



**FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA**

**ANA CLAUDIA SCHREINER**

**DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO**

**BACHARELADO  
EM  
DIREITO**

**CARATINGA – MG  
2019**

**ANA CLAUDIA SCHREINER**

**FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA**

**DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito das Faculdades Doctum de Caratinga, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharelado em Direito.

Área de concentração: Direito civil e Direito constitucional.

Orientador: Prof. M.e Rafael Soares Firmino.

**CARATINGA - MG2019**

**TERMO DE APROVAÇÃO**


Trabalho de Conclusão de Curso intitulado **Descriminalização do aborto**, elaborado **Ana Claudia Schreiner** foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de DIREITO da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

**BACHAREL EM DIREITO.**

Caratinga 5 de 07 20 19

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Rafael Soares Firmino

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Alessandra Dias Baião

  
\_\_\_\_\_  
Prof. Cláudio Boy Guimarães

*Dedico esse trabalho à minha família, que sempre contribui muito com a minha bagagem de conhecimentos.*

## **AGRADECIMENTO**

Agradeço aos meus educadores M.e Rafael Soares Firmino e M.e Juliano Sepe por todo apoio e paciência ao longo da elaboração do meu projeto final.

*“Never let the fear of striking out keep you  
from playing the game.”*

*(A CINDERELLA STORY, 2004)*

## RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso busca analisar, dentro da esfera constitucional e civil, a possibilidade da descriminalização do aborto voluntário, uma vez que esta criminalização fere direitos das mulheres, tendo em vista que, os Estados têm o dever, bem como a obrigação ética e jurídica, de assegurar o exercício de todos os direitos às mulheres e não os anular em detrimento de um ente que pode vir a obtê-los.

O aborto é uma prática antiga, mas ainda hoje se mantém nas pautas de pesquisas e debates, em agosto de 2018 fora discutida sua descriminalização pelo STF através de uma audiência pública, por isto, acredita-se ser pertinente a abordagem deste tema, especialmente por trazer um embate entre as posições do Estado e da sociedade a respeito desta conduta.

**Palavras-chave:** Direitos humanos, proteção dos direitos da personalidade e descriminalização.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS .....	11
1 PESSOAS NATURAIS .....	14
1.1 Personalidade jurídica da pessoa natural .....	14
1.2 Capacidade jurídica da pessoa natural.....	18
1.3 Direitos humanos das mulheres .....	22
2 DO NASCITURO.....	28
2.1 O nascituro e sua personalidade jurídica .....	28
2.2 Teoria natalista.....	32
2.3 Teoria da personalidade condicionada.....	34
2.4 Teoria concepcionista .....	34
2.5 Ente despersonalizado.....	36
3 O ABORTO E SUA POSSÍVEL DESCRIMINALIZAÇÃO .....	37
3.1 O aborto na história .....	37
3.2 Dignidade da pessoa humana, direito à liberdade, à autodeterminação e à diferença como fundamentos para o dever da descriminalização do aborto no Brasil .....	41
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	47
REFERÊNCIAS .....	49



## INTRODUÇÃO

O assunto central a ser pesquisado e estudado é o aborto, um tema que não é novo, mas atual, visto que se envolve várias áreas de estudo ao seu redor, como a jurídica, médica, religiosa, biológica, dentre outros. Poucos temas são tão controversos e provocam discussões tão acirradas.

O grande embate é a defesa da expectativa de uma vida extrauterina do nascituro acima de direitos das mulheres, sendo, por tanto, um momento em que há confronto.

Este dilema traz um problema cujo enfrentamento deve ser feito além do sistema penal, já que fere direitos ligados à pessoa.

Sendo assim, é possível a descriminalização do aborto visto que a obrigação de manter uma gestação indesejada fere princípios da Constituição Federal de 1988 e dos Tratados dos Direitos Humanos das Mulheres?

Para obter a resposta, a pesquisa utilizará o método teórico-dogmático uma vez que serão utilizadas doutrinas para a pesquisa, bem como legislações, manuseio de jurisprudências e artigos. A natureza da presente pesquisa se revela transdisciplinar, devido ao cruzamento e investigações de informações em diferentes ramos do direito, tais como Direito Constitucional, Direitos Humanos e Direito Civil. Também possui conteúdo interdisciplinar entre o Direito e as relações morais e religiosas no que tange a descriminalização do aborto.

Tem-se como marco teórico da presente pesquisa as ideias sustentadas por José Henrique Torres:

A criminalização primária do autoaborto (CP, art. 124) e do aborto praticado por terceiro com o consentimento da gestante (CP, art. 126) afronta os princípios éticos e democráticos de limitação da criminalização – idoneidade, subsidiariedade e racionalidade – e fere de morte os princípios da autonomia e liberdade da vida privada e pro homine, os quais embasam e fundamentam o sistema de proteção dos direitos humanos.<sup>1</sup>

O objetivo da pesquisa é trazer reflexões sobre a personalidade jurídica do nascituro, demonstrar que não é um assunto resolvido, sendo assim, a criminalização do aborto voluntário é inconstitucional, visto que direitos de mulheres são feridos em prol destes entes.

---

<sup>1</sup> TORRES, José Henrique Rodrigues. **Aborto e Constituição**. São Paulo: Estúdio, 2015. p. 8.

A pesquisa se justifica, pois, se trata de um tema controverso e que é discutido em diversos locais e áreas de estudo, sendo assim, é importante que haja inúmeros trabalhos, para que mostrem diversos lados do assunto. Também é necessário mostrar para a população e principalmente para as mulheres, o direito que lhes é negado e o porquê deveria ser amparado pelo Estado. Além disto os ganhos pessoais são grandes, na área acadêmica será necessário um vasto estudo, não apenas na área jurídica; Como mulher, é um assunto que muito me atrai, acredito que irá estender meus conhecimentos neste campo e ajudar também na minha formação como cidadã, tendo uma visão mais humana a respeito do tema.

