de que o aborto agride o a essência do código civil, e, é inconstitucional.

O direito à vida, conforme entendimento do maior órgão do poder judiciário brasileiro, STF, não é absoluto no arcabouço constitucional, de tal modo que não pode garantir que a vida gerada no útero materno não poderá ser interrompida pela grávida no momento que entender oportuno, retirando do feto o direito de nascer.

É garantido no Brasil, conforme se verifica do Código Penal Português, três circunstâncias que não punirão o aborto, que se faz compreensível com o respeito que deve ser dispensado à mulher, e avalizando a proteção e observância do postulado da dignidade da pessoa humana, e principalmente, concedendo-a no âmbito de liberdade de decidir sobre o futuro do feto às mulheres gestantes, que são os abortos de feto anencefálicos, a hipótese em que o aborto se faz urgente para salvar a vida da grávida, e, quando a gravidez decorre do estupro.

O desconforto sobre a liberdade para abortar, passa por uma questão de se buscar entender os motivos de ceifar a vida de um feto, que vulnerável como é não possui ainda a possibilidade de se defender, pelo simples fato de que a grávida tem direito a preservar seu corpo.

Há quem defenda que a permissão do aborto é uma questão de saúde pública, por isso deve ser liberado. Entendemos que não faz o menor sentido tal fundamentação, tendo em vista que o problema da saúde pública, certamente é garantido quando se disponibiliza às mulheres

⁸³ GALVÃO, Fernando – **Direito penal: crimes contra a pessoa**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.p. 294. ISBN 9788502181816.

diversos métodos contraceptivos, que não são na maioria das vezes observados. Acaba se tornando mais fácil poder abortar.

No Brasil, por exemplo, é disponibilizado sem quaisquer distinções, a todos os cidadãos, na rede de saúde pública, anticoncepcionais e preservativos gratuitos e até mesmo nas escolas públicas.

Contrariando o argumento de grupos feministas, caso a prática abortiva seja permitida inegavelmente, nos depararemos com uma grave, e, talvez irreversível crise de saúde pública, tendo em vista que os meios para se realizar o aborto vai inchar o aparelho público destinado à saúde, deixando ainda mais precário o sistema público de saúde do Brasil.

O Brasil reconhecidamente não tem a mínima condição em seu sistema de saúde pública para estruturar os atendimentos que devem ser dispensados aos incontáveis casos de interrupção voluntária da gravidez, o que fatalmente resultaria no excesso dos limites de prazos estabelecidos pela futura lei.

Dizemos isto com conhecimento de causa. O sistema público de saúde do Brasil, é em demasiado moroso, sem qualquer estrutura para dar atendimento ao pública com a celeridade que o aborto voluntário precisaria ser tratado, conforme aquele projeto de lei que pretende permitir o aborto no Brasil até 12 (doze) semanas de gestação.

No Brasil, a média de espera para realizar um simples exame médico, por exemplo, uma mamografia é de 08 (oito) meses. Certamente não conseguiria atender todas as demandas abortivas em 12 semanas.

Por esta razão, concluimos que a proposta de emenda constitucional que pretende vedar qualquer possibilidade de aborto voluntário é uma evolução no que diz respeito aos direitos humanos, pois salvaguarda o direito de a criança nascer, deixando isso de forma clara no texto da Constituição.

Ademais, porque proibir o aborto também passa a ser proteção à própria mulher, haja vista as inúmeras consequências negativas à saúde da mulher que a acompanharam até o fim de sua vida.

O necessário zelo com o aspeto físico do corpo são, conseqüentemente, corolários do princípio da proteção à vida, tendo em vista que a atenção à dignidade da vida é algo relevante nas tomadas decisórias no campo da biomedicina, seja na esfera individual, ou mesmo no âmbito da saúde pública e aplicação de recursos financeiros à toda a população.

Garantir a qualidade de vida dos indivíduos é um aponto a ser observado na tomada de decisões éticas na área médica. Segundo esta concepção, a integridade moral não deixa de ter valores éticos garantidos ao ser humano. Esse atributo moral significa a preservação e exaltação

da honra, direito da personalidade, da pessoa. Neste sentido, quando se respeita a moral, indubitavelmente estar-se-á garantindo o respeito à vida do ser humano.

De outro lado, o direito de existir, compreende ao direito de estar e nesta condição se manter, não sendo permitida a interrupção da evolução da vida. Este direito (vida) tem íntima ligação com o já citado postulado da dignidade da pessoa humana. O respeito à vida é princípio fundamental da sociedade, que deve, por todos, ser observado e preservado.

A despenalização do aborto se retrata num debate descentralizado de ideias, fotografado por posicionamentos que defendem a ampla liberdade, outros mais conservadores, mas, encontra-se uma corrente equilibrada que busca justificar alguma coisa com base nos estudos da ciência para se permitir a interrupção voluntária da gravidez em algum momento que não viole o direito à vida do nascituro.

Respeitar a vida tem como pano de fundo a proteção do direito de o indivíduo de poder viver, e, assim se manter. No caso do aborto acaba sendo inevitável, portanto, aferir em que momento se inicia a vida, assunto já antes abordado nesta dissertação.

Defendemos este argumento, porque na acepção da palavra vida, esta por si só, já é reconhecidamente difícil de se conceituar, podendo ser ela visualizada como um espaço de tempo que ocorre entre a concepção e a morte.

O Código Penal castiga aquele que realiza conduta abortiva. O mero preparo de medicamento, composição química ou qualquer bem material possível para a prática do aborto já é no Brasil, configurado como crime, segundo o artigo 20 da lei penal. Neste sentido está o código civil, que estabelece que a personalidade civil do homem começa quando do nascer com vida, mas a lei já salvaguarda seus direitos desde a concepção.

Nos parece um verdadeiro contrassenso definir que até a 10^a (décima) semana pode se realizar a interrupção voluntária da gravidez. A partir da 7^a semana de gestação já é possível ouvir os batimentos cardíacos do feto, já verifica movimentos do feto, por exames realizados de ultrassonografia.

O homem quando, supostamente visualizou uma simples poeira em marte, determinou que lá tem vida. Atualmente, reforçado por movimentos de protecionismo ao meio-ambiente, caso um ser humano, sem qualquer intenção viole o ovinho de uma tartaruga será ele condenado com penas severas, por crime inafiançável, inclusive. Mas dentro de um útero até 10 (dez) semanas não é vida, ou se é vida, neste momento mais importa o corpo da mãe grávida.

Repita-se, o direito de um, termina quando inicia o de outrem.

3.2 A aquisição dos direitos da personalidade

Igualmente às demais classes do ordenamento jurídico, existem inúmeras definições criadas para definir os direitos da personalidade. Nos incumbe, considerar algumas destas definições jurídicas, alcançando delas o maior número de suprimentos possíveis para utilizar na elaboração de uma definição nossa, sobre os direitos da personalidade.

Antecipadamente ao exame das definições dos direitos da personalidade, é salutar definir a própria personalidade. No que concerne à personalidade, a doutrina é uníssona ao sustentar que é a personalidade reconhecida como um conjunto de atributos intrínsecas ao indivíduo, por meio do que se permite conquistar e proteger seus bens jurídicos, não perdendo de vista, inclusive que é a personalidade o mais importante bem a ser tutelado.

Em Direito de Personalidade, Pedro Pais de Vasconcelos conceitua a personalidade como sendo a qualidade de ser pessoa no direito.

A personalidade é uma qualidade: a qualidade de ser pessoa. Esta afirmação não deve causar estranheza porque respeita o sentido etimológico da palavra. Do mesmo modo, a propriedade é a qualidade de ser próprio, bondade é a qualidade de ser bom e a proximidade a qualidade de ser próximo.⁸⁴

A personalidade é aquela categoria em que se verifica diversas características que serão capazes de distinguir as pessoas dos bens, assim como, diferenciar uma das outras. Estes atributos firmam identidade, autenticidade, ao ser humano, sendo a personalidade fundamental aos direitos ao passo que esses servem para garanti-la.

Dito isto, retorna-te necessariamente ao questionamento sobre o início da personalidade. Questão central em debates jurídicos que mereceu espaço neste trabalho. Os códigos civis de Portugal e Brasil, garantem a personalidade jurídica quando a nascer com vida, mas sempre resguardando os direitos desde a concepção.

Num primeiro momento, parece-nos que o legislador atribuiu o início da personalidade apenas aos indivíduos que nascem com vida. Entretanto, a maior parte dos doutrinadores, entre eles Stella Barbas, defende a ideia de que tanto o nascituro quanto o concepturo são titulares de personalidade desde a concepção.⁸⁵

O legislador civil de cada ordem jurídica trabalhada, adotaram igualmente a posição concepcionista, defendendo o concepturo. O embrião e o nascituro são considerados vidas que evoluem em momentos distintos, são, portanto, consideradas pessoas e nesta razão legítimas

⁸⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de – *Op Cit* p.5.

⁸⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva – **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro, 2020, 33ª ed. ISBN 9788530990084.

detentoras de direitos, inclusive, a lei civil brasileira não deixa dúvidas quando legitima como sucessora a pessoa que já foi concebida no momento da abertura da sucessão.

Ademais, o diploma civil brasileiro, confirma o acima dito por que permite o reconhecimento do filho antes de seu nascimento⁸⁶.

