

## A CONDIÇÃO FUNDAMENTAL: A DECISÃO DA MULHER COMO MARCO INICIAL DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO

### INTRODUÇÃO

A questão do aborto e o embate entre as teorias que buscam a melhor interpretação do artigo 2º do Código Civil é tema controverso, e que ultrapassa as fronteiras do direito civil para encontrar repercussões no direito penal, no direito constitucional, e em reflexões abrangentes sobre o papel do Estado na imposição legislativa de convicções morais. São três as correntes civilistas principais que procuram explicar o momento inicial de surgimento da personalidade civil do nascituro. Resumidamente, tem-se a corrente *concepcionista*, no qual a personalidade nasce na concepção. A corrente *natalista*, em que a mesma tem início no nascimento com vida. E a corrente *da personalidade condicional*, onde a personalidade se iniciaria na concepção, mas se subordinaria à condição suspensiva do nascimento com vida. Defender-se-á, neste trabalho, uma teoria condicional da personalidade, mas com uma distinção fundamental: não seria o nascimento com vida a condição suspensiva a partir do qual teriam eficácia os direitos civis do nascituro, mas sim a decisão da mulher em prosseguir ou não com a gravidez, segundo suas possibilidades e crenças filosóficas particulares. Esta é a condição fundamental ao qual estariam subordinados os direitos do nascituro.

Opta-se por essa corrente devido a uma conclusão definitiva da leitura de diversos artigos e obras sobre o assunto: por detrás dos extensos argumentos técnico-jurídicos sobre interesses do nascituro, esconde-se um aguerrido debate ético sobre a sacralidade da vida humana. Sacralidade essa que pode vir tanto de uma moral cristã quanto das verdades universais de um Direito Natural, mas que condena igualmente todo atentado contra a vida. Seria indigno de uma sociedade que se julgue civilizada, argumentam tais juristas, conceder permissão jurídica a um procedimento que pressupõe a descartabilidade da vida humana, e que nos aproximaria moralmente dos hediondos ordenamentos jurídicos dos estados totalitários do século XX. Seria sob esse prisma que deveria ser interpretado o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal e o princípio do direito à vida, tornando inconstitucional toda forma de interrupção antecipada da gravidez.

Mas a legalização do aborto e o respeito à decisão fundamental da mulher, conforme se entende aqui, de forma alguma significaria uma indiferença ao valor intrínseco da vida, nem sua banalização. Negar que um feto em estágios iniciais tenha interesses jurídicos não é o mesmo que demonstrar desprezo pelo seu destino. A idéia do que é ou não sagrado é por demais subjetiva e íntima para que se pretenda adotar uma posição única e oficial sobre o assunto. Deixar para a mulher tal decisão reafirmaria a liberdade de cada um para seguir seu próprio caminho em questões morais controversas, constituindo uma violência que caiba ao Estado impor uma moral majoritária às vidas particulares de seus cidadãos.

Dito isso, como ficaria a interpretação da segunda parte do artigo 2º do CC/02: *a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro* (grifo nosso)? A teoria aqui proposta entende esta parte do dispositivo não como uma afirmação de personalidade jurídica, mas como uma exortação à responsabilidade. Uma vez decidido pelo prosseguimento da gravidez, são os responsáveis obrigados a tomar todas as providencias para que o nascituro tenha uma gestação sadia e segura, assim como o usufruto imediato dos direitos que lhe garantirão um futuro digno.

Seria leviano que o Estado permitisse a uma mãe, uma vez decidida pelo nascimento do filho, agir de forma negligente ou imprudente em sua gestação, negando deliberadamente ao filho cuidados essenciais a sua saúde ou ao seu desenvolvimento futuro. Ou que seus direitos, inclusive patrimoniais, fossem desconsiderados, negando-lhe condições que talvez já sejam ofertados aos seus irmãos já nascidos.

A decisão da mulher, portanto, torna-se aqui o marco jurídico fundamental ao estudo da personalidade: uma vez decidida pelo prosseguimento da gravidez, o Estado reconhece que o nascituro, salvo eventos imprevisíveis, nascerá e será um membro ativo da sociedade, concedendo-lhe imediatamente os direitos que já reconhece a todos os seus outros cidadãos. Decidindo-se pelo não prosseguimento, o Estado respeitará a decisão individual da mulher, reconhecendo sua neutralidade em algo que envolve profundas questões e crenças pessoais, em que não lhe cabe intervir.

É fundamental que se faça uma distinção crucial entre duas afirmações: a de que o feto é uma pessoa, com interesses jurídicos próprios; e a de que a vida humana tem uma importância intrínseca, e é um imperativo humanista protegê-la. Quanto a esta última afirmação, não há discordância séria digna de nota. Seja a favor ou contra o aborto, ninguém defende que a vida seja despida de toda e qualquer consideração ética, ou que um embrião, por estar ainda em estágios incipientes de desenvolvimento, seja tratado como qualquer outra forma de vida orgânica de composição simples. Muito pelo contrário, o crescente conhecimento da humanidade sobre os mecanismos da Genética é diretamente proporcional à necessidade de uma bioética que reflita sobre os dilemas que advêm desse conhecimento tão profundo quanto potencialmente perigoso, assim como de uma legislação correspondente que acompanhe tais discussões. A divergência central, porém, está na primeira afirmação feita: a de que o feto é uma pessoa com interesses jurídicos constitucionalmente protegidos.