O primeiro capítulo abordará sobre a personalidade, a capacidade e os direitos humanos das mulheres.

O segundo capítulo terá o conceito de nascituro, sua possível personalidade e teorias sobre a mesma.

O terceiro capítulo retratará a história do aborto de forma geral e a possibilidade de sua descriminalização no Brasil.

## CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Tem muitos anos que o aborto é alvo de discussões, sem, até então, chegar a um senso comum.

Sendo assim, trazem-se alguns conceitos das palavras chaves, sendo estes, direitos humanos, proteção dos direitos da personalidade e descriminalização, com a intenção de se deter um maior entendimento do trabalho proposto.

Os Tratados Internacionais dos Direitos Humanos foram ratificados pelo Brasil, sendo, também, incorporados pelo sistema jurídico-constitucional os Direitos Humanos das Mulheres, segue parte da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que trata sobre:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º 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.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo: DLG nº 186, de 2008, DEC 6.949, de 2009, DLG 261, de 2015, DEC 9.522, de 2018).<sup>2</sup>

Para complementar trago as palavras de Flávia Piovesan através do Torres:

Os direitos garantidos nos tratados de Direitos Humanos de que o Brasil é parte, integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda da interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, com parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional.<sup>3</sup>

Com o exposto fica evidente que tanto os direitos humanos quanto os direitos humanos das mulheres estão entre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito brasileiro. Através destes direitos os indivíduos detêm a

<sup>2</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Vade Mecum compacto/Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. – 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

<sup>3</sup> PIOVESAN. 1996. citada por: TORRES. 2015. p. 77.

faculdade para exigir e agir com poderes atribuídos a eles para assegurar sua dignidade nas dimensões da liberdade, igualdade e solidariedade.

Neste contexto, adentremos na proteção dos direitos da personalidade. São projeções da pessoa humana; é eficácia do fato jurídico ser pessoa. É o direito de cada pessoa defender o que lhe é próprio, como a vida, identidade, liberdade, privacidade, honra, opção sexual, integridade e imagem.

Os direitos da personalidade são absolutos porque possuem eficácia contra todos, impondo-os à coletividade o dever de respeitá-los.

Segundo George Sarmento:

Os direitos da personalidade são atribuídos indissociáveis do ser humano, visto em sua dimensão individual. São posições subjetivas que impõem a terceiros o dever de não intervenção sobre a esfera física, intelectual e moral de cada pessoa. Nesse sentido, são considerados direitos negativos, pois impedem ingerências indevidas de terceiros, sob pena de responsabilização penal e civil.<sup>4</sup>

Sendo assim, podemos identificar os direitos já assegurados de todos os seres humanos, inclusive o da mulher, de ter seus direitos individuais respeitados, sem intervenção de terceiros ou mesmo do Estado em sua vida privada, cabendo apenas a si mesma tomar decisões e gerenciar sua vida.

Acerca do conceito de descriminalização, segundo o Dicionário Online de Português, significa: “Ação de revogar a criminalidade de um fato; ação de fazer com que alguma coisa deixe de ser um crime: o governo votará sobre a descriminalização do aborto”<sup>5</sup>, ou seja, desqualificar uma conduta que é considerada crime ou atribuir a outros ramos de direito, que não seja penal, a legitimidade para resolução de procedimentos suscitados perante a sociedade.

Neste sentido, manter a criminalização do aborto viola princípios democráticos elementares relativos à possibilidade de criminalização (idoneidade, subsidiariedade e racionalidade), bem como ignora as exigências jurídico-penais de não se criminalizar uma conduta de modo simbólico ou para impor determinada concepção moral ou para punir condutas frequentes aceitas ou praticadas por parcela significativa da população.

---

<sup>4</sup> SARMENTO, George. **Curso e Concurso** – Direitos Humanos. 36. v. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 72.

<sup>5</sup> DICIO, Dicionário Online de Português. Disponível em: <<https://dicio.com.br/descriminalizacao/>>. Acessado em: 05/02/2019.

Para Ronald Dworkin:

Gostaria muito de convencer essas pessoas, caso estejam dispostas a ouvir-me, de que elas compreendem mal o fundamento de suas próprias convicções. Ou, de qualquer modo, de que existe um enfoque convincente da controvérsia moral que lhes permitiria continuar a acreditar, com plena convicção, que o aborto é moralmente condenável, mas também a acreditar, com igual fervor, que as mulheres grávidas devem ser livres para tomar uma decisão diferente se suas próprias convicções assim o permitirem ou exigirem.<sup>6</sup>

Desta forma, e por tudo que foi dito, é possível a descriminalização do aborto visto que a obrigação de manter uma gestação indesejada fere princípios da Constituição Federal de 1988 e dos Tratados dos Direitos Humanos das Mulheres?

---

<sup>6</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdade individuais – Col. Justiça e Direito. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. (Prefácio à edição Vintage, p. IX).

## 1 PESSOAS NATURAIS

### 1.1 Personalidade jurídica da pessoa natural

Não tem como tratar da personalidade sem antes falar sobre pessoa, já que aquela está ligada a esta.

A palavra pessoa já foi utilizada para empregar outra coisa que não o ser humano e quando passou a ser designada aos homens, foi de uma maneira limitada e com bastante discriminações, apenas quem provia de pré-requisitos era considerado gente.

Na realidade, é recente a utilização do vocábulo pessoa envolvendo todo e qualquer ser humano, reconhecido, por sua humanidade, como digno de igual respeito sem quaisquer diferenciações biológicas ou culturais e evocações teológicas.