Em oposição a essa corrente pode-se considerar que o nascituro não é ainda pessoa, não sendo, portanto, dotado de personalidade. Segundo ele, os direitos reconhecidos ao nascituro permanecem em estado potencial, adquirindo personalidade apenas se houver seu nascimento com vida.

Ele afirma que caso haja morte do embrião ou o advenha ao mundo já morto, a relação jurídica não vai se firmar, pois, é verdade que é condição para o exercício destes direitos que o feto venha a nascer com vida. De outro giro, ocorrendo o nascimento com vida, a subsistência torna-se retroativa à concepção no alcance da tutela dos interesses daquele ser humano, sendo reconhecido.

Concordamos, entretanto, com o primeiro posicionamento, onde o nascituro, o embrião e o concepturo são reconhecidos como pessoas de direitos e revestidos de personalidade.

Compete-nos aferir o momento em que se encerra a personalidade jurídica. Tendo como norte o Código Civil Brasileiro, representando o que não é diferente no direito português, “a existência da pessoa natural termina com a morte (...)”. Neste sentido, a personalidade é um atributo do ser humano, segue com ele por toda a sua vida, terminando apenas com a sua morte, deixando claro não existe em nosso ordenamento jurídico hipótese de desconhecer os direitos da personalidade daquele homem vivo.

Ressalta-se, entretanto, que há juristas que reconhecem o alcance dos direitos da personalidade as pessoas mortas, notadamente na preservação do direito à honra do de cujus. Conceito com nossos grifos o que é personalidade, importante se faz delinear linhas abaixo os diversos conceitos trazidos pelos mais clássicos doutrinadores sobre a definição de personalidade.

Tanto a Constituição de 1988, quanto o Código Civil de 2002, reconheceram que a pessoa é detentora de direitos inerentes à sua personalidade através do apontamento de alguns direitos, isso sem ser uma enumeração taxativa, mas sim exemplificativa, pois tais direitos são inumeráveis, dinâmicos, variáveis no tempo e no espaço, e o fato de não estarem tipificados não significa que não existam ou que não possam ser tutelados.⁸⁷

⁸⁶ XAVIER, Stefania Nehmy – **Tutela jurídica do nascituro no Brasil e em Portugal: a vida inspirando um ordenamento jurídico assentado na dignidade da pessoa humana**. Adaptado. Lisboa: UAL, 2019. Disponível em Universidade Autônoma de Lisboa / D31563191

⁸⁷ MOHR, Felipe. 2007. Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas. *Direitos de Personalidade e Internet: Direito à Imagem e à Privacidade*. Universidade Federal do Paraná, Curitiba págs. 25 e 26.

De acordo Pontes de Miranda, “numa conceituação simples, os direitos de personalidade são todos aqueles necessários à realização da personalidade, ou seja, aqueles direitos fundamentais para que o indivíduo possa realizar e desenvolver sua personalidade jurídica.”⁸⁸

Caio Mário da Silva Pereira nos traz a ideia de que “seria um erro falarmos que o homem tem direito à personalidade, pois esta não constitui um direito. É dela que se irradiam direitos, sendo a personalidade o ponto de apoio de todos dos direitos e obrigações”⁸⁹.

Continua afirmando:

Que ao adquirir direitos e assumir obrigações, o homem torna-se sujeito de relações jurídicas, que podem ter um valor econômico, o chamado patrimônio. Há, entretanto, direitos que mesmo sem expressão econômica intrínseca representam um valor muito alto para seu titular, por tratar de situações específicas do indivíduo e somente dele. Esse segundo grupo de direitos são os chamados direitos da personalidade. Numa definição simples, tem-se os direitos da personalidade são os que resguardam a dignidade humana.⁹⁰

Em estudo pesquisado, observou-se a acreditação que as relações jurídicas ocorrem em três campos básicos: a própria pessoa, a pessoa ampliada na família e o mundo exterior. Assim, o primeiro corresponde aos direitos de personalidade; já o segundo, os direitos de família; e os últimos, os direitos patrimoniais.

Deste jeito, conceituou-se os direitos da personalidade, como uma opção jurídica a cargo do ser humano, detentor dos mais diferentes aspectos inerentes à pessoa, bem como sua evolução perante o externo.

Possível perceber que diversos doutrinadores aduzem entendimentos semelhantes para conceituar os direitos de personalidade. Dessa forma, concluímos que são os direitos intrínsecos à pessoa, sem conteúdo material ou patrimonial, com vistas a proteger bens e valores inatos ao ser humano, como vida, honra, a intimidade, o nome, imagem, entre outros, que em conjunto determina a personalidade do homem e promove sua dignidade. Cabe-nos examinar no próximo item as diversas características dos direitos de personalidade.

Na lei civil brasileira, especificamente no capítulo 2, preconiza em seu artigo 11 as características iniciais inerentes a esta classe jurídica, determinando que salvo nos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

⁸⁸ *Ibidem.*

⁸⁹ *Ibidem.*

⁹⁰ *Ibidem.*

Para Pontes de Miranda, “essa intransmissibilidade é decorrente da própria infungibilidade da pessoa, bem como da irradiação de efeitos próprios. Segundo ele, toda transmissão supõe a colocação de uma pessoa no lugar da outra, o que é muito comum quando falamos dos direitos patrimoniais”⁹¹.

Quando se denota de direitos atribuídos à personalidade do homem, não existe hipótese de se permitir uma sub-rogação pessoal quando falamos em direitos de personalidade, não sendo possível a transmissão desses direitos.

A mesma situação ocorre na renúncia. Um sujeito não pode renunciar aquilo que é seu. Não há como vislumbramos renunciar a um direito que se verifica estar diretamente ligado à personalidade do indivíduo, não podendo ser descartado pelo impulso de seu detentor.

O aspeto da irrenunciabilidade decorre intimamente da essencialidade dos direitos de personalidade. Surgem no mesmo momento temporal que o homem é concebido, razão pela qual só poder ser cessada com a morte da pessoa.

Diante do acima esclarecido verifica-se que os direitos de personalidade são indisponíveis, tendo em vista, que não são passíveis de mudança de titularidade, ainda que seja esta a vontade da pessoa.

Ademais são ilimitados, uma vez que nem mesmo o titular está autorizado a estabelecer limitação ao exercício desses direitos. Segundo Washington de Barros Monteiro, “se houver qualquer tipo de limitação, esta somente poderá ser fixada através de lei. Ainda, segundo este autor, eles são absolutos, imprescritíveis, vitalícios e incondicionais.”⁹²

Os direitos de personalidade são absolutos, independente de quem seja o transgressor desses direitos, ainda que seja o estado de maneira geral o causador da ofensa, não comportando nenhuma hipótese de flexibilização.

Nessa ordem, os direitos destinados à personalidade são oponíveis *erga omnes*, contra todo, incumbindo ressaltar o confronto destes direitos quando dois titulares colidirem na defesa de seus interesses, circunstância em que os direitos dos envolvidos deverá sofrer limitação em atendimento ao princípio da proporcionalidade.

São imprescritíveis, posto que não os utilizar não os extinguem. Ainda que o sujeito que detém os direitos passe por toda a vida sem fazer uso deste direito, ainda permanecerá titular destes direitos e poderá fazer uso sempre que entender cabível, pois são direitos perpétuos.

⁸² *Op. Cit.*

⁹² *Ibidem.*

Alguns doutrinadores até defendem que os direitos da personalidade ultrapassam a vida da pessoa, garantindo-se ainda tutela destes direitos após a morte do titular.

Os direitos da personalidade são incondicionais, porque para serem titulares não se exige o preenchimento de qualquer pressuposto, o que se comprova quando se verifica que a estes direitos lhe são garantidos desde a concepção, momento da vida que o indivíduo não tem ainda capacidade de cumprir qualquer condição imposta por lei.

Conforme já estudado, os direitos de personalidade são extrapatrimoniais, porque não permite ser comercializado, não são revestidos de valores pecuniários, o que fundamenta sua inalienabilidade.

Importa destacar que havendo afronta aos direitos da personalidade, cabe indenização pecuniária, com vistas a compensar ou reparar os danos experimentados pelo titular destes direitos de personalidade.

Assim, afere-se que estes direitos são: intransmissíveis, irrenunciáveis, indisponíveis, ilimitados, absolutos, imprescritíveis, vitalícios, incondicionados, extrapatrimoniais, essenciais, inalienáveis e generalizantes.

No Brasil, em que pese a lei civil dizer que a personalidade civil começa do nascimento com vida, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido direitos aos ainda não nascidos. Em muitas de suas decisões, o STJ tem reconhecido que o direito à vida e à assistência pré-natal, por exemplo, são tanto da mãe quanto do nascituro. Mas não há delimitação expressa de quais são esses direitos.

O STJ fundamenta suas decisões em três posições, a saber: A natalista, que da forma já delineada defende que a titularização de direitos e a personalidade jurídica são conceitos ligados diretamente. Nesta concepção, tendo em vista que o Código Civil não concede a personalidade jurídica a quem ainda não nasceu, o nascituro por sua vez não pode ser sujeito destes direitos da personalidade, sendo detentor de mera expectativa de um dia gozar destes direitos inerentes à personalidade.

Na visão dos concepcionistas, a personalidade jurídica se inicia com a concepção, muito embora alguns direitos só possam ser efetivamente exercidos com o nascimento, como por exemplo os direitos sucessórios, de família, etc.

Por fim, a personalidade condicional, que ensina que a personalidade inicia no momento da concepção, mas fica submetida ao nascer com vida, (condição suspensiva) para o uso dos direitos da personalidade que lhes são inerentes.