O próprio ordenamento jurídico brasileiro, no entanto, parece desmentir esta tese. O Código Penal, por exemplo, admite excepcionalmente o aborto nos dois incisos do artigo 128: os casos de aborto terapêutico e humanitário. Ainda que excepcionais, as duas hipóteses confirmam a tese de que a Constituição não é contrária a toda e qualquer forma de interrupção da gravidez, e que não considera o feto uma pessoa física tal qual uma criança já nascida. Do contrário, admitir-se-ia a hipótese de uma criança de 5 anos, fruto de violência sexual, ter a vida interrompida pela vontade da mãe, incapaz de se recuperar do trauma, hipótese odiosa e impensável sob qualquer ângulo. A criança e o feto gozam de status jurídicos diferentes. O princípio do direito à vida protegeria os direitos do indivíduo na seara civil, mas os negaria em matéria penal? Uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro não pode admitir que um mesmo alicerce sustente dois edifícios normativos distintos e antagônicos.

Temos ainda uma análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 e a Ação de Inconstitucionalidade 3510, ambas julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, que decidiu sobre a legalidade da Lei de Biossegurança e o uso de células tronco embrionárias. Embora ambas não versassem sobre o aborto especificamente, levaram a profundas discussões éticas sobre os status jurídicos de embriões que revelam uma inclinação jurisprudencial a negar ao feto o status de pessoa com personalidade jurídica, assim como rejeita o princípio do direito à vida como princípio absoluto.

A interpretação radical e intransigente do *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, longe de tutelar a vida, têm provocado situações de injustiça e violência institucional, em que

mulheres se vêem coagidas pelo Estado a prosseguir em gestações que não têm condições, seja de qualquer ordem, de levar a termo. Em que concepções majoritárias do sagrado e da moralidade são impostas à totalidade dos cidadãos, ao invés de honrar a tradição liberal segundo a qual um Estado é tanto melhor quanto mais se abstêm de tutelar a vida privada de seus cidadãos. Que desconsidera que a interrupção prematura e voluntária de uma gravidez por uma mulher não se dá por desprezo ao milagre natural que é a vida humana, muito pelo contrário: ocorre pelo entendimento de que esta é tão intrinsecamente valiosa que é uma irresponsabilidade gestá-la sem as condições mínimas para que ela se desenvolva em sua plenitude.

## **Capítulo 1: O aborto e o direito civil**

### **1.1: A concepção como início da personalidade**

A teoria concepcionista, como o próprio nome já revela, afirma que a personalidade jurídica do nascituro se inicia no momento da concepção. A partir deste momento-chave o nascituro gozaria de imediato de todos os direitos inerentes a uma pessoa. Esta é a corrente preferencial dos civilistas brasileiros, como Silmara Juny Chinelato, Pontes de Miranda, Rubens Limongi França, Maria Helena Diniz, entre outros.

Tal preferência se dá pelo entendimento de que esta é a teoria que melhor se coaduna a um Direito Civil que retirou o patrimônio do centro de suas preocupações, para colocar o *homem* e seus direitos inerentes como eixo de sua normatividade. A partir da concepção o embrião se individualizaria como pessoa, um ser com patrimônio genético próprio, que não se confunde com a mãe nem com o pai. Ensina-nos Silmara Chinelato<sup>[1]</sup>:

A terceira corrente doutrinária é por nós denominada concepcionista ou verdadeiramente concepcionista, para diferenciar-se da teoria da personalidade condicional. Sustenta que a personalidade começa da concepção e não do nascimento com vida, considerando que muitos dos direitos e status do nascituro não dependem do nascimento com vida, como os Direitos da Personalidade, o direito de ser adotado, de ser reconhecido, atuando o nascimento sem vida como a morte, para os já nascidos.

Exemplificando ainda melhor a definição e defesa desta teoria, temos Flávio Tartuce<sup>[2]</sup>:

A contribuição do presente trabalho é justamente a de defender a tese concepcionista, ou seja, de que o nascituro é pessoa humana, gozando de ampla proteção legal. Acredita esse autor que o momento é de reflexão profunda e, quem sabe, de virar as páginas bibliográficas que defendem as outras teses relativas ao nascituro, e que não lhe atribuem personalidade jurídica, o que, para um Direito Civil Personalizado, é algo inadmissível.

Também, pelo surgimento da quarta geração ou dimensão de direitos, aqueles relacionados com a proteção do patrimônio genético da pessoa humana, acreditamos que as teses que negam personalidade ao nascituro estão totalmente ultrapassadas. (pág 02)

Os concepcionistas argumentam que se a segunda parte do artigo 2º do Código Civil de 2002 já reconhece direitos aos nascituros, desde a concepção, isso implica por inferência lógica uma afirmação de personalidade. Só é titular de direitos quem possui personalidade jurídica.