É necessário dizer que no âmbito jurídico, pessoa, não está ligado ao ser humano em si, mas ao sujeito de direitos. Temos que sujeito, entre seus significados é um indivíduo que necessita de identificação; e direito, é um conjunto de normas que permitem regular a conduta e vínculos humanos para uma melhor convivência em sociedade. Sendo assim, sujeito de direitos trata-se daquele a quem se podem imputar direitos e deveres através da lei.

Segundo Sergio Semião: “[...] pessoa designa todo o ser capaz de ter direito e obrigações. É o sujeito de direitos, no que difere da coisa, tida sempre como o objeto de uma relação jurídica.”<sup>7</sup>

É importante mencionar que os sujeitos de direito podem ser coletivos e individuais, esses também conhecidos como pessoas jurídicas, que são entidades com personalidade e estes são os cidadãos individuais, seres humanos. Semião traz que:

[...] no Direito, há duas espécies de pessoas: as pessoas naturais, pessoas físicas, de existência visível, isto é, o ser humano com vida; e as pessoas coletivas, comumente denominadas pessoas jurídicas, ou seja, entidades a que se atribui a personalidade, para uma melhor satisfação dos interesses humanos coletivos.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os Direitos do Nascituro**: aspectos cíveis, criminais e do biodireito. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 24.

<sup>8</sup> Ibid. p. 25.

Como citado acima, as pessoas jurídicas obtêm a personalidade através de atribuição, e as naturais, apenas a partir do nascimento com vida, trago as palavras de Carlos Gonçalves:

O conceito de personalidade está umbilicalmente ligado ao de pessoa. Todo aquele que nasce com vida torna-se uma pessoa, ou seja, adquire personalidade. Esta é, por tanto, qualidade ou atributo do ser humano. Pode ser definida como aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações ou deveres na ordem civil. É pressuposto para a inserção e atuação da pessoa na ordem jurídica.<sup>9</sup>

Assim, a partir do nascimento com vida se é considerado pessoa e se passa a ter personalidade jurídica.

Para uma melhor definição de personalidade trouxe as palavras de Fábio Coelho:

Personalidade jurídica, assim, é uma autorização genérica concedida pelo direito para determinados sujeitos, tornando-os aptos à prática de qualquer ato jurídico não proibido. É uma decorrência do princípio da legalidade, expresso em norma constitucional: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (CF, art. 5º, II).<sup>10</sup>

Rafael Firmino, partilhando da mesma ideia descreve que: “A personalidade jurídica é a que dá aptidão para que todas as pessoas sejam titulares de direitos e deveres nas relações jurídicas, ou seja, sejam titulares, ativa ou passivamente, em relações jurídicas.”<sup>11</sup>

Portanto, toda pessoa natural tem personalidade jurídica, podendo contrair direitos e exercer deveres, mas é válido ressaltar que a personalidade não está sempre vinculada ao sujeito de direitos, segundo Firmino:

[...] a doutrina mais atualizada reconhece a existência de entes despersonalizados que podem ser sujeitos de direito e que o próprio ordenamento jurídico pátrio lhes confere este status, gerando controvérsia a afirmativa de que a personalidade jurídica está sempre atrelada à ideia de sujeito de direito.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 1. v. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 94.

<sup>10</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: parte geral**. 1. v. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 163.

<sup>11</sup> FIRMINO, Rafael Soares. **Situações Subjetivas Existenciais do Nascituro**. Orientadora: Caitlin Sampaio Mulholland - 2014. p. 41.

<sup>12</sup> Ibid. p. 43

Tratarei sobre os entes despersonalizados mais adiante.

Também é válido falar sobre os direitos da personalidade, segundo Gonçalves:

A concepção dos direitos da personalidade apoia-se na ideia de que, a par dos direitos economicamente apreciáveis, destacáveis da pessoa de seu titular, como a propriedade ou o crédito contra um devedor, outros há, não menos valiosos e merecedores da proteção da ordem jurídica, inerentes à pessoa humana e a ela ligados de maneira perpétua e permanente. São os direitos da personalidade, cuja existência tem sido proclamada pelo direito natural, destacandose, dentre outros, o direito à vida, à liberdade, ao nome, ao próprio corpo, à imagem e à honra.<sup>13</sup>

Trago as palavras de Maria Diniz que os define como sendo:

[...] direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio, vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social).<sup>14</sup>

Para Fernanda Cantali:

Os direitos da personalidade são posições jurídicas fundamentais do homem as quais lhes são inerentes, já que os homens as têm pelo simples fato de existir, são “condições essenciais do seu ser e devir” (MIRANDA, 1998). Por isso também são chamados de direitos personalíssimos.<sup>15</sup>

Por isso, temos que os direitos da personalidade estão intrinsecamente ligados aos indivíduos e tem como objetivo defende-los de forma psíquica, física, moral e intelectual.

Segundo o art. 11º do Código Civil de 2012, com “exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”<sup>16</sup>. Gonçalves acrescenta

<sup>13</sup> GONÇALVES. 2012. p. 186.

<sup>14</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 1. v. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 43.

<sup>15</sup> CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia priva e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 65

<sup>16</sup> BRASIL. **Código civil**. Vade Mecum compacto/Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. – 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.



que “na realidade são, também, absolutos, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis, inexpropriáveis e vitalícios.”<sup>17</sup>

Assim sendo, ficou entendido que os direitos da personalidade tutelam a integridade do ser humano. Também fica claro que o rol dos direitos da personalidade é apenas uma amostra, pois, quando o tema é a personalidade, não se pode limitar seus direitos, posto que são o mínimo para que se tenha a existência digna de um ser humano.

Para os defensores da teoria do direito geral da personalidade, esta não pode ser individualizada, muito menos se manter presa a direitos previamente tipificados. Dessa maneira é necessário a existência de uma cláusula geral que admita a proteção da personalidade em todas as situações em que ela possa a correr risco, propiciando maior efetividade na proteção da pessoa.