O que queremos frisar é que não se deve ao adotar uma das teorias excluir a outra. Certo é que se deve trabalhar com ambas as posições, apenas aplicá-las em momentos distintos.

A teoria concepcionista, nesta visão garante ao concepturo a personalidade humana, aquela ainda não jurídica, pela impossibilidade de exercer os direitos. A teoria natalista, resguarda ao ser que nasce com vida a personalidade jurídica, que o permite se titularizar no exercício de seus direitos.

3.3 Aborto: direito da mulher em estado gestacional ou do nascituro

A situação jurídica do nascituro é destaque em todos os ramos do direito. No entanto, por razões óbvias o berço deste assunto é realmente o direito, e, diferente não poderia ser, ao tratar do nascituro inevitavelmente abordaremos a discussão que paira acerca do início da personalidade.

Trabalhar os direitos garantidos ao nascituro, portanto, é dizer de direitos assegurados desde a concepção. Ante ao exposto, os direitos da personalidade notabilizaram-se elevando-se a destacada posição tanto na doutrina, quanto na lei e constituição, sendo conferido especial condição em capítulos próprios sobre o tema.

A legislação determina que:

A personalidade civil começa com o nascimento da pessoa com vida, porém não se esqueceu de salvaguardar os direitos do nascituro, que por óbvio, tem proteção no sistema jurídico pátrio. Nesse sentido, há reconhecimento dos direitos da paternidade ainda no útero, o nascituro pode ainda ser credor de prestações alimentícias, receber doações e legados e recolher a título sucessório. Contudo, antes de se adentrar a partir de qual momento devem ser assegurados os direitos do nascituro, faz-se necessários estabelecerem-se os conceitos de nascituro, embrião e feto.⁹³

Esclarecendo, nascituro é aquele que vai nascer, é aquele já concebido e que vive a expectativa de nascer e viver, mas que ainda se desenvolve no estágio intrauterino.

O nascituro sempre foi tema de desconforto para o direito que se atenta em amparar e resguardar os direitos daquele ainda nem nascido está reconhecendo alguns direitos que que já podem ser verificados mesmo na vida dentro do ventre.

Destaca-se que nascituro não se confunde com concepturo e o natimorto. “O concepturo é também chamado de prole eventual, é aquele que nem concebido foi. Já o natimorto é o nascido morto que deverá ser registado em livro próprio do Cartório de Pessoas Naturais.”⁹⁴

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ **A proteção jurídica do nascituro de acordo com o código civil brasileiro** - [Em linha]. [Consult. 28 maio 2021]. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/26501/a-protecao-juridica-do-nasciturode-acordo-com-o-codigo-civil-brasileiro>

O embrião humano decorre do encontro do espermatozoide (material masculino) com o material feminino, óvulo, num evento classificado pela ciência como fecundação. Com isso, teremos a formação da prole com a ocorrência da fecundação, que forma um conjunto de células que provavelmente vai existir com vida.

Feto obedece a um estágio de evolução dentro do útero materno, quando já se consegue visualizar os membros do bebê em evolução, status esse que permanece até o parto. Após conceituados, o ponto nevrálgico é aferir quando se começa a vida, para então discutirmos o aborto, sobre o direito da mulher grávida ou do nascituro.

Conforme já delineado neste trabalho em linhas acima, o ordenamento jurídico lusitano passou a permitir o aborto voluntário até a 10ª (décima) semana de gestação com mãe gestante em perfeitas condições de saúde, bastando para tanto, seu simples requerimento.

O confronto ora destacado, é tema que:

Vem sendo calorosamente discutido na atualidade, e inclusive, é alvo de diversos protestos por uma parcela da população, pois há adeptos das diversas teorias supracitadas, que dizem justamente a respeito do início da vida. O congelamento da legislação brasileira à penalização da prática abortiva, que prevê penas específicas à gestante que pratica aborto, vem sendo severamente criticado por uma parcela da sociedade, que afirma veementemente que o aborto seria um direito da mulher, e que, inclusive, um feto não seria um ser humano autônomo, sendo parte integrante do corpo da mulher, tendo esta, o direito de fazer o que bem entender com ele.⁹⁵

Considerando o nascituro como titular de direitos a partir da concepção e da personalidade civil a partir do nascimento com vida, nos termos do art. 2º do Código Civil Brasileiro, não menos certo de que esse direito à vida, consagrado pela legislação civil, não prevalece quando está em causa outros valores como a saúde pública e a dignidade da mulher. Por essa razão, enquanto os artigos 124, 125 e 126 do Código Penal em detrimento ao direito à vida, punem a interrupção da gravidez através da conduta abortiva, o art. 128 do Código Penal, em atenção a gestante, permite a interrupção da gravidez praticada por médico quando se visa salvar a vida dela ou quando a gestação é resultante de estupro.⁹⁶

Além da vida a Constituição garante à liberdade, à propriedade, mas a própria Constituição e a legislação infraconstitucional concedem restrições e limitações aos aludidos direitos. “O aborto legal deve ser tratado como uma questão de saúde pública e de cidadania, e não uma questão a ser enfrentada à luz do código penal.”⁹⁷

⁹⁵ *Ibidem.*

⁹⁶ MASSON, Cleber – *Op. Cit.*

⁹⁷ *Ibidem.*

Até 2007, Portugal era dos países europeus com legislações mais restritivas em matéria de aborto a pedido da mulher. Em 2007, um referendo aprovou o permissivo vigente nos dias de hoje.

A modificação derivada do referendo de 2007, ocasionou a permissão pela interrupção voluntária da gravidez daquela mãe grávida que ostentando saúde venha a recusar a maternidade até a décima semana de gestação.

A lei nova determinou a obrigatoriedade de reflexão por um determinado período, neste caso, 3 dias, com acompanhamento psicológico custeado pelo sistema de saúde pública. A figura do assistente da psicologia ou do serviço social, tem o intuito de apresentar à grávida os riscos do aborto praticado, e, principalmente reverter a ideia da conduta, explicitando ainda que o estado português disponibiliza meios de auxílio a manutenção daquele ser humano que está em vias de nascer.

Não se pode olvidar que até 1984 a prática de aborto era integralmente vedada em Portugal. A Lei de 6/84 permitiu a interrupção voluntária da gravidez quando se verificasse o caos de perigo de morte à mulher em estado gestacional, risco de malformação fetal ou quando a gestação foi derivada de violação sexual.⁹⁸

A partir do novo milênio, muitos foram os casos de condenações impostas às mulheres pela realização de condutas abortivas, o que reuniu factos importantes na ideia de se começar a rascunhas uma certa tolerância aos casos de aborto.

Aquelas tantas decisões proferidas em face da mulher que realizou aborto, deixaram transparecer um caso grave, os números eram alarmantes.

Desta forma, muitos movimentos a favor da liberação do aborto surgiram, muitos deles liderados por partidos políticos legitimados a provocar a iniciativa das leis para permitir o aborto.

A partir destes movimentos pró-aborto que a nação lusitana vai às ruas para decidir em referendo ocorrido em 2007 sobre a despenalização do aborto voluntário até dez semanas de período gestacional, momento que se fez conturbado, ante aos confrontos havidos entre os pró-aborto e os antiaborto.

Não obstante a vitória do SIM no referendo de 2007 e a edição da nova lei do aborto, permitindo aquela prática, longe estamos de dizer categoricamente que o assunto está encerrado

⁹⁸ ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA - **Lei nº 6/84 de 11 de maio de 1984**. [Em linha]. [Consult. 28 maio 2021]. Disponível em http://www.apf.pt/sites/default/files/media/2016/1_6_1984.pdf

na comunidade portuguesa, tendo em vista ainda muitos movimentos ativos para combater algumas práticas que foram concedidas em razão do resultado do referendo.

O acalorado confronto entre o direito de abortar pela mãe gestante que pretende preservar seu corpo e a vida intrauterina, passa pelo direito a autodeterminação daquela em detrimento do direito da personalidade deste. O Direito da Personalidade é um direito subjetivo, razão pela qual constitui uma das principais manifestações da autonomia privada, conjuntamente com o negócio jurídico: “A autonomia privada no exercício do direito da personalidade tem dois aspetos principais: a da iniciativa na defesa da personalidade e a da autovinculação à sua limitação ou compreensão.”⁹⁹

O que se pretende verificar é que essa autodeterminação que cabe à mulher em estado gestacional encontra limites quando confrontar direitos de outros, que pode, inclusive, contrariar a ordem pública.

Novamente sendo o caso de colidirem com os direitos fundamentais tão relevantes, há que se apurar a técnica de ponderação dos valores envolvidos. O Direito que nesse caso cabe à mulher gestante é relacionado ao direito fundamental da autodeterminação, da liberdade de escolher o melhor para sua vida, o que não deixa de ser preservar os seus direitos de personalidade. De outro lado, está o direito à vida do nascituro, à vida daquele que vive no útero desta mulher.

Certamente que não há hipótese normativa que hierarquiza direitos fundamentais, contudo, é inegável que o mais importante é a própria vida, posto que sem este não exercerá os demais postos a disposição pela própria constituição republicana.

Neste sentido, posicionamos nossa dissertação ao proibitivo do aborto voluntário, não visualizamos que o feto não tem vida. Há suspeita em diversas circunstâncias, como por exemplo no caso de cientistas e astronautas que pesquisando e visitando por diversos mecanismos outros planetas, por que lá visualizaram pedras no chão chegaram a conclusão de que naquele planeta existe vida, o que foi comemorado e por todos aplaudidos.