O interesse jurídico do embrião, porém, só existe na medida em que é *retroativo* e *preventivo*. Explica-se: uma pessoa adulta pode olhar para trás e desejar que a gravidez que o gestou tivesse se cercado de mais cuidados, de modo que sua saúde não se comprometesse anos depois. Ou que sua honra tivesse sido protegida, de modo a não sofrer os efeitos nos anos subseqüentes, quando atingiu maturidade suficiente para compreender a extensão dos danos. Ou que seu patrimônio tivesse sido preservado, em um

momento em que ele ainda não tinha a capacidade para fazê-lo sozinho. Isso não significa, no entanto, que estes interesses já existissem à época em que era um embrião. Foram interesses surgidos *a posteriori*, a partir de um olhar retroativo sobre a própria vida e seus estágios.

No mesmo raciocínio, propõe-se uma situação hipotética: imagine-se que, momentos antes da relação sexual, os pais do referido indivíduo pudessem ter sido interrompidos por algum evento externo. E que, por instantes, houvesse uma grande possibilidade de óvulo e espermatozóide jamais se unirem, e conseqüentemente o embrião jamais se formar. Anos depois, refletindo sobre o assunto, o indivíduo poderia agradecer por esse evento externo não ter ocorrido, de modo que ele pudesse ter nascido. Mas esse é um interesse que nasce *a posteriori*. Caso o embrião não tivesse se formado, seus interesses não teriam sido lesados, visto que não existiam à época do fato.

Em sua obra magistral *Domínio da Vida*, o filósofo Ronald Dworkin. Tenta desvendar os mecanismos desses interesses que são posteriores. Tenta exemplificar<sup>[3]</sup>:

Imaginemos que (como alguns cientistas parecem acreditar que seja concebível) os médicos fossem capazes de produzir uma criança a partir de um óvulo não fertilizado, por partenogênese. A menstruação não iria contrariar os interesses do óvulo; uma mulher que usasse contraceptivos não estaria violando, a cada mês, o direito fundamental de uma criatura (pág 20).

Além de retroativos, os interesses jurídicos do nascituro são *preventivos*. Isto porque o ordenamento já lhe dá tutela antes mesmo que se forme, em momento posterior.

Retomando a analogia anterior, um indivíduo adulto que analise suas condições de gestação, ou os mecanismos de herança e sucessão do qual foi excluído pode perfeitamente bem desejar que tais eventos adversos a seus interesses tivessem sido afastados pela proteção de um ordenamento jurídico garantidor de seus direitos. Quando finalmente tiver idade e maturidade para compreender a extensão dos seus danos, porém, estes já terão sido feitos. É do seu interesse, ainda que um interesse posterior, que tais danos tivessem sido evitados à época em que ocorriam. Esta proteção só ocorre a partir de uma certeza razoável de que o nascituro irá nascer. Portanto, é dever do Estado, uma vez que a mãe decida pelo prosseguimento da gravidez, antecipar-se a qualquer possível lesão que venha a comprometer o seu futuro. A lei põe a salvo, desta forma, os direitos do nascituro.

Um caso concreto que se tornou famoso perante a opinião pública e se afirma interessante nesta discussão é o Resp. Nº 1.487.089 – SP, recurso especial impetrado por uma famosa cantora grávida e seu marido contra o comediante Rafinha Bastos, por uma piada agressiva feita por este contra a grávida e seu filho nascituro, e que supostamente teria ensejado um dano moral aos três. Abriu-se uma curiosa dúvida jurídica: poderia o nascituro ter legitimidade ativa para figurar no processo? Vejamos a transcrição de uma parte do processo:

Ocorre que os autores não pertencem a este grupo e ficaram efetivamente ofendidos, com expressões a eles dirigidas que não podem ser tomadas como inofensivas, ou apenas perturbadoras de seu sossego. O quanto dito pelo réu é grave e porta conteúdo reprovável, capaz de produzir abalo moral.

A ofensa perpetrada aos autores decorreu do conteúdo explícito das palavras do réu contra os primeiros dirigidas, conteúdo o qual, inegavelmente, carrega potencial lesivo, acentuado pela conotação sexual envolvida nas expressões utilizadas, como em outra passagem desta

decisão já frisado, capazes de atingir a intimidade e a honra dos autores, sua dignidade enquanto pessoas humanas. (...)

(RECURSO ESPECIAL Nº 1.487.089 – SP, Relator Marco Buzzi, fls 17)

O texto faz menção às expressões *abalo moral*, *honra* e *intimidade*. Todas se referem a um sentimento particular do indivíduo, um sentimento subjetivo de como ele vê a si próprio, e de como acha que é visto por seus pares. É perfeitamente plausível que uma piada grosseira possa ter atingido a sensibilidade moral de dois autores da ação, os pais. Mas e o nascituro? Teria ele capacidade cognitiva para entender a ofensa na piada? Como pode um nascituro, em qualquer estágio da gravidez, compreender sentimentos como a vergonha, a desonra, o medo de ver lesada a sua reputação social? Parece, a princípio, contra intuitiva a idéia de que um feto possa sofrer abalo em sua honra, em qualquer grau possível.

No entanto, não foi esse o entendimento dos tribunais no referido caso. A arguição de ilegitimidade ativa do nascituro para promover danos morais feita pelo réu foi negada, afirmando ser aquele apto a integrar o pólo ativo da demanda. A honra seria um bem personalíssimo, um dos direitos da personalidade, tutelável desde o momento da concepção. O nascituro, no presente caso, foi indenizado em R\$ 50.000,00.