Enéas Garcia, define o direito geral da personalidade como:

[...] conceito indeterminado normativo segundo o qual a pessoa deve ser tutelada globalmente em todos os aspectos que compõem a sua personalidade (físico, espiritual, moral), prevenindo e sancionando qualquer comportamento antijurídico que represente menoscabo à dignidade da pessoa humana, frustrando ou embaraçando o livre desenvolvimento da personalidade do titular.<sup>18</sup>

No Brasil, a cláusula geral que permite a proteção da pessoa em todas as situações necessárias é o princípio da dignidade humana. Este princípio, além de ser um valor fundamental da Constituição Federal de 1988, também abarca a extensão de todos os direitos necessários para o desenvolvimento da personalidade. Para Maria Celina Bodin de Moraes:

[...] o ponto de confluência desta cláusula geral é, sem dúvida, a dignidade da pessoa humana, posta no ápice da Constituição Federal de 1988 (artigo 1º, III). (...) Em seu cerne encontram-se a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade.<sup>19</sup>

Por conseguinte, o direito geral de personalidade encontra, no direito brasileiro, reconhecimento, no princípio da dignidade da pessoa humana, no art.

---

<sup>17</sup> GONÇALVES. 2012. p. 189.

<sup>18</sup> GARCIA, Enéas Costa. **Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. p. 87.

<sup>19</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. **O conceito da dignidade humana**: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: Sarlet, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

1º, III da Constituição Federal de 1988, em que se encontra: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;”<sup>20</sup>.

Tal direito geral da personalidade, é efeito lógico e inabalável do direito humano a existência digna. Parece que a proteção da dignidade humana por uma cláusula geral de direitos da personalidade acomoda de maneira mais confortável a finalidade de proteção extrapatrimonial do homem, da sua dignidade.

Considera, como parte da personalidade, os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores próprios do homem.

A verificação dos direitos da personalidade e de suas medidas tutelares, portanto, deve ser feita em cada relação jurídica. Os direitos da personalidade não podem, de maneira alguma, constituir um rol taxativo, pois são direitos que o homem possui, apenas pela sua condição humana.

Consequentemente, os direitos humanos devem ser considerados como a concretização histórica do princípio da dignidade da pessoa humana, que como dito, encontra-se positivado, hoje, na Constituição Federal de 1988.

## 1.2 Capacidade jurídica da pessoa natural

A personalidade adentra para um enquadramento dogmático cada vez mais qualitativo, isso porque ao passo que a capacidade contém a medida de parâmetro da pessoa ser titular de direitos e deveres nas relações jurídicas, tal enquadramento equivocado começou a ser superado. Segundo Gonçalves:

A personalidade é, pois, conceito prévio à capacidade. Mas por decorrerem ambas do conceito de pessoa e envolverem uma suscetibilidade abstrata, a doutrina passou a diferenciá-las somente no séc. XX. Até então, havia um *monismo* conceitual, pela ausência de distinção entre personalidade jurídica e capacidade de direito.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 2015.

<sup>21</sup> GONÇALVES, Diogo Costa. **Personalidade vs. Capacidade jurídica** – Um regresso ao monismo conceptual. p. 121. Disponível em: <<https://oa.pt/upl/%7Ba1bc248a-bd79-453c-8f3c-4520273bf412%7D.pdf>>. Acessado em: 23/02/2019.

Nos países onde se usa o sistema common law<sup>22</sup> houve uma rápida e uniforme evolução tanto pela doutrina como pelos tribunais para a distinção de capacidade civil e personalidade.

Adentrando no ordenamento jurídico brasileiro, Pontes de Miranda<sup>23</sup> afirmava que a personalidade e capacidade contam o mesmo enquadramento dogmático, sendo assim, a titularidade de contrair deveres e adquirir direitos era realizado de forma genérica, influenciando apenas os atos na qual a capacidade jurídica afetava os atos jurídicos negociais.

Contudo, no século XX, se fez necessário a divisão do enquadramento dos institutos, isso porque o entendimento arcaico não seguia as linhas gerais da evolução dos negócios jurídicos perfeitos, deixando lacunas pelas decisões jurisprudenciais. Para Viviane Limongi:

Superado o monismo conceitual entre capacidade de direito e personalidade, passou-se a definir a capacidade de direito como um critério menos abstrato que no séc. XIX, porquanto voltadas aos valores identificados nos textos constitucionais, alargando-se seu significado.<sup>24</sup>

Ainda seguindo o padrão arcaico temos os doutrinadores Rosa Maria Nery e Nelson Nery Junior que corroboram com a diferenciação, porém, de forma sutil.

[...] a personalidade é definida como fenômeno de *investidura* experimentada pelos sujeitos, aqui tida como qualidade, enquanto que a capacidade é uma eficácia atributiva dessa investidura, medida da personalidade. Segundo os Autores, o homem nasce sujeito de direitos e obrigações, com capacidade de gozar direitos e de arcar com deveres, em virtude da capacidade de direito que, por sua vez, principia com o nascimento com vida e termina com o fim da personalidade, com a morte, o fim do sujeito de direito.<sup>25</sup>

Marcos Bernardes de Mello sempre reafirmou dentro de suas obras o melhor

---

<sup>22</sup> É o direito que se desenvolveu em certos países por meio das decisões dos tribunais, e não mediante atos legislativos ou executivos.

<sup>23</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Atualizado por Judith Martins-Costa; Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, Tomo I, p. 245.

<sup>24</sup> LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. **A capacidade civil e o estatuto da pessoa com deficiência (lei federal n. 13.146/2015)**: reflexos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental. 2016. Monografia (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. p. 25.