Contudo, dentro do ventre materno, o que lá está a se movimentar e com batimentos cardíacos não é vida?

⁹⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais de – *Op. Cit.*

3.4 O confronto entre à vida do nascituro, o direito da mãe grávida de voluntariamente abortar e o direito do pai em opinar na interrupção da vida de seu filho

Este capítulo reserva-se a dificultar ainda mais a solução do assunto trazido, tendo em vista a ampla dificuldade de resolver a colidência do direito da mãe gestante com a vida do nascituro, nesta oportunidade ainda abriremos a causa do pai que não teve a chance de proteger e vivenciar seu filho esperado.

Neste aspeto, três indivíduos se confrontam na defesa de seus direitos fundamentais, a mãe gestante, o nascituro e o pai. Certamente que um destes, ao menos, terá a dignidade da pessoa humana violada.

A dignidade da pessoa humana, que alguns a classificam como princípio da dignidade da pessoa humana, em realidade é um postulado, porque não é passível de relativização, isto é, não se pode, em momento algum, flexibilizar a vida em detrimento de outros direitos fundamentais.

Em que pese não haver hierarquia entre os direitos fundamentais, certo é que a vida é o direito da personalidade mais importante de todos, até porque, ao suprimir a vida, não mais se poderá exercitar qualquer outro direito fundamental.

Importante destacar que a proteção à dignidade da pessoa humana, de tão importante que é, posiciona-se no Artigo Primeiro, por exemplo, da Carta Constitucional Portuguesa, da Constituição Brasileira, assim como nas constituições de diversos outros países, tais como Alemanha, Itália, entre outros, inclusive, é o primeiro dispositivo da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A posição em que se verifica esta proteção nas mais importantes constituições do mundo não é mera coincidência, tem uma razão de ser: a dignidade da pessoa humana passa a ser um vetor a partir do qual devem todos os demais princípios e todo o ordenamento processual ser interpretado.

Não é possível que se leia a constituição sem que seja orientado pela dignidade da pessoa humana. Respeitar a dignidade da pessoa humana nada mais é do que considerar que a figura humana se verifica acima de todas as demais coisas, ou seja, a pessoa tem valor superior às coisas.

O ser humano possui valor maior no ordenamento jurídico, merecendo especial atenção, jamais podendo ser tratado como se objeto fosse. Neste ínterim, não se deve permitir a ponderação de valores sobre a vida e outro direito, ou qualquer outra coisa.

As ordens constitucionais dispensaram o melhor tratamento e mais ampla proteção aos direitos da personalidade, tais como a vida, a integridade física, a moral, entre outros.

Desta forma, a ordem constitucional de Portugal e Brasil, passaram a conferir a mais irrestrita proteção à pessoa, preocupando-se cada vez mais em garantir a observância do postulado da dignidade da pessoa humana.

O direito à vida, reconhecido como o mais importante dos Direitos da Personalidade, encontrando-se consagrado nas cartas constitucionais de diversos países, tais como Brasil, no Artigo 5º da Carta Magna, e Portugal, no Artigo 24 da Constituição da República Portuguesa, este, inclusive, preconizando sobre a inviolabilidade do Direito à vida e já definindo que em momento algum haverá pena de morte na República Portuguesa¹⁰⁰.

Percebe-se que para o Ordenamento Jurídico Português não há qualquer hipótese de se relativizar o direito à vida, diferentemente do Brasil, que permite a pena de morte, por exemplo, em casos de guerra.

Sobre o assunto, interessante a visão do Mestre Pedro de Pais Vasconcelos, que diz “o direito à vida é o mais importante dos direitos da personalidade. Está formalmente consagrado no artigo 24.º da Constituição da República que declara “a vida humana é inviolável” e que “em caso algum haverá pena de morte”.⁸²

Ademais, a inviolabilidade do direito à vida é cláusula pétrea, isto é, são direitos que não podem em hipótese alguma ser suprimidos das ordens constitucionais destes países; podem até comportar algumas alterações, mas de forma alguma poderão ser abolidas dos ordenamentos constitucionais.

São decorrentes do direito à vida, ou da inviolabilidade deste, os crimes enquadrados como aborto, homicídio, suicídio.

O aborto, que mesmo já tendo em Portugal a liberdade para interrupção da gravidez voluntariamente até dez semanas, ainda rende muitos comentários críticos a esta permissão, o que será tema de nosso próximo capítulo.

Apenas para constar, o Brasil ainda não passou a permitir o aborto voluntário, opinião com a qual concordamos, a princípio.

Indiscutivelmente um dos temas de maior repercussão em qualquer ordenamento jurídico, Portugal e Brasil, adotaram posturas diferentes acerca do instituto.

¹⁰⁰ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA – **VII Revisão Constitucional** [2005]. [Em linha]. [Consultado em 17 jul. 2021]. Disponível em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> ⁸² VASCONCELOS, Pais de - *Op. Cit.* p.68.

O que se pretende inicialmente aferir é qual direito se estará a defender: o direito da gestante ou o direito do nascituro?

Entendimentos um tanto diferentes são encontrados nas Repúblicas de Brasil e Portugal, justificando o tratamento separado da questão em cada um desses ordenamentos.

A República Portuguesa, caminhando numa linha mais liberal, passou a permitir o aborto voluntário até dez semanas de gestação, bastando, para tanto, a simples solicitação da mãe grávida para a realização do aborto, inclusive, patrocinado por hospitais da rede pública.

Atualmente em Portugal, todos os possíveis tipos de aborto são permitidos, alterando para cada caso o tempo de gestação, sendo possível o aborto voluntário requerido pela mãe até 10 semanas de gestação, que é obrigada a passar por três dias de reflexão, com acompanhamento psicológico.

Permite-se pensar que se a gestante que voluntariamente solicita o aborto é obrigada a fazer por três dias o chamado acompanhamento psicológico, é porque, mesmo permitido, ainda há movimento contrário à prática. Isto porque certamente o auxílio psicológico buscará reverter àquela decisão da mãe grávida de interromper a vida de seu filho.

Nos casos de gravidez decorrente de violência sexual até 16 semanas de gestação, é também permitido o aborto. E, por fim, é permitido, a qualquer tempo, nos casos de risco de morte à mãe grávida.

Tais definições trazidas pela legislação portuguesa geram ainda certo desconforto, pois não se definiu critérios para estabelecer o porquê de as 16 semanas serem o limitador nos casos de aborto decorrentes de estupro. A pergunta que fica é: após as 16 semanas, deixou de ser estupro?

Além disso, outro complicador desta permissão da legislação portuguesa é que a interrupção voluntária tão somente dependa do requerimento da mãe gestante.

Há que se dizer que, já sendo concebido o feto fadado a morrer, ele já tem vida e, se já tem vida, já possui um pai. A grande questão é destacar que a desnecessidade de autorização do genitor faz com que este perca seu direito de ser pai, ou seja, não poderá evitar a morte de seu próprio filho.

Entendemos que se for permitir o aborto voluntário, que seja com o consentimento do pai. O que não é razoável é uma única pessoa resolver acabar com a vida de um filho e tirar o direito de ser pai daquele progenitor.

Em conclusão, Portugal já tomou sua decisão quando permitiu os casos de aborto e fixou patamares temporais para a realização, todavia, é bem certo que o tema ainda rende inúmeros debates e está longe de acabar.

Da mesma forma que em Portugal, no Brasil, o aborto está bem distante de uma pacificação. Igualmente tema de intensos debates e poucas conclusões sobre sua legalidade, temos no Brasil algumas espécies de aborto.

São eles: o aborto eugênico (interrupção da vida de feto anencéfalo), o aborto sentimental (decorrente de estupro), aborto terapêutico (quando a vida da mulher está em risco), aborto social (quando falta à mãe recursos para prover a subsistência dos filhos), aborto por motivo de honra (quando provocado para esconder a gravidez da sociedade).¹⁰¹

No Brasil, o Código Penal, que severamente pune a conduta abortiva, permitiu duas modalidades de aborto: o terapêutico, com o fim de resguardar a vida da mãe que está em perigo, e o sentimental, decorrente de estupro.

Entretanto, vedou a possibilidade de se abortar por motivos financeiros, por motivo de honra e pelo fato de o feto apresentar doença, como por exemplo, a anencefalia.

O artigo 128, I e II do Código Penal Brasileiro sempre gerou discussão, não pelas suas permissões, mas por suas vedações, principalmente no tocante ao Aborto Eugênico no caso de feto anencéfalo, uma vez que este já nasce sem vida, sem atividade cerebral, não se encontrando registros de feto anencefalo que nasceu e viveu mais de um dia¹⁰².

O tema sempre foi de grande celeuma, porque a gestante já é sabedora que seu feto nascerá sem vida, ou, se vier ao mundo, não sobreviverá mais de 24 horas, mesmo assim não poderia interromper esta gravidez.

Ainda sobre o aborto eugênico, que visa interromper a gravidez de feto anencéfalo, em julgamento de ação por descumprimento de preceito fundamental – ADPF 54, o Supremo Tribunal Federal – STF considerou que o aborto de feto anencefálico não é crime, é fato formalmente atípico.