Tal entendimento só é possível, porém, se posto dentro do esquema proposto de que os interesses jurídicos do feto são preventivos e retroativos. A lesão à honra do nascituro só ocorrerá de fato em um momento muito posterior, quando este já tiver em um grau de maturidade que compreenda noções sociais complexas como honra, reputação e vergonha. O interesse de não ter sido lesado pela piada grosseira só surgirá a partir de um olhar retroativo do indivíduo sobre a própria vida, em que entenderá ter sido alvo de escárnio quando ainda nem tinha nascido. Desejará, nesse momento, que o ordenamento jurídico do qual é sujeito tenha lhe protegido das injúrias que sofreu. Que mesmo sem consciência do que se passava, já houvesse uma tutela preventiva a lhe resguardar de lesões como essa. Que a lei pusesse a salvo, desde a concepção, os seus direitos de ser humano.

Dentro do mesmo exemplo, imagine-se que a mãe do citado nascituro, por qualquer motivo de foro íntimo, tivesse optado pela interrupção voluntária da gravidez ainda em seus estágios iniciais, mas após as ofensas dirigidas a si e ao seu filho. Teria ela privado este do seu direito fundamental a honra? Teria, com seu ato, fulminado um importante direito da personalidade daquele ainda por nascer? Entende-se aqui que não, pois estes interesses jurídicos simplesmente não existiam à época do fato.

Sobre a possibilidade de o nascituro possuir legitimidade ativa para a propositura de ação de danos morais, o STJ já se pronunciou favoravelmente, em uma clara opção pela *teoria concepcionista*:

“DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS. MORTE. ATROPELAMENTO. COMPOSIÇÃO FÉRREA. AÇÃO AJUIZADA 23 ANOS APÓS O EVENTO. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE. INFLUÊNCIA NA QUANTIFICAÇÃO DO QUANTUM. PRECEDENTES DA TURMA. NASCITURO. DIREITO AOS DANOS MORAIS. DOCTRINA. ATENUAÇÃO. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do quantum. II – O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum. III – Recomenda-se que o valor do dano moral seja fixado desde logo, inclusive nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando

inconvenientes e retardamento da solução jurisdicional” (STJ, REsp n. 399.028/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 26.02.2002, DJ 15.04.2002, p. 232).

A decisão entendeu, acertadamente em nossa opinião, que o filho fazia jus à indenização por dano moral pelo fato de ter sido privado da presença paterna, em virtude de um atropelamento ocorrido 23 anos antes, quando o autor ainda era nascituro. Tal dano imaterial, porém, só se concretizou a partir do instante em que se teve razoável certeza de que o feto iria nascer, e viria a ser privado da proteção afetiva e material normalmente usufruída pelas pessoas que têm pai. Caso a mãe tivesse decidido pela interrupção da gravidez na primeira ou segunda semana de gestação, o embrião jamais teria sofrido os efeitos da ausência paterna. Não teria sido “abandonado afetivamente”, visto que um embrião em tais estágios não possui desenvolvimento cerebral mínimo para captar sentimentos abstratos como afeto ou proteção. O dano moral simplesmente não existiria. Os concepcionistas refutariam tais argumentos e exemplos, afirmando que os direitos da personalidade não estão subordinados a qualquer condição suspensiva, não estando sujeitos a qualquer nível de capacidade sensitiva ou cognitiva do embrião. São aplicáveis imediata e automaticamente a este pelo simples fato de ele pertencer ao gênero humano, e ser merecedor da mais ampla proteção pelo ordenamento jurídico.

Esta linha de pensamento tem uma origem e motivações nobres, que merecem respeito, mesmo que não se concorde com ela. Provem de uma rejeição radical a qualquer teoria ou pensamento que pareça flexibilizar a importância do ser humano, que sugira coisificá-lo, reduzi-lo a um objeto que possa ser descartado em nome de objetivos ou princípios supostamente maiores. O século XX foi pródigo em horrores, em sistemas legais que negaram ao ser humano direitos elementares, em teses que afirmaram a superioridade étnica e a eugenia. O apego à teoria concepcionista pelos doutrinadores brasileiros tem uma base sobretudo moral, fruto de um século XXI que prometeu a si mesmo não repetir os horrores do passado, reafirmando o homem e seus direitos como objetivo máximo. Um trecho do artigo da doutrinadora Silmara Chinelato, sempre uma referência quando o assunto é tutela civil do nascituro, é revelador desta influência moral que é a principal motivação para a teoria concepcionista:

Existe um conjunto de normas que podem ser rastreadas em todas as legislações, quando não explícitas, nelas contidas implicitamente e que são tão essenciais que mal se concebem separadas do próprio conceito de civilização e de acatamento à pessoa humana. O respeito à vida e aos demais direitos correlatos, decorre de um dever absoluto, por sua própria natureza, ao qual a ninguém é lícito desobedecer. (CHAVES, Antônio. Tratado de Direito Civil, Parte Geral, 1ed, 1982, pág. 435).

Ainda que o direito à vida não fosse tutelado pelo sistema jurídico, sua natureza de Direito Natural legitimaria a imposição “erga omnes”<sup>[4]</sup>.