<sup>25</sup> NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil (livro eletrônico)**: parte geral, 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, vol. I, tomo II, item 2.1.

enquadramento doutrinário frente a doutrina, sendo ele:

Ter personalidade de direito decorre da qualidade de ser pessoa e ter capacidade jurídica, ou seja, ser sujeito de direito decorre do conceito de situação jurídica simples (ou unissubjetivas). Isso significa que personalidade se refere a atribuição à pessoa de uma qualidade individual, mesmo que resulte de direito subjetivo, que sirva de suporte fático de normas jurídicas.<sup>26</sup>

Ainda segundo o autor:

[...] ter personalidade de direito significa exercer uma situação jurídica individual, sem qualquer referência imediata a outra pessoa, do que se extrai a qualidade individual e exclusiva deferida pelo ordenamento jurídico, por outro lado, apenas pressuposto para adquirir ou exercer direitos ou praticar condutas idôneas que sirvam de suporte fático e gerem relações jurídicas.<sup>27</sup>

Como mostrado acima, capacidade e personalidade, têm, de fato, uma relação muito próxima, mas não são sinônimos.

É necessário tratar da capacidade de direito, que pode ser interpretada como um acessório da personalidade, e da capacidade de exercício, que dá aptidão para exercer de forma independente os atos da vida civil, separadamente.

De acordo com a doutrina, o conceito de capacidade comporta a seguinte subdivisão, sendo capacidade gênero, enquadradas em duas espécies distintas, a capacidade de direito e a capacidade de fato.

A capacidade de direito, assim como a personalidade, é adquirida a partir do nascimento com vida. Gonçalves diz que:

[...] a capacidade de direito ou de gozo, também denominada capacidade de aquisição de direitos. Essa espécie de capacidade é reconhecida a todo ser humano, sem qualquer distinção. Estende-se aos privados de discernimento e aos infantes em geral, independentemente de seu grau de desenvolvimento mental.<sup>28</sup>

Mas não são todos que detêm da capacidade de fato, a que permite a pessoa agir, sem ajuda, dentro do meio jurídico. Pode faltar certos requisitos para alguns a deter. Trago novamente as palavras de Gonçalves:

---

<sup>26</sup> MELLO, Marcos Bernardes. Achegas para uma teoria das capacidades em direito. **Revista de Direito Privado**, vol. 3/2000. p. 9 – 34, p. 3.

<sup>27</sup> Ibid. p. 4.

<sup>28</sup> GONÇALVES. 2012. p. 95.

Nem todas as pessoas têm, contudo, a capacidade de fato, também denominada capacidade de exercício ou de ação, que é a aptidão para exercer, por si só, os atos da vida civil. Por faltarem a certas pessoas alguns requisitos materiais, como maioridade, saúde, desenvolvimento mental etc...<sup>29</sup>

Concluo através das palavras de Firmino que:

[...] a capacidade de direito ou de gozo é a aptidão para adquirir direitos e deveres na ordem civil, já a aptidão para adquirir direitos e deveres e exercê-los ou utilizá-los, por si mesmo, fere-se à capacidade de fato ou de exercício. Assim, toda pessoa é dotada de capacidade de direito, ou de gozo. Já a capacidade de fato, ou de exercício, não resguarda todas as pessoas, pois está vinculada ao preenchimento de condições materiais de idade e gozo das faculdades físicas e mentais.<sup>30</sup>

Saindo do conceito doutrinário das espécies de capacidade civil, encontramos de forma codificada, ambas, da seguinte forma:

A capacidade de fato, ao contrário da capacidade de direito possui estágios definidos no próprio Código Civil. Ele distingue duas modalidades de incapacidade, a saber: a incapacidade em absoluta e a relativa. Trata-se de um divisor quantitativo de compreensão do indivíduo.

De acordo com o art. 3º do Código Civil, são considerados absolutamente incapazes:

- a) Os menores de 16 anos (art. 3º, I) – Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei no. 8069/90), até os 12 anos de idade incompletos considera-se a pessoa criança. Entretanto, os adolescentes até os 16 também são reputados absolutamente incapazes.
- b) Aqueles que sofrem de doença ou deficiência mental (art. 3º, II) – Trata-se de uma hipótese que o indivíduo é atormentado por uma patologia que o impede de praticar atos no comércio jurídico, tendo em vista o comprometimento do seu quadro cognitivo. Nesta hipótese a incapacidade deve ser reconhecida por meio da ação de interdição, prevista nos artigos 1.177 ao artigo 1186 do CPC.
- c) Os que por causa transitória não puderem exprimir sua vontade (art. 3º, III) – São elementos para a configuração dessa forma de incapacidade o caráter temporário e a impossibilidade total de expressão da vontade, os quais deverão ser verificados cumulativamente. (ex. coma).<sup>31</sup>

E de acordo com o art. 4º do Código Civil são considerados relativamente

---

<sup>29</sup> Ibid. p. 96.

<sup>30</sup> FIRMINO. 2014. p. 43.

<sup>31</sup> BRASIL. **Código civil**. 2015.

incapazes:

- a) Os maiores de 16 e menores de 18 anos (art. 4º, I);
- b) Os ébrios habituais e os viciados em tóxico (art. 4º, II);
- c) Os deficientes mentais que tenham o discernimento reduzido (art. 4º, II);
- d) Os excepcionais sem desenvolvimento mental completo (art. 4º, III) – A previsão da incapacidade relativa dos excepcionais tem como propósito proteger os atos praticados pelos agentes nessas situações, sem prejuízo de sua salutar inserção no meio social.
- e) Os pródigos (art. 4º, IV) – Esta modalidade de incapacidade deve ser decretada judicialmente por requisição do cônjuge ou familiar, já que o que se protege, com a incapacidade do pródigo, é exatamente o patrimônio da família, e não apenas o patrimônio do pródigo. De acordo com o art. 1782 do CC “a interdição do pródigo só o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração”.<sup>32</sup>

Bom salientar que o art. 3º foi completamente revogado e o 4º teve algumas revogações, portanto, foram citados apenas para esclarecer da melhor forma as diferenças entre as capacidades.