Se o fato é atípico, não há crime. Nesse caso, se existisse qualquer processo criminal em andamento por conta de interrupção da vida de feto anencefálico, o resultado da ADPF que deixou de considerar o crime, configura-se certamente numa *abolitio criminis*.

Causa estranheza o fato de que, no aborto sentimental, o feto pode estar saudável e certamente nascer com vida, mas se permitiu a morte deste indivíduo, e nos casos de fetos não saudáveis e que certamente nascerão sem vida, não se pode interromper a gestação.

¹⁰¹ RODRIGUES, Glaison Lima – **As espécies de aborto e suas implicações jurídicas**. [Em linha]. [Consult. 27 jul 2021]. Disponível em <https://bebendodireito.com.br/as-especies-de-aborto-e-suas-implicacoes-juridicas/>

¹⁰² MORAIS, Lorena Ribeiro de – **A legislação sobre o aborto e o impacto na saúde da mulher**. *Senatus*, v.6, nº 1, p. 50-58, maio 2008.

Neste exemplo, não se discute a modalidade de gravidez, até porque ninguém planeja obter uma gestação que decorra de ato sexual violento e involuntário, mas sim a saúde do feto. Por conta disto, é que se encontra enorme dificuldade em trabalhar com o tema, isto porque não se entende o que está a proteger, ora parece proteger a mulher, ora parece proteger o nascituro.

Verifica-se esta afirmação, quando se permite interromper a vida do nascituro decorrente de estupro, pois claramente neste caso se defende a mulher, até porque o feto pode estar saudável, mas está autorizado a morrer.

De outro lado, quando se falava de feto anencéfalo, este mesmo sem atividade cerebral não poderia ser abortado, situação que claramente se buscou proteger o nascituro e não os direitos da mulher.

Em decisão de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal – STF, corte máxima do Judiciário brasileiro, decidiu pelo permissivo do aborto do feto anencéfalo e assim vigora atualmente.

Sempre que se fala em aborto, entra-se em voga a proteção da mulher e sua liberdade de escolher prosseguir com a gestação ou não, assim como há quem contrarie essa proteção sustentando ser o nascituro aquele que deve ser protegido.

No entanto, pouco se encontra quem defenda o pai daquele nascituro, pois é certo que o feto, sendo sujeito de direitos e obrigações, tem um pai, tem direito a ter um pai que o proteja, principalmente sob a continuidade de sua vida, e a grande questão é analisar a situação do genitor.

A principal razão deste estudo se deve ao fato de buscar a proteção ao pai, que não tem o direito de decidir sobre a continuidade da vida de seu próprio filho.

Neste sentido, buscaremos resolver aquele conflito de interesses existente entre o direito da mulher e o direito do nascituro, e, agora, o direito de ser pai.

Importante ressaltar que a questão a ser discutida é concernente àquele aborto voluntário, em que as situações apresentadas aparentam serem as mais favoráveis possíveis ao desenvolvimento do feto.

Claro, portanto, que não se está aqui a dizer sobre gravidezes que colocam em risco a vida mãe, ou até mesmo as de fetos anencefálicos, ou a gravidez decorrente da prática de estupro. Estas, por serem gravosas, podem e devem mesmo ser interrompidas, e, nos parece muito correto que seja mesmo uma decisão peculiar à gestante.

A defesa do exercício da paternidade proposta passa pela gravidez saudável, em que a gestante ostenta bom estado de saúde, assim como o próprio nascituro. Neste caso, o aborto

voluntário, pelo fato de poder ser praticado somente com a simples manifestação de vontade da mãe, desprezando a opinião do pai, é o que chamou a atenção.

Importante, portanto, delimitar a atividade da mãe para decidir unilateralmente sobre o aborto, bem como a maior proteção do nascituro, além de se buscar tutelar o direito de ser pai, o que nunca foi suscitado em Portugal e no Brasil.

Trouxemos o debate porque a mãe, que engravidou, seja voluntariamente ou pela negligência em não se proteger com algum método anticoncepcivo, certamente, engravidou de um homem que inseriu o espermatozoide masculino na mulher, assim, biologicamente ocorre a concepção.

Em razão disto, aquele nascituro vivente do ventre materno, tem um pai, tem direito a ter pai. Por sua vez, aquele pai que esteve em relação sexual com a mãe do seu filho, tem direito a ser pai, tem o direito de ter o seu filho.

Em nosso entendimento, não está razoável permitir que um filho, detentor de pai e mãe, possa ter a sua vida interrompida pela simples vontade da mãe. O pai poderá proteger o seu filho.

A solução que mais trabalha com a proporcionalidade e razoabilidade ao caso ora levantado seria a seguinte: ou não se permite o aborto voluntário, ou, ao permitir este aborto, que seja respeitada e considerada a opinião do pai.

Entendemos, portanto, ser possível no caso de um pai que não consente com o aborto solicitado por uma mãe, firmarem compromisso, onde aquela mãe, após o nascimento do filho, se desincumbirá de toda e qualquer responsabilidade inerente ao filho, podendo até mesmo se desonerar da filiação.

Desta forma, vislumbra-se a proteção da gestante, que optou por não ser mãe, do pai que optou por ser pai e, principalmente, do filho, que não teve sua vida interrompida, isto é, não precisou morrer para a satisfação de sua mãe.

Em que pese as ordens jurídicas de Brasil e Portugal possuírem vasto histórico natalista, isto é, desde as primeiras legislações civilistas sempre se entendeu por adotar a previsão de que apenas se adquire a personalidade jurídica a partir do nascimento com vida, é certo que já se verifica uma tendência, ainda que tímida, de se adotar a teoria concepcionista.

Fato é que identificamos em nosso trabalho que não há mais razão para a discussão. Isto porque trabalhamos com duas categorias de personalidade, a jurídica e não jurídica.

A personalidade jurídica, aquela que qualifica o sujeito para o direito, somente será conferida a partir do nascimento com vida. Já a personalidade não jurídica está diretamente ligada à condição de ser humano, podendo se classificar, portanto, como personalidade humana.

Em que pese não se atribuir personalidade jurídica ao nascituro, é certo afirmar que, uma vez concebido, já se tem a vida, portanto, já se tem personalidade, que será desde já merecedora de toda a proteção jurídica.

Sugerimos então o fim à discussão, pois se há duas personalidades distintas, uma direcionada aos aspetos patrimoniais relacionada com a aquisição da personalidade civil, a chamada personalidade jurídica, e outra decorrente de sua natureza humana, ligada aos direitos da personalidade, que aqui intitulamos “personalidade não jurídica”, é necessário apenas identificar diante de qual categoria se estará naquele momento para se determinar qual teoria aplicável.

Neste ínterim, em se tratando de direitos patrimoniais decorrentes da personalidade, deve-se aplicar a teoria natalista, pois é certo que o feto, antes de seu nascimento com vida, nada mais tem do que uma expectativa de direitos, conforme determina a redação dos dispositivos nas ordens civis de Portugal e Brasil, sendo até mesmo possível se afirmar que tais dispositivos, artigo 2º do Código Civil Brasileiro e artigo 66, 2, código civil português foram produzidos em atenção à personalidade jurídica civil.

Cabe lembrar existe neste enredo flagrante violação a um dos princípios mais importantes da ordem constitucional, o princípio da legalidade, que determina todos devem ser tratados de forma equivalente, igualitária perante a lei.

Tal princípio deve ser considerado em dois aspetos:

O da igualdade na lei, a qual é destinada ao legislador, ou ao próprio executivo, que, na elaboração das leis, atos normativos, e medidas provisórias, não poderão fazer nenhuma discriminação. E o da igualdade perante a lei, que se traduz na exigência de que os poderes executivo e judiciário, na aplicação da lei, não façam qualquer discriminação”¹⁰³.

“Este princípio, como todos os outros, nem sempre será aplicado, podendo ser relativizado de acordo com o caso concreto. Doutrina e jurisprudência já assentam o princípio de que a igualdade jurídica consiste em assegurar às pessoas de situações iguais os mesmos direitos, prerrogativas e vantagens, com as obrigações correspondentes, o que significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desigalam, visando sempre o equilíbrio entre todos¹⁰⁴.

A flagrante violação a este princípio no caso em comento, se deve pelo fato de que a mãe, em Portugal, quando não quer ser mãe, tem este permissivo até a décima semana de gestação, entretanto, ao pai não cabe o direito de não ser pai e nem mesmo o direito de ser pai.

¹⁰³ **Princípio da igualdade** - Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Princ%C3%ADpio_da_igualdade

¹⁰⁴ *Ibidem*.

Esclarecendo, numa eventual investigação de paternidade a decisão que determina a paternidade não traz escolha, caso o pai não queira exercer a paternidade, nesta hipótese, quando se decidiu ser ele o pai não cabe escolha.

De outro lado, quando mãe em estado gestacional pretende não ser mãe, cabe a ela até a décima semana escolher não ser mãe, pouco se importando, ou melhor, ignorando por completo a figura do pai, que se quiser sê-lo, não poderá por conduta exclusiva da mãe.

Por fim, concluímos ainda que o pai deve ser consultado nos casos de aborto voluntário, já permitido em Portugal até a décima semana de gestação, bastando o requerimento da mãe, que, em verdade, estará a violar o direito à vida do filho e o direito à paternidade do progenitor.