A autora coloca o direito à vida, assim como todos os direitos de personalidade decorrentes, como pertencentes a uma justiça atemporal e universal que não poderia ser negada por nenhum ordenamento positivo. Ainda que o artigo 2º do Código Civil Brasileiro não utilizasse a palavra concepção em seu texto, ou que uma eventual reforma legislativa consagrasse a opção da mãe em prosseguir ou não com a gravidez, as exigências de um justo natural, de um “direito das gentes”, de um código sagrado e ancestral, vetariam qualquer possibilidade neste sentido. A autora usa o jusnaturalismo como escudo e

argumento definitivo para se opor a qualquer forma de interrupção de gravidez. O aborto é, como já dito, uma divergência moral.

Em interessante artigo publicado, Ricardo Henry Marques Dip utiliza mesmo o termo *biodireito natural*, que seria o biodireito à luz das exigências do direito natural<sup>[5]</sup>:

Por certo: o justo natural independe da vontade humana, de modo que a lei positiva a contrariá-lo só pode constituir um injusto contra naturam. Ou em palavras de Santo Tomás: “Assim como a lei escrita não dá força ao direito natural, tampouco pode diminuir ou tirar sua força, porque a vontade do homem não pode modificar a natureza”.

Pode-se, então, cogitar de uma dogmática do biodireito (a ciência do direito posto) e, não menos, de uma verdadeira dogmática (queira-se ou não) do biodireito natural (pág 519).

O autor manifesta o temor das conseqüências que uma legalização do aborto viria a trazer, e tal qual Silmara Chinelato, se utiliza do jusnaturalismo para negar a possibilidade de que qualquer ordenamento positivo possa legitimá-lo. Ainda no mesmo artigo:

Não basta, pois, o biodireito legal: o Estado não pode legislar contra naturam. Há alguns anos, dois funcionários do governo de Espanha sustentaram publicamente que o Estado, uma vez que agisse dentro da competência legal, poderia regular o tema do aborto como bem lhe parecesse; a isso respondeu com vantagem Monsenhor Yanes, arcebispo de Zaragoza: “Os argumentos que defendem esses impugnadores justificariam os assassinatos cometidos por Hitler e por Stálin, já que, se se admite só o direito positivo como fonte da legislação, não se pode dizer com apoio nesse critério que qualquer dos dois haja agido mal”.

Os ordenamentos totalitários são sempre tidos como exemplos dos extremos a que os sistemas legais podem chegar caso uma sociedade não se comprometa de maneira radical com os valores da vida e dos direitos do homem. O artigo de Ricardo Dip se refere, sobretudo, ao aborto eugenésico. A eugenia, como se sabe, consiste na seletividade genética como forma de “aperfeiçoamento” da raça humana, e foi um dos pilares teóricos a sustentar o regime nazi-fascista. O autor pressupõe em seu texto que todo aborto é fruto de motivações obscuras e hediondas, um descarte de indesejáveis e socialmente inadequados. Ainda em seu texto:

De toda sorte, se se estima a vida de relação sob o aspecto exclusivo de uma vitalidade intelectual, a apontada tese do jurista pró-feticídio estaria a justificar mais do que o aborto; justificaria a eutanásia, justificaria a morte de todos os enfermos socialmente inúteis (não é de olvidar as oscilações desse conceito elástico de inutilidade social...) e daria razão ao totalitarismo eugenésico.

Como se vê, a objeção ferrenha ao aborto por parte dos concepcionistas ganha força retórica quando invoca razões morais e apela a um humanismo universal e inescapável, um tipo de humanismo que interpretam de tal forma que sirva sob medida para fortalecer suas próprias opiniões a respeito do assunto. Não lhes ocorre que uma interpretação diferente do sentimento humanista pode sugerir o oposto do que defendem: que uma mulher tenha a liberdade e o direito de decidir sozinha sobre a viabilidade de sua gravidez, que não seja obrigada a recorrer a métodos brutais e mutiladores de aborto clandestino para exercer sua própria autonomia privada, que o Estado e a sociedade civil não lhe imponham concepções majoritárias e externas do que seja ou não moralmente correto ou sagrado.

As comparações que tais autores fazem com a eugenia e o descarte social praticados nas sociedades totalitárias são maldosas e manipulativas. O pressuposto de tais regimes era justamente a supressão absoluta de qualquer autonomia individual, a presença sufocante



do Estado e da ideologia dominante ocupando cada espaço da vida civil. A eugenia era uma política pública que não deixava a ninguém qualquer poder de escolha, algo imposto de fora pra dentro. O aborto que se defende nas sociedades modernas é o oposto: é o exercício da liberdade civil, um esforço para fazer recuar o Estado de espaços privados que não lhe pertence, o reconhecimento de que certas decisões devem ser tomadas na solidão da própria consciência, sem interferência de razões de estado ou ideologias de massa. Lá, o Estado triunfava sobre os direitos. Aqui, os direitos triunfam sobre o Estado.

Ao abordar o assunto em sua obra, Dworkin identifica duas razões principais pelos quais os intelectuais e a opinião pública de maneira geral se opõe ao aborto, e que se coaduna com a revisão bibliográfica que foi feita dos doutrinadores brasileiros: a razão independente e a razão derivativa.