Então, fica evidente que capacidade não está entrelaçada a personalidade, devendo ser tratadas como características distintas.

### 1.3 Direitos humanos das mulheres

Direitos humanos, ainda hoje, é confundido como sinônimo de direitos fundamentais, mas a maioria acredita que há diferenças a serem pontuadas. Direitos fundamentais nos remete a algo positivado, reconhecido em ordenamento jurídico interno, já os direitos humanos referem-se a lutas no processo de transformação da civilização, mesmo que hoje também estejam positivados. Ricardo Castilho os diferencia da seguinte forma:

[...] direitos humanos trazem, no seu bojo, a ideia de reconhecimento e de proteção, que direitos fundamentais não contêm, uma vez que são apenas as inscrições legais dos direitos inerentes à pessoa humana. Os direitos humanos não foram dados, ou revelados, mas conquistados, e muitas vezes à custa de sacrifícios de vidas.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> Ibid.

<sup>33</sup> CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos**. Coleção sinopses jurídicas. 30. v. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2018. p. 14.

Castilho traz em sua obra as palavras de José Canotilho como uma síntese desta discussão:

As expressões direitos do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado, poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos; direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancaríamos da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intertemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.<sup>34</sup>

Após a segunda guerra mundial, presidentes e líderes políticos se reuniram nos Estados Unidos, na Conferência de São Francisco, entre 25 de abril e 25 de junho de 1945. Nessa reunião foram definidos os termos da Carta das Nações Unidas, que marcaria o início da ONU. Em seu artigo 1º, inciso III, é definido o principal propósito da Organização:

Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.<sup>35</sup>

Antes deste artigo os direitos humanos eram tidos como assunto interno de cada nação e através dele foi dado o primeiro passo para o âmbito internacional. Em 21 de junho de 1946 ocorreu a criação da Comissão dos Direitos Humanos da ONU e no dia 10 de dezembro de 1948, foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris a Declaração dos Direitos Humanos, deixando claro que a partir daquele momento os direitos humanos eram vistos como um assunto jurídico e internacional e que devem ser alcançados por todos os países e nações.

A declaração de 1948 foi ratificada pela declaração de Viena em 1993, que nas palavras de Castilho:

A Declaração de Viena, entretanto, não se limitou a uma mera ratificação. Em realidade, ela avançou, em relação à Declaração Universal, ao definir que a proteção e promoção dos direitos humanos são responsabilidades primordiais dos governos. Mais do que isso, as normas de direito

---

<sup>34</sup> CANOTILHO. 1998, citado por CASTILHO. 2018. p. 14

<sup>35</sup> ONU, Nações Unidas Brasil. **A carta das nações unidas**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/cap1>>. Acessado em: 15/03/2019.

internacional de proteção aos direitos humanos consideram que todas as pessoas devem ter seus direitos protegidos, não podendo haver qualquer distinção entre nacionais e estrangeiros. Portanto, podemos dizer que, a partir de tais importantes textos internacionais, foram reconhecidos, como direitos que pertencem à pessoa humana, independentemente de leis, o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança pessoal. São direitos universais (titularizados por todo e qualquer ser humano) e indivisíveis.<sup>36</sup>

Desde a primeira declaração foram feitos vários tratados internacionais dos direitos humanos, expandindo seu corpo, como:

[...] a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006), entre outras.<sup>37</sup>

A citação acima trata de grupos minoritários e vulneráveis reconhecidos e protegidos pelos direitos humanos, segundo Valerio Mazzuoli:

Minorias são grupos de pessoas que não têm a mesma representação política que os demais cidadãos de um Estado ou, ainda, que sofrem histórica e crônica discriminação por guardarem entre si características essenciais à sua personalidade que demarcam a sua singularidade no meio social. [...] Grupos vulneráveis, por sua vez, são coletividades mais amplas de pessoas que, apesar de não pertencerem propriamente às "minorias", eis que não possuidoras de uma identidade coletiva específica, necessitam, não obstante, de proteção especial em razão de sua fragilidade ou indefensabilidade.<sup>38</sup>

Estes grupos são tutelados pelo princípio da igualdade material, onde os iguais devem ser tratados de forma igual e os desiguais de forma desigual para que possam na medida de suas desigualdades serem igualados a todas as demais pessoas.

O trabalho focará no tratado dos direitos humanos das mulheres que é um grupo vulnerável, em seu art. 1º fica claro que não será aceita discriminação a elas:

Para os fins da presente Convenção, a expressão "discriminação contra a mulher" significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo

---

<sup>36</sup> CASTILHO. 2018. p. 16.

<sup>37</sup> ONU, Nações Unidas Brasil. **A declaração universal dos direitos humanos**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acessado em: 15/03/2019.

<sup>38</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 5. ed., rev. atual. ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 294.



e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.<sup>39</sup>

A história explicita a necessidade disto.

Ao longo das eras, as mulheres desempenharam diversas posições, por vezes representando figuras abastadas de poder e colocação social e por outras sendo impostas sobre regras e condutas comportamentais, tendo sua liberdade castrada.

Tratando-se de sociedades em que não se concediam muitos direitos às mulheres, há um caso muito específico que vale a pena ser citado, e que talvez seja um dos mais notáveis no que se refere a questão de desigualdade de gênero da história - a Grécia antiga.