4 CONCLUSÃO

Tendo em vista o exposto nesta dissertação, o aborto voluntário é considerado crime no Brasil, não se permitindo que a mãe grávida pratique o ato abortivo sem sofrer a condenação criminal. Em Portugal, após o resultado do referendo ocorrido em 2007, passou a se permitir que a gestante realize o aborto, mesmo que em perfeitas condições de saúde até a décima semana de gravidez.

A lei permissiva do aborto, foi ainda mais específica em homenagear o direito da mulher quando garantiu que para a prática do aborto, é suficiente o simples requerimento dela, não consultando em hipótese alguma o pai daquele feto.

Constatou-se que mesmo com o permissivo, a lei portuguesa obriga a mulher que optar pela realização do aborto que proceda ao acompanhamento psicológico por 03 (três) dias, o que tentará fazer com que a mulher mude sua ideia e mantenha a vida do filho que reside em seu útero.

Em que pese as ordens jurídicas de Brasil e Portugal possuam vasto histórico natalista, isto é, desde as primeiras legislações civilistas sempre se entendeu por adotar a previsão de que apenas se adquire a personalidade jurídica a partir do nascimento com vida, é certo que já se verifica uma tendência, ainda que tímida, de se adotar a teoria concepcionista.

Fato é que identificamos em nosso trabalho que não há mais razão para a discussão. Isto porque trabalhamos com duas categorias de personalidade, a jurídica e não jurídica.

A personalidade jurídica, aquela que qualifica o sujeito para o direito, somente será conferida a partir do nascimento com vida. Já a personalidade não jurídica está diretamente ligada à condição de ser humano, podendo se classificar, portanto, como personalidade humana.

Em que pese não se atribuir personalidade jurídica ao nascituro, é certo afirmar que, uma vez concebido, já se tem a vida, portanto, já se tem personalidade, que será desde já merecedora de toda a proteção jurídica.

Deste modo, concluímos que não se deve fomentar a discussão, até porque, sempre foi palco de grandes desavenças jurídicas a aplicabilidade de uma ou outra teoria, querendo, inclusive, sustentar que uma teoria exclui a outra e vice e versa, quando na verdade o que se deve acontecer é a utilização das duas teorias, a natalista e a concepcionista, bastando apenas identificar qual a categoria de personalidade e em que momento se deve aplicar uma ou outra.

Sugerimos então o fim à discussão, pois se há duas personalidades distintas, uma direcionada aos aspectos patrimoniais relacionada com a aquisição da personalidade civil, a chamada personalidade jurídica, e outra decorrente de sua natureza humana, ligada aos direitos

da personalidade, que aqui intitulamos “**personalidade não jurídica**”, é necessário apenas identificar diante de qual categoria se estará naquele momento para se determinar qual teoria aplicável.

Neste ínterim, em se tratando de direitos patrimoniais decorrentes da personalidade, deve-se aplicar a Teoria Natalista, pois é certo que o feto, antes de seu nascimento com vida, nada mais tem do que uma expectativa de direitos, conforme determina a redação dos dispositivos nas ordens civis de Portugal e Brasil, sendo até mesmo possível se afirmar que tais dispositivos, artigo 2º do código civil brasileiro e artigo 66, 2, código civil português foram produzidos em atenção à personalidade jurídica civil.

A proteção ao pai, que não tem o direito de decidir sobre a continuidade da vida de seu próprio filho ocorre porque o suposto pai, quando não unido em matrimônio com a mãe grávida já assume obrigações junto à mãe e ao feto, quando se estabelece a obrigação de pensionar, isto é, ofertar alimentos à mãe em estado gravídico.

Portanto, se o pai já possui obrigações sobre o nascituro, já deve ter direito de proteger seu filho da morte, ou, ao menos opinar sobre o aborto. Há que se dizer da forte violação ao princípio da igualdade, inclusive, pois o pai não pode se recusar à paternidade, por sua vez a mãe, bastando seu simples requerimento está autorizada a deixar de ser mãe por simples preservação de seu corpo fundamentado no seu direito de autodeterminação.

Por fim, concluímos ainda que o pai deve ser consultado nos casos de aborto voluntário, já permitido em Portugal até a décima semana de gestação, bastando o requerimento da mãe, que, em verdade, estará a viola o direito à vida do filho e o direito à paternidade do progenitor.

REFERÊNCIAS

_____. Presidência da República - **Lei nº 9.434 de 04 de fevereiro de 1997**. [Consult. 2 abr. 2021]. Disponível em <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=9434&ano=1997&ato=f40ETVU90MJpWTdd3>

_____. Ministério da Saúde - **Parto, Aborto e Puerpério: Assistência Humanizada à Mulher**. [Em linha]. [Consult. 7 jun. 2021]. Disponível em https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cd04_13.pdf

_____. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República – **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 44/DF**. [Em linha]. [Consult. 7 jun. 2021]. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADPF000442InterrupodaGestaoCD.pdf>

_____. Presidência da República - **Decreto no 678, de 6 de novembro de 1992**. [Em linha]. [Consult. 22 mar. 2021]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm.

_____. Presidência da República - **Emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. [Em linha]. [Consult. 13 mar. 2021]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm

_____. Presidência da República - **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. [Em Linha]. [Consult. 21 fev. 2021]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm

_____. Presidência da República - **Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008**. [Consult. 12 fev. 2021]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111804.htm

_____. Presidência da República. **Constituição da República do Brasil de 1988**. [Em linha].

[Consult. 12 mar.2021]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

_____. Presidência da República - **Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009** - [Consult. 12 maio 2021]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm

AFFONSO. Fernanda Mano. **Direitos do nascituro e do embrião**. [Em linha]. [Consult. 29 marc. 2021]. Disponível em <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8272/Direitos-donascituro-e-do-embriao>

AGUIAR. Guilherme Menezes. **Direito do nascituro**. [Em linha]. [Consult. 12 mai. 2019]. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/48678/direito-do-nascituro>

ALICE. Ricardo Rigotti. **Tutela do patrimônio genético em face da legislação portuguesa da interrupção voluntária da gravidez**. [Em linha]. Lisboa: UAL, 2019. Disponível em Universidade Autonoma de Lisboa / D57876347

AMARAL, Francisco. **A condição jurídica do nascituro no Direito brasileiro**. [Em linha]. [Consult. 12 mai. 2019]. Disponível em <https://revistas.ucp.pt/index.php/direitoejustica/article/view/9840/9571>

ANDRÉ, José Mampua. **O Direito à Vida e a sua Proteção no Estado de Direito**. [Em linha]. Lisboa: UAL, 2020. Disponível em <https://repositorio.ual.pt/handle/11144/4826>

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA - Lei nº 6/84 de 11 de maio de 1984. [Em linha]. [Consult. 28 maio 2021]. Disponível em http://www.apf.pt/sites/default/files/media/2016/l_6_1984.pdf

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA - Diário da República eletrônico – Lexionário: Obrigação de indemnizar (Direito civil). Disponível em: <https://dre.pt/dre/lexionario/termo/obrigacaoindemnizar-direito-civil>

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA - Diário da República eletrônico N° 109/1984. **Lei nº 6/84, de 11 de maio de 1984, p. 1518-1519.** Série I de 1984-05-11. Disponível http://bdjur.almedina.net/item.php?field=node_id&value=106871

ASSIMIUS, Ashley - **Alabama Supreme Court Upholds Dismissal Of Abortion Lawsuit Against Huntsville Clinic, 2020.** [Em linha]. [Consult. 29 marc. 2021]. Disponível em <https://www.waaytv.com/content/news/Alabama-Supreme-Court-upholds-dismissal-of-abortion-lawsuit-against-Huntsville-clinic--572925041.html>

BATISTA, Elisangela Samila, et al. "**Alimentos gravídicos.**" JICEX 3.3 (2014). [Consult. 21 mar 2021]. Disponível em: <https://unisantacruz.edu.br/revistas-old/index.php/JICEX/article/view/541>

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves - **Condição Jurídica dos Nascituros.** In Direito ao Património Genético. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 124316/98

BELINATI, Rôberson. **Jurisprudências do STJ reconhecem direitos e limites à proteção jurídica do nascituro.** [Em linha]. [Consult. 21 mar 2021]. Disponível em <https://folhajuridica.com/2019/07/05/jurisprudencias-do-stj-reconhecem-direitos-e-limites-aprotecao-juridica-do-nascituro/>

BERNARDINO, Ana Luisa - **Aborto. Pode um pai interferir com a decisão de uma mãe que quer interromper a gravidez?.** [Em linha]. [Consult. 23 maio de 2021]. Disponível em <https://magg.sapo.pt/saude/artigos/aborto-pode-um-pai-interferir-com-a-decisao-de-uma-mae-que-quer-interromper-a-gravidez>

BETANCUR, Carlos Mario Molina & ARROYAVE, Sergio Orlando Silva. **El derecho al aborto.** [Em linha]. [Consult. 13 maio de 2020]. Disponível em <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1275>

BEVILÁQUA, Clóvis - **Teoria Geral do Direito Civil.** Rio de Janeiro: ed. Rio, 2007, p. 78-79. ISBN 9788587484635.