A razão derivativa seria aquela que pressupõe que o feto, mesmo em seus estágios mais iniciais e incipientes, já seja uma pessoa em sua plenitude, e goze imediatamente de todos os direitos e deveres concedidos aos outros cidadãos, de qualquer idade. O próprio Dworkin explica:

Em primeiro lugar, podem ser usadas para reivindicar que os fetos são criaturas com interesses próprios desde o início, aí incluído, fundamentalmente, o interesse de permanecer vivo, e que, portanto, eles têm os mesmos direitos que todos os seres humanos têm de proteger esses interesses básicos, inclusive o direito de não serem mortos. Nos termos de tal afirmação, o aborto é errado já em princípio por violar o direito de alguém a não ser morto, assim como matar um adulto é normalmente errado por violar seu direito a que não o matem. Chamarei esta objeção ao aborto de objeção derivativa, uma vez que pressupõem direitos e interesses que a objeção presume que todos os seres humanos têm, inclusive os fetos (...)[6]

A razão independente, por outro lado, embora também se indisponha contra a possibilidade do aborto, o faz baseado numa afirmação diferente: a de que a vida humana é sagrada, possuindo um valor intrínseco, é um fim em si mesmo. Ainda Dworkin:

A segunda afirmação que se pode fazer mediante o uso da conhecida retórica é muito diferente: a vida humana tem um valor intrínseco e inato; a vida humana é sagrada em si mesma; o caráter sagrado da vida humana começa quando sua vida biológica se inicia, ainda antes de que a criatura à qual essa vida é intrínseca tenha movimento, sensação, interesses ou direitos próprios. De acordo com esta segunda afirmação, o aborto é errado em princípio porque desconsidera e insulta o valor intrínseco, o caráter sagrado, de qualquer estágio ou forma da vida humana. Chamarei esta objeção de objeção independente (fls 13).

Os civilistas brasileiros adeptos da teoria concepcionista, em sua cruzada teórica anti-aborto, freqüentemente defendem suas posições com base no que o filósofo norte americano chamaria de razão ou objeção derivativa. Afirmam que o direito civil brasileiro já concede ao nascituro diversos direitos que estariam protegidos desde a concepção, em uma afirmação inequívoca de personalidade jurídica. Não obstante tais afirmações, a origem de sua rejeição à possibilidade do aborto é a da chamada objeção independente: a crença de que há algo sagrado e inviolável na vida humana, em qualquer de seus estágios, e que é um ato intrinsecamente mal acabar deliberadamente com ela. São categóricos em afirmar que os direitos da personalidade não dependem de qualquer grau de consciência ou sensibilidade por parte do feto. Que este, ainda que não seja mais que um aglomerado celular disforme no útero da mãe, já goza da proteção que é, ou deveria ser, dada a todos



os seres humanos. O direito à vida seria um direito primordial, afirma Chinelato, pois ele é a condição elementar que permite o usufruto de todos os outros direitos posteriores.

Mas não é a simples existência de vida que define e delimita os direitos da personalidade, e sim uma noção mais complexa e abstrata: a da dignidade. Há algum tempo a doutrina se debruça sobre um interessante tema envolvendo os direitos de personalidade: a existência de um direito à honra *post-mortem*. Este seria o direito do indivíduo de ter seu nome e sua reputação social preservados mesmo após sua morte, direito este tutelado pelos parágrafos únicos do artigo 12 e 20 do Código Civil de 2002. A saber:

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

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

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Como se pode analisar, o código civil brasileiro reconhece a existência de um direito da personalidade mesmo quando não há mais vida. Resta claro, muito mais do que no caso do nascituro, que um morto não tem qualquer possibilidade de avaliar danos à sua reputação; não tem como se sentir ultrajado com uma eventual ofensa à sua pessoa. Se os direitos da personalidade estivessem tão somente atrelados à vida, ao “direito primordial ou condicionante”, não há dúvidas de que tais direitos cessariam no exato momento em que a vida cessasse. Isso não acontece porque os direitos de personalidade não estão atrelados puramente ao aspecto biológico da existência humana, e sim a uma existência moral, social.

Renato de Souza Marques Craveiro, em tese de mestrado em que tenta dissecar os meandros deste curioso instituto relacionado à personalidade, nega que um morto possua personalidade jurídica, mas admite a possibilidade de que os legitimados elencados no CC-02 defendam sua honra em momento póstumo. Aduz o estudioso que<sup>[7]</sup>:

Portanto, colocar o direito à honra *post-mortem* como sendo um direito subjetivo do morto, justificando tal posicionamento pela existência de uma personalidade *post mortem* deste é, em nossa opinião, equivocado. O que fica após a morte são nossos atos, os quais ajudam a prever a maneira pelo qual seremos lembrados (ou esquecidos) pela posteridade (memória). Assim sendo, o que sobra do morto não é uma sua “personalidade *post mortem*”, pois morto não é pessoa. Ficam apenas seus atos, que se revelam por meio de algum atributo da sua então personalidade, como, por exemplo, a honra, por meio da tutela de sua memória (pág. 132).