Podemos datar um período situado entre os anos de 510 a.C e 400 a.C, quando, na cidade grega de Atenas, eram instituídos os primórdios da democracia. Com uma escrita pública de leis, direitos e deveres dos atenienses, todos os cidadãos poderiam deliberar, opinar e discutir as melhores formas de aplicação da justiça - exceto as mulheres, que não eram consideradas cidadãs, juntamente com as crianças, estrangeiros e escravos.

Entre os atenienses, mesmo sendo esses os criadores da democracia, percebemos que a atuação da mulher era reduzida. Educada para ser dócil e reservada ao mundo doméstico, as mulheres atenienses eram subjugadas pelo pai até ele escolher qual homem poderia com ela se casar. Após o matrimônio, a subserviência feminina era destinada ao marido. Mesmo após as reformas políticas, as mulheres não participavam das questões políticas por serem consideradas inaptas para esse tipo de tarefa.<sup>40</sup>

Em contraponto ao inicial paradigma ateniense, nos primeiros séculos após Cristo (100-200 d.C) - há evidências, ainda que um tanto acanhadas, de mulheres ocupando posições de alta influência nos primórdios da igreja cristã gnóstica, como bispos, padres e altos sacerdotes - em igualdade com os homens.

<sup>39</sup> BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.377**, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979, e revoga o Decreto n. 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4377.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm)>. Acessado em: 17/03/2019.

<sup>40</sup> SOUSA, Rainer. **Atenas, Espartas e as mulheres** - Os papéis assumidos pela mulher em Esparta e Atenas eram marcados por várias diferenças. Disponível em: <<https://brasilescuela.uol.com.br/historiag/atenas-esparta-as-mulheres.htm>>. Acessado em: 17/03/2019.

Lendas medievais afirmam que a Papisa Joana teria sido a primeira e única papa mulher do mundo. E uma nova pesquisa com antigas moedas de prata sugere que as teorias podem ser verdadeiras.

Segundo as histórias populares, um papa chamado Johannes Anglicus (ou João) que reinou em meados do século 9, era na verdade Joana, que chegou a dar à luz durante uma procissão da igreja. Contudo, há muito debate sobre a sua existência. Parte da dúvida vem da confusão na descrição das identidades dos papas naquele período. Por exemplo, uma cópia de "Liber Pontificalis" (livro de biografias de papas) não inclui o papa Bento III, conforme apontou Michael Habicht, arqueólogo da Universidade Flinders, na Austrália.<sup>41</sup>

Esta igualdade durou cerca de dois séculos (400-500 d.C), provavelmente por conta dos escritos dos então chamados "Pais da Igreja"<sup>42</sup>. Autores canônicos como Tertullianus, Santo Agostinho e São Jerônimo costumavam caracterizar a figura feminina em seus textos como fracas, histéricas e com tendências a propagar a tentação - Inclusive, foram autores como estes que difundiram a ideia de culpar Eva pela decadência da humanidade e por conseguinte estendendo essa culpa para todas as mulheres. São escritos que impactam até os dias atuais, visto que elas não podem ser padres ou desempenhar funções de alto poder na Igreja Católica.

Mesmo avançando muitos séculos na linha do tempo, aproximadamente sec. XV- XVII, não é incomum notarmos que o direito à votação e à representatividade política era negado às mulheres - seguindo ainda as tendências democráticas gregas.

As mulheres eram fortemente desencorajadas a ser donas de negócios e tinham muito menos direitos a propriedade privada do que os homens. Além disso as jovens da aristocracia eram forçadas a casamentos políticos, sendo usadas como moeda de troca em negociações de governos, em que seus bens e propriedades, seriam transferidos para seus maridos uma vez que a cerimônia fosse concretizada.

Esse cenário começou a tomar um curso um pouco diferente a partir do final do sec. XIX, com os primeiros movimentos de Sufrágio Feminino<sup>43</sup>, na Nova

---

<sup>41</sup> Redação Galileu. **Descoberta indica que Igreja Católica já teve uma mulher como Papa** - Análise com moedas antigas afirma que símbolo pertencia à Papisa Joana. Disponível em: <<https://revistagalileu.globo.com/Sociedade/noticia/2018/09/pesquisa-sugere-existencia-de-papa-mulher-que-viveu-na-idade-media.html>>. Acessado em: 17/03/2019.

<sup>42</sup> O título "Pai", aplicado historicamente a alguns líderes cristãos, surgiu devido à reverência que muitos nutriam pelos bispos dos primeiros séculos. A estes chamavam carinhosamente de "Pais" devido ao amor e zelo que tinham pela Igreja, mais tarde, porém, este termo foi sacralizado pelos escritores eclesiásticos, por volta de 1073 Gregório VII reivindica com exclusividade o termo "PAPA", ou seja, "Pai dos pais".

<sup>43</sup> A luta pelo direito de as mulheres escolherem seus representantes por meio do voto.

Zelândia e Suíça, e posteriormente com a fundação da Aliança Internacional da Mulher (Berlin, Alemanha - 1904).

Eventos de ordem mundial, como o Crack de 1929<sup>44</sup> dos Estados Unidos e as duas Guerras Mundiais intensificaram ainda mais essa mudança, com a queda de influência dos valores tradicionais do “Sonho Americano” e de comportamentos passivos para as mulheres, difundidos pela mídia da época, como: “keeping your man happy - mantendo seu homem feliz” e “putting his needs first - colocando ele em primeiro lugar”

A revolução feminista dos anos 60’ e 70’ contribuíram ainda mais para mudar a experiência feminina para algo mais próximo do que conhecemos atualmente, onde podemos contemplar certa proximidade entre os gêneros, em campos como medicina, política, direito e liderança de negócios.

Mas ainda nesse cenário, não é incomum vermos mulheres sendo tratadas como inferiores intelectual ou fisicamente aos homens e por vezes sendo simplesmente rotuladas de incapazes ou eximidas de desempenharem alguma função.