BRASIL. Câmara dos Deputados - **Apoiadores do Estatuto do Nascituro defendem proibição do aborto mesmo em caso de estupro**. [Em linha]. [Consult. 22 abr.2021]. Disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/815442-apoiadores-do-estatuto-do-nascituro-defendemproibicao-do-aborto-mesmo-em-caso-de-estupro/>

BRASIL. Câmara dos Deputados - Legislação Informatizada – **Lei nº 8560, de 29 de dezembro de 1992** – Publicação original. [Em linha]. [Consult. 22 abr.2021]. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8560-29-dezembro-1992-349772publicacaooriginal-1-pl.html>

CANOLTILHO, J.J. Gomes - **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7.^a ed. reimp. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-2106-5

CARVALHO, Ivo César Barreto de. **A tutela dos direitos da personalidade no brasil e em Portugal**. Ano 2 (2013), nº 3. [Consult. 23 março 2021]. Disponível em (https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2013/03/2013_03_01779_01820.pdf) RIDB,

CERQUEIRA, Thales Tácito - **Manual do Estatuto da Criança e do Adolescente: teoria e prática**. Niterói, Impetus, 2010.p. 736. ISBN 9788576264521

CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO - **Lei n.º 10.406/02. Diário Oficial da União**. I Seção. N.º 8. (11-01-02). p. 1 – 339.

CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS - **Lei n.º 8/2022, de 10/01** (Revê o regime da propriedade horizontal). [Em linha]. [Consult. 23 maio de 2021]. Disponível em <https://www.codigocivil.pt/>

COLÓQUIO SOBRE O CÓDIGO CIVIL. **Comemorações do cinquentenário** – [Em linha]. [Consult. 23 maio 2021]. Disponível em https://www.stj.pt/wpcontent/uploads/2017/05/int_pau_sa_ii_col_pro_civ-1.pdf

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA – **VII Revisão Constitucional [2005]**. [Em linha]. [Consult 17 jul. 2021]. Disponível em https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.a_spx

CONTE, Juliana. **Aborto em tempos de zika.** [Em linha]. [Consult 17 jul. 2021]. Disponível em <https://drauziovarella.uol.com.br/mulher-2/aborto-em-tempos-de-zika/>

COSTA, José Raimundo dos Santos. **A tutela da personalidade jurídica do nascituro,** [Em linha]. Lisboa: UAL, 2018. Projeto de disciplina de doutoramento. Disponível em Universidade Autônoma de Lisboa / D47421315

CUNHA JÚNIOR, Dirley da - **Curso de Direito Constitucional.** 14^a. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. ISBN 9788544234822

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO - [Em linha]. [Consult. 20 jun. 2021]. Disponível em <https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf>

DECRETO-LEI nº 496/77 de 25-11-1977 - Diário da República nº 273 Série I Parte A de 25/11/1977. Suplemento 1. [Consult. 12 abr. 2021]. Disponível em http://bdjur.almedina.net/item.php?field=item_id&value=354228

DE MATTOS, Karina Denari Gomes. "**Os direitos do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro.**" ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498 3.3 (2007). [Consult. 23 maio 2021]. Disponível em <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/1371>

DIAS, Maria Berenice - **Manual de direito das famílias.** Revista dos Tribunais: São Paulo, 2013. ISBN 9788520347560

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** 9^a. ed. rev. Aum. e. atual. de acordo com Código de Ética Médica. São Paulo: Saraiva, 2009. 9788502075986.

DONEDA, Danilo. **Os direitos da personalidade no código civil.** Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, Nº 6 - Junho de 2005). [Consult. 21 mar 2021]. Disponível em: <http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista06/Docente/03.pdf>

FELIZARDO, M.V.R. e MARTINS, R. 2019. **Aborto – Dignidade da Pessoa Humana e o Direito à Vida**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/aborto-dignidade-da-pessoa-humana-e-o-direito-a-vida/>

FRANÇA, Rubens Limongi - **Direitos da Personalidade** - Revista dos Tribunais. n.º 567, p.9, jan. 1983.

GALVÃO, Fernando – **Direito penal: crimes contra a pessoa**. São Paulo: Saraiva, 2013. ISBN 9788502181816.

GOMES, Daniela Vasconcellos. **Algumas considerações sobre os direitos da personalidade**. 2010. [Em linha]. [Consult. 21 mar 2021]. Disponível em <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/algumas-considera%C3%A7%C3%B5es-sobre-os-direitos-da-personalidade>

GONZÁLEZ. José. **A personalidade jurídica pré-natal**. 2021. [Em linha]. [Consult. 29 julho 2021]. Disponível em <https://www.justicatv.com/site/artigo.php?id=5581>

H AidAR, Rodrigo. **Supremo permite interrupção de gravidez de feto anencéfalo**. 2021. [Em linha]. [Consult. 16 jul. 2021]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2012-abr12/supremo-permite-interruptao-gravidez-feto-anencefalo>

JOTA. **STJ decide que pensão alimentícia na gravidez tem conversão automática**. AMAERJ, 2017. [Em linha]. [Consult. 23 maio de 2021]. Disponível em: <https://amaerj.org.br/noticias/stjdecide-que-pensao-alimenticia-na-gravidez-tem-conversao-automatica/>

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: RT, 1998, p. 470. ISBN: 8520316166.

MARTINEZ de Campos, Mónica; COSTA, Eva Dias. **A protecção ao nascituro na Constituição, na legislação ordinária e na moderna jurisprudência portuguesa e brasileira: Análise comparativa**. 2015. Asociación Xuristas en Acción. IJP - Artigos em Revistas Internacionais / Papers in International Journals. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11328/1385>

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MARTINS, Roberto Vidal da Silva - **A questão do aborto: aspectos jurídicos fundamentais**. São Paulo, Quartier Latin, 2008. p. 127. ISBN: 8576743264, 9788576743262.

MARTINS, Fabiane Parente Teixeira. **Algumas considerações sobre a lei que disciplina os alimentos gravídicos**. [Consult. 19 mar. 2020]. Disponível em <https://ibdfam.org.br/artigos/552/Algumas+considera%C3%A7%C3%B5es+sobre+a+lei+que+disciplina+os+alimentos+grav%C3%ADdicos>

MASSON, Cleber – **Direito Penal** - parte especial (arts 121 a 212). Porto Alegre: Método, 2022. Vol. 2

MENDONÇA, Leonardo Araujo Porto de – **Dos direitos do nascituro e do embrião no direito brasileiro**. [Em linha]. [Consult. 21 mar 2021]. Disponível em <https://leonardoapmendonca.jusbrasil.com.br/artigos/325703422/dos-direitos-do-nascituro-edo-embriao-no-direito-brasileiro>.

MIRANDA, Pontes de – **Tratado de direito privado**. 3ª ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 1983. ISBN 8520302726.

MOHR, Felipe Alexandre. "**Direitos de personalidade e internet**." (2013).

MONTEIRO, Washington – **Curso de direito civil**. 38ª ed. São Paulo, Saraiva, 2012. ISBN 9788502022980, 9788502105294.

MONTEJUNAS. Bruno de Carvalho, **A personalidade jurídica como a materialização do princípio da dignidade da pessoa humana: o nascituro como sujeito de direitos no ordenamento jurídico português**. [Em linha]. Lisboa: UAL, 2018. Disponível em Universidade Autônoma de Lisboa / D41139368

MOHR, Felipe. 2007. Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas. **Direitos de Personalidade e Internet: Direito à Imagem e à Privacidade**. Universidade Federal do Paraná, Curitiba págs. 24 e 25. Disponível em: <https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/30793/M%20866.pdf?sequ>

MORAES, Alexandre - **Direito Constitucional**. 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.63. ISBN 8522433526.

MORAES, Alexandre - **Direito Constitucional**. 24.^a ed. São Paulo: Atlas, 2009. ISBN 9788522454013.

MORAES, Guilherme Peña de - **Curso de direito constitucional**. 4^a ed. São Paulo: Atlas, 2012. ISBN: 9788597019667.

MORAES, Maria Celina de - **Instituições de direito civil**. 26^a ed., 2013. Rio de Janeiro: Forense p. 183, ISBN 9788530945213.

MORAIS, Lorena Ribeiro de – **A legislação sobre o aborto e seu impacto na saúde da mulher**. *Senatus*, v.6 n° 1, p. 50-58, maio 2008. [Em linha]. [Consult. 25 jul. 2021]. Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/131831/legisla%C3%A7%C3%A3o_aborto_impacto.pdf?sequence=6

MÜHLEN. Pauline Von. **Análise dos possíveis benefícios da legalização do aborto no brasil**. [Em linha]. Brasil: Universidade do Vale do Taquari. 2019. Disponível em <https://www.univates.br/bdu/bitstream/10737/2580/1/2019>

MUTO ELIZA; NARLOCH, Leandro - **Quando a vida começa?** SUPER Interessante, 2016. [Em linha]. [Consult. 29 marc. 2021]. Disponível em <https://super.abril.com.br/ciencia/vida-oprimeiro-instante>.