Para voltar à classificação de Dworkin, não é por razões derivativas que se pretende tutelar a honra *post-mortem*, visto que a ninguém ocorre a possibilidade de um morto realmente possuir interesses concretos sobre o que quer que seja, mas sim por razões independentes, ou seja, fundamentadas numa exigência de que se respeite e reverencie o longo investimento que o indivíduo possa ter feito, em vida, para construir uma reputação social

aceitável, para que sua memória póstuma não sofresse ataques injustos em um momento em que ele não mais estaria apto a se defender. Se se falou aqui que o nascituro só possuía interesses em uma perspectiva retroativa, ou seja, quando no futuro olharia o seu passado e desejaria a tutela do Estado sobre si, a honra *post mortem* trabalha com um interesse prospectivo: um indivíduo, no presente, desejando a tutela em um futuro em que não mais estará presente. Não é sobre a vida que se assenta os direitos de personalidade. É sobre a dignidade, e o respeito à existência humana. E o aborto voluntário, feito por mulheres em seus estágios iniciais de gravidez, de forma alguma pretende ofender tais princípios que todos compartilham, embora diverjam sobre sua melhor interpretação. O legado de Ronald Dworkin para o presente tema em seu livro *Domínio da Vida* é justamente identificar, dentre os inúmeros argumentos que orbitam a discussão pública sobre o assunto, qual é o centro verdadeiro da divergência. Os estudiosos se confrontam teoricamente para analisar se um feto tem ou não interesses jurídicos, ou em que momento ele seria considerado pessoa. Mas a verdadeira origem da rejeição ao aborto está numa ideia intuitiva de que há algo de sacrílego, ou fundamentalmente errado em se interromper uma vida pela via da intervenção humana. Não se defende *alguém*, mas sim uma ideia abstrata e coletiva do sagrado.

Os que são contrários ao aborto não parecem acreditar sinceramente que um feto de três semanas seja uma pessoa da mesma forma que uma criança de cinco anos o é. Há nesta última uma dimensão existencial que falta à primeira. Uma vez que a mãe decidiu pelo seu nascimento, ela passou a ter uma existência mais que biológica: passou a ter uma existência biográfica. É o momento crucial em que um minúsculo embrião passa a um novo significado: nascerá, e será um membro da família. Se a vida pudesse ser comparada a um romance biográfico, a decisão da mulher formaria as tintas iniciais de um primeiro capítulo ou introdução. O critério puramente biológico dos concepcionistas é pobre, e não reflete corretamente nossas próprias crenças a respeito do que significa vida. Diz Dworkin: Para expressar o conceito de vida, os gregos usavam duas palavras que estabelecem essa distinção: *zoe*, para significar vida física ou biológica, e *bios*, que para eles designava a vida como processo *vivido*, formado pela totalidade de ações, decisões, motivos e acontecimentos que hoje compõem o que chamamos de biografia. (pag 115)

Se a sacralidade da vida é o verdadeiro ponto de discordância que se esconde por trás das opiniões concepcionistas, então a discussão sobre o aborto precisa ser interpretada sob um novo ângulo interpretativo, que leve em conta a liberdade de crença e religião, assim como a autonomia reprodutiva da mulher, corolário da liberdade de escolha e da dignidade da pessoa humana, presentes no artigo 5º, caput, e no artigo 1º, III da Constituição, respectivamente. Como resume o estudioso americano:

A questão mais importante e difícil é aquela que diz respeito aos interesses independentes dos estados, e não aos seus interesses derivativos. A questão crucial é se um estado pode impor a concepção majoritária do sagrado a todas as pessoas (pág 150).

### **1.2: O início da personalidade e os limites ao aborto**

Já foi defendido aqui que o início da personalidade jurídica do nascituro deveria ter a decisão individual da mãe como marco fundamental. Uma linha temporal divisória antes da qual o nascituro, ainda que seja reconhecido como vida humana, não seria uma pessoa em sentido jurídico. Esta seria uma defesa da *teoria da personalidade condicional*, ainda que uma versão particular e diferente da versão clássica da mesma. Esta última consiste em afirmar que o nascituro teria tão somente uma expectativa de direitos, uma titularidade

eventual. Baseia-se no artigo 130 do Código Civil, que abre ao titular eventual de um direito a possibilidade de praticar os atos destinados a conservá-lo, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva. Esta condição seria o nascimento com vida. Flávio Tartuce procura explicar<sup>[8]</sup>:

A teoria da personalidade condicional é aquela pela qual a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, ou seja, são direitos eventuais. Como se sabe, a condição suspensiva é o elemento acidental do negócio ou ato jurídico que subordina a sua eficácia a evento futuro e incerto. No caso, a condição é justamente o nascimento daquele que foi concebido. Como fundamento da tese e da existência de direitos sob condição suspensiva, pode ser citado o art. 130 do atual Código Civil (pág 103).

O civilista pondera que esta teoria nada mais seria do que um subgênero da teoria natalista, que põe o nascimento com vida como o início da personalidade jurídica. A diferença seria que a *personalidade condicional* teria a preocupação de nomear o nascituro como um titular eventual de direitos futuros, deste modo abrindo a possibilidade que atos de conservação destes direitos sejam realizados antes do nascimento.

As duas teorias, que de formas diferentes estabelecem o nascimento com vida como o marco inicial da personalidade, soam equivocadas e ultrapassadas. Isto porque parecem desconsiderar os diversos estágios de uma gravidez, e os diversos graus de senciência pelos quais passa o nascituro, ignorando a moderna literatura médica sobre o assunto, assim como as diversas possibilidades de reprodução *in vitro*, e desprezando as diferenças entre um nascituro de uma semana, e um de oito meses. Se desde o início fez-se aqui uma defesa do direito da mulher nas questões reprodutivas ligadas ao aborto, agora é hora de ressaltar que ele não é absoluto.

A gestação é um processo complexo, uma rápida marcha evolutiva de nove meses através dos quais o nascituro vai de um simples conjunto celular até um ser complexo com todos os órgãos formados e a fisiologia intrincada inerente aos seres humanos.

Desse modo, vários autores procuram definir o momento exato em que a vida se iniciaria. Uns se posicionam pela *nidação*, que é a aderência do embrião à parede uterina, após o qual ele deixaria de ser apenas uma potencialidade humana, para se tornar um ser humano em desenvolvimento de fato. Outros afirmam que a fecundação, momento em que espermatozóide e óvulo se fundem na formação do zigoto, seria o momento inicial da vida humana. Esta última é posição de Maria Helena Diniz, que preleciona:

Embora a vida se inicie com a fecundação, e a vida viável, com a gravidez, que se dá com a nidação, entendemos que o início legal da personalidade jurídica é o momento da penetração do espermatozóide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher, pois os direitos da personalidade, como o direito à vida, à integridade física e à saúde, independem do nascimento com vida.<sup>[9]</sup>

Outros ainda afirmam que, se a definição clínica de morte é dada pela morte encefálica de um indivíduo, nada mais natural que a definição de início da vida se dê aos primeiros sinais de surgimento de uma estrutura nervosa que faça supor algum grau, mesmo que mínimo, de senciência por parte do nascituro. A sensação primitiva de dor experimentada por um feto imediatamente faria surgir nele um interesse, ainda que sem possibilidade de ser expresso, em não ser alvo de um procedimento cirúrgico agressivo. Essa é a posição aqui adotada.

O direito de escolha e liberdade reprodutiva da mulher não é absoluto, e existe a necessidade de que se faça uma escolha racional para determinar até que mês de gravidez o aborto poderia ser legalmente permitido. Quanto mais avançada a gestação, maior o incômodo moral que o aborto provoca, visto que em seus estágios finais um feto pouco se difere de uma criança recém-nascida.

Este trabalho não se arvorará a estabelecer uma janela temporal dentro do qual a mulher poderia exercer seu direito legalmente. O tema do nascimento da sensibilidade fetal é complexo, e exigiria um mergulho profundo em pesquisas e discussões no campo da embriologia. Cada país cuja legislação permite o aborto estabeleceu um marco próprio, alguns até o primeiro trimestre, outros até o primeiro semestre. Pode-se dizer, porém, qual a prioridade na definição desse marco: criar um prazo de decisão confortável o suficiente para que a mulher pondere suas opções e razões particulares a fim de tomar uma resolução responsável, ao mesmo tempo em que não permite que a gestação avance o suficiente para que o embrião ganhe a complexidade fisiológica após o qual o procedimento abortivo passe a ser uma agressão. Sobre isso, Dworkin:

É uma convicção quase universal que o aborto se torna claramente mais problemático do ponto de vista moral quando o feto já adquiriu as características de uma criança, quando diferença entre gravidez e primeira infância se torna mais uma questão de localização do bebê do que de seu desenvolvimento.

Uma demora demasiada por parte da mulher na decisão de interromper a gravidez poderia sugerir um desleixo, uma indiferença à vida que carrega, circunstância em que pode se considerar legítima a interferência do Estado na promoção de um dever geral de responsabilidade pela vida humana.

É esta exortação à responsabilidade, muito mais que a simples proteção da vida biológica, que justifica a segunda parte do artigo 2º do Código Civil: *mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*.

Uma grávida que decidisse pelo prosseguimento normal de sua gravidez assumiria imediatamente para si todas as obrigações decorrentes da maternidade, assim como investiria automaticamente o nascituro de todos os direitos que lhe são inerentes como ser humano, e cidadão.

[1] CHINELATO, Silmara de Juny Abreu. *Bioética e Direitos de Personalidade do Nascituro*. Revista Scientia Iuris. Pág 93.

[2] TARTUCE, Flávio. *Questões Controvertidas no Novo Código Civil*. Volume 6. São Paulo Método, 2007.

[3] DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais*. 2ª edição. Martins Fontes. São Paulo, 2009.

[4] Idem. Pág 96.

[5] DIP, Ricardo Henry Marques. *Uma questão biojurídica atual: a autorização judicial de aborto eugenésico – alvará para matar*. Revista dos Tribunais, São Paulo, Ano 85, v. 734, Fasc. Pen, p. 517-540, dez 1996.

[6] Idem, pág 13

[7] CRAVEIRO, Renato de Souza Marques. O direito à honra post mortem e sua tutela. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em:

<<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-29102012-162957/>>. Acesso em: 2015-12-16.

[8] TARTUCE, Flávio. *Direito civil, 1 : Lei de introdução e parte geral* – 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

[9] (DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 1: teoria geral do direito civil* – 22. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2005, p. 193