Devemos ainda, lembrar que, mesmo com tantas conquistas significativas tanto em áreas de atuação diferenciadas quanto advindas dos movimentos feministas e igualitários, desde a segunda guerra mundial até os dias atuais, em grande parte do mundo as mulheres ainda não desfrutam de oportunidades de equidade, seja salarial, de participação política de acesso à educação e até mesmo da autonomia do próprio corpo.

Deste modo, fica inegável a necessidade de uma tutela maior para as mulheres e a importância da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres.

---

<sup>44</sup> Primeira crise capitalista nos EUA, quebra da bolsa de valores.

## 2 DO NASCITURO

### 2.1 O nascituro e sua personalidade jurídica

Logo de início, é necessário entender que a utilização do termo nascituro no Direito pátrio se dá no sentido de excluir os que ainda não foram concebidos.

Flávio Tartuce, através das palavras de outros autores, traz a origem da palavra e o significado de nascituro:

De Plácido e Silva ensina que a expressão *nascituro* deriva do latim *nasciturus*, particípio passado de *nasci*, designando aquele que há de nascer. Em suas palavras, nascituro “designa, assim, o ente que está gerado ou concebido, tem existência no ventre materno: está em vida intra-uterina. Mas, não nasceu ainda, não ocorreu o nascimento dêle, pelo que não se iniciou sua vida como pessoa” (De Plácido e Silva. 1973). Em seu *Dicionário jurídico*, Maria Helena Diniz conceitua o nascituro como sendo “Aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo” (DINIZ. 2005). O nascituro é justamente *aquele que foi concebido e ainda não nasceu*. (Grifo do autor)<sup>45</sup>

Segundo Hécio Madeira<sup>46</sup>, o sentido usado no direito pátrio da palavra adveio das fontes justinianéias, onde o termo é evocado para designar “aquele que está por nascer” ou “aquele que está no útero”, excluídos, desse grupo, os entes a serem concebidos, ou os concebidos em estado de pré-implantação ou extracorpóreo.

Carla Botelho e Daniel Correia trazem a visão dentro do contexto histórico sobre o assunto:

Na Idade Antiga o nascituro recebeu divergentes tratamentos. Inicialmente, teve com os gregos o primeiro aparato normativo, onde a personalidade jurídica do nascituro foi bem aceita graças aos estudos sobre embriologia da época que concederam demasiada importância ao embrião e o consideravam pessoa (GALEOTTI. 2007). Já no Direito Romano, o nascituro não tinha personalidade, que só seria concedida ao nascer com vida, como também se obtivesse forma humana e somente a partir do momento em que o feto se desprendesse do corpo da mãe (CRETELLA JÚNIOR. 2004). Mas, com influência do cristianismo, a transição da Idade Antiga para Idade Moderna foi marcada pelo fortalecimento da Igreja Católica que concedia ao nascituro direitos como: ser beneficiário em testamento, receber doações, etc. (GALEOTTI. 2007).

---

<sup>45</sup> TARTUCE, Flávio. **A situação jurídica do nascituro**: uma página a ser virada no direito brasileiro. 33. n°: Instituto de Direito Comparada Luso – Brasileiro, 2007. p. 156. Disponível em: <<http://www.idclb.com.br/revistas/revista33.html>>. Acessado em: 22/03/2019.

<sup>46</sup> MADEIRA, Hécio Maciel França. **O nascituro no direito romano**: conceito, terminologia e princípios. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005, p.12-13.

## Posteriormente

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

Atualmente já se tem modificado o cenário mundial, a viabilidade fetal, forma humana, tempo mínimo de vida, corte do cordão umbilical e outros requisitos não são mais observados como métodos de classificação para decidir quem é ou não é considerado pessoa, deixando como critério apenas a presença de ar nos pulmões que caracteriza a respiração, mesmo que por instantes (GOMES. 2007).<sup>47</sup>

As discussões que envolvem a proteção do nascituro partem da controvérsia acerca da sua natureza dentro do Direito, ou seja, da existência ou não de sua personalidade jurídica.

A afirmação da existência de personalidade no nascituro, considerando a sistematização e a doutrina clássica, tem consequências práticas, como a aquisição do status de pessoa e a titularização de todos os direitos e deveres desta. Dessa maneira, na doutrina dominante civilista, a personalidade é a qualidade capaz de tornar um ente pessoa, que é sujeito de direitos, por titularizar prerrogativas, garantias, deveres e obrigações.

Esta dúvida tem fundamento, uma vez que o ordenamento jurídico pátrio protege em vários instrumentos legais o nascituro, como a Constituição Federal de 1988, O Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil e o Código Penal, além disto, o Supremo Tribunal Federal ao longo dos anos não tem mostrado seguir uma teoria sobre o assunto, mas sim, variar dentre elas, vejamos com Gonçalves:

No julgamento do RE 99.038, em 1993, por sua 2ª Turma, sendo relator o Ministro Francisco Rezek, decidiu a referida Corte que a proteção de direito do nascituro é, na verdade, “proteção de expectativa, que se tornará direito, se ele nascer vivo”, aduzindo que as hipóteses previstas no Código Civil “relativas ao nascituro são exaustivas, não os equiparando em tudo ao já nascido”. Posteriormente, no julgamento da Reclamação n. 12.040-DF, por seu Tribunal Pleno, sendo relator o Ministro Néri da Silveira, reconheceu ao nascituro o direito ao reconhecimento de sua filiação, garantindo-se-lhe a perfilhação, como expressão da sua própria personalidade, com o direito de ver realizado o exame DNA, apesar da oposição da genitora. E, em maio de 2008, no julgamento da ADI 3.510, em que se buscava a declaração de

---

<sup>47</sup> BOTELHO, Carla Mariana Café; CORREIA, Daniel Camurça. **O aborto