NABUCO FILHO, José. **Aborto (arts. 124 a 128)**. [Em linha]. [Consult. 19 mar 2021]. Disponível em <http://josenabucofilho.com.br/home/direito-penal/parte-especial/aborto-arts124-128/>

NOGUEIRA JUNIOR, Dearmartine Marques; BORGES, Sanderson – **Indenização ao pai por aborto cometido sem o seu consentimento**. [Em linha]. [Consult. 23 maio de 2021]. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/64101/indenizacao-ao-pai-por-aborto-cometido-sem-seuconsentimento>

NOVAES, Bianca de Oliveira. **"A possibilidade jurídica da adoção do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro."**. 2012. [Consult. 21 março de 2021]. Disponível em <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/4097>

OCAMPO, Antonio José Lizarazo & RÍOS, Alberto Rojas. - **Sentencia C-055-22**. [Em linha]. [Consult. 17 mai. de 2020]. Disponível em https://oig.cepal.org/sites/default/files/2022_sentenciac05522_col.pdf

OLIVEIRA, Arianne Alves de. **Aspectos jurídicos e sociais do aborto: um Estudo comparativo (Brasil – Uruguai)**. [Em linha]. [Consult. 09 mar. de 2021]. Disponível em <https://repositorio.ufersa.edu.br/handle/prefix/3497>

OLIVEIRA, Patricia – **Sugestão de lei que legaliza o aborto divide opiniões na internet**. [Em linha]. [Consult. 24 jun. 2021]. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/07/24/sugestao-de-lei-que-legaliza-o-aborto-divide-opinioes-na-internet>

PARDO, Daniel. Aborto en Colombia: **el caso de interrupción del embarazo a los 7 meses de gestación que reavivó el debate en ese país** - BBC News Mundo [Em linha]. [Consult. 14 jul. 2020]. Disponível em <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-51483601>
PEREIRA, Caio Mario da Silva – Instituições de direito civil. Rio de Janeiro, 2020, 33ª ed. ISBN 9788530990084.

PEREIRA, João Felipe Cunha. Crimes contra a vida intrauterina. **Evolução histórica do tratamento jurídico do aborto em Portugal e no Brasil** - Projeto de Pesquisa. [Em linha]. Lisboa: UAL, 2017 - Universidade Autónoma de Lisboa. 2017. Disponível em Universidade Autónoma de Lisboa / D31563261

PORTUGAL. Tribunal Constitucional – **Acórdão n° 346/2015**. [Em linha]. [Consult. 27 maio 2021]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150346.html>

PRADO, Pedro. **Alimentos gravídicos e seus aspectos sociojurídicos para o nascituro e a gestante**. [Em linha]. [Consult. 23 maio de 2021]. Disponível em

<https://jus.com.br/artigos/59039/alimentos-gravidicos-e-seus-aspectos-sociojuridicos-para-onascituro-e-a-gestante>

RACHEL, Andrea Russar. **"Qual é a diferença entre nascituro e concepturo."** 2016. [Consult. 19 maio. 2021]. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1822527/qual-e-a-diferenca-entre-nascituro-e-concepturo-andrea-russar-rachel>

REDE DE ENSINO LUIZ FLÁVIO GOMES - **Sobre o nascituro.** [Em linha]. [Consult. 16 abril. 2021]. Disponível em <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/997295/sobre-o-nascituro>

REVISTA AMAGIS JURÍDICA - **STJ reconhece direitos e limites à proteção jurídica do nascituro.** [Em linha]. [Consult. 19 jun. 2021]. Disponível em <https://amagis.com.br/posts/stjreconhece-direitos-e-limites-a-protecao-juridica-do-nascituro>

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO - **Jurisprudência do STJ vem reconhecendo nascituro como sujeito de direito.** [Em linha]. [Consult. 12 mar. 2021]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-jul-01/stj-vem-reconhecendo-nascituros-sujeitos-direito>

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO - **Lei brasileira permite responsabilizar os pais por danos causados ao nascituro.** [Em linha]. [Consult. 19 maio. 2021]. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-nov-05/processo-familiar-lei-permite-responsabilizar-paisdanos-causados-nascituro>

REVISTA DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y ESTRATÉGICOS - **La protección constitucional de la vida del nasciturus y la despenalización del aborto como política pública.** [Consult. 21 maio. 2021]. Disponível em <https://revistaepe.udem.cl/articulos/la-proteccion-constitucionalde-la-vida-del-nasciturus-y-la-despenalizacion-del-aborto-como-politica-publica/>

RIBEIRO, Paulo Eduardo da Silva. **A aquisição da personalidade jurídica da pessoa natural: análise doutrinária e jurisprudencial.** [Em linha]. [Consult. 12 abril 2021]. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/78117/a-aquisicao-da-personalidade-juridica-da-pessoa-naturalanalise-doutrinaria-e-jurisprudencial>

RODRIGUES, Álvaro (Relat.) - **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Proc.nº 436/07.6TBVRL.P1.S1, de 3 de abril de 2014.** [Em linha] [Consult. 16 març 2021]. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/4/art20140429-05.pdf>

RODRIGUES, Eliete Matias. **Crime de aborto: considerações sobre o bem jurídico protegido e as causas de exclusão.** [Em linha]. Lisboa: UAL, 2017. Disponível em Universidade Autônoma de Lisboa / D31563244

RODRIGUES, Glaison Lima. **As espécies de aborto e suas implicações jurídicas.** [Em linha]. [Consult. 27 jul 2021]. Disponível em <https://bebendodireito.com.br/as-especies-de-aborto-esuas-implicacoes-juridicas/>

RODRIGUES, Natália Bernadeth Fernandes & ARAÚJO, Anne de Fátima Pedrosa. **Direitos da personalidade.** [Em linha]. [Consult. 12 abril 2021]. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/55019/direitos-da-personalidade>

ROSAS, Cristiano Fernando. **O segredo médico diante de uma situação de aborto.** [Em linha]. [Consult. 04 mai. 2020]. Disponível em <http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=s&ficha=1&id=3405&tipo=PAR>

SANDERS, Mayara Kelly Sales Moraes, ARAGÃO, Dalyanne & SIQUEIRA, Ellanny de Loiola. **O direito aos alimentos gravídicos no ordenamento jurídico brasileiro.** [Em linha]. [Consult. 09 abril 2021]. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/55970/o-direito-aosalimentos-gravidicos-no-ordenamento-juridico-brasileiro>

SANTOS, Débora. **Supremo decide por 8 a 2 que aborto de feto sem cérebro não é crime.** [Em linha]. [Consult. 17 abril 2020]. Disponível em <https://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/04/supremo-decide-por-8-2-que-aborto-de-feto-semcerebro-nao-e-crime.html>

SILVA, Davi de Lima Pereira da. **Considerações sobre a ADPF 442.** [Em linha]. [Consult. 27 maio 2021]. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/83782/consideracoes-sobre-a-adpf-442>

SILVA, José Afonso. **Curso de direito Constitucional Positivo**. 27^a. ed, rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. ISBN 9788574208404.

SILVERIO, Fernanda. **Os direitos da personalidade e o aborto em casos de anencefalia**. [Em linha]. [Consult. 14 mai. 2021]. Disponível em <http://hdl.handle.net/1884/49472>

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Jurisprudência reconhece direitos e limites à proteção jurídica do nascituro**. [Em linha]. [Consult. 29 mar. 2021]. Disponível em <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Jurisprudencia-reconhecere-direitos-e-limites-a-protecao-juridica-do-nascituro.aspx>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição por descumprimento de preceito fundamental n. 54/DF, de 12 de abril de 2012** – [Em linha] [Consult. 30 mar. 2021] Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ANENC%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/h8n8sqt>

TARTUCE, Flávio – **Manual de Direito Civil**. 4^a ed. São Paulo. SP: Método, 2014. p. 79. ISBN 9788530951436.

TEIXEIRA, Marco Jean de Oliveira. **Alimentos gravídicos: pensão durante a gestação**. [Em linha] [Consult. 30 mar. 2021] Disponível em <https://marcojean.com/alimentos-gravidicos/>

TORTOLA, Renata Sales. **O direito fundamental à vida do nascituro com microcefalia e sua relação com o aborto eugênico**. [Em linha] [Consult. 27 maio 2021] Disponível em <https://revistas.ucp.pt/index.php/direitoejustica/article/view/9840/9571> Universidade Autónoma de Lisboa / D57876347

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Tipos legais de Direitos da Personalidade**. In *Direito da Personalidade*. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 250316/06.

VASSOLE, Gilberto. **O nascituro tem direito à pensão por morte?** [Em linha]. [Consult. 25 abril 2021]. Disponível em <https://saberalei.com.br/o-nascituro-tem-direito-a-pensao-por-morte/>

VENOSA, Sílvio de Salvo – **Direito Civil**, 15ª ed. São Paulo, Atlas, 2015. p. 15. ISBN 9788522496778.

VICENTE, Lisa Ferreira. **Aborto por opção da mulher: a experiência portuguesa da implementação da rede nacional**. [Em linha]. [Consult. 25 maio 2021]. Disponível em <https://www.scielo.br/j/csp/a/PHyR3QFxDG5FXkdWmWfDtDHQ/?format=pdf&lang=pt>

WIKIPÉDIA. **Aborto no Brasil**. [Em linha]. [Consult. 16 abril. 2021]. Disponível em https://pt.wikipedia.org/wiki/Aborto_no_Bras

WIKIPÉDIA. **Direito à vida**. [Em linha]. [Consult. 16 abril. 2021]. Disponível em <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/997295/sobre-o-nascituro>

WIKIPÉDIA. **Princípio da igualdade**. [Em linha]. [Consult. 20 maio. 2023]. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Princ%C3%ADpio_da_igualdade

XAVIER, Stefano Nehmy. **Tutela jurídica do nascituro no Brasil e em Portugal: a vida inspirando um ordenamento jurídico assentado na dignidade da pessoa humana**. [Em linha]. Lisboa: UAL, 2019. Disponível em Universidade Autônoma de Lisboa / D31563191

ZANIN, Ana Paula. **Os direitos da personalidade, suas características e classificações**. [Em linha]. [Consult. 25 maio 2021]. Disponível em <https://www.aurum.com.br/blog/direitos-dapersonalidade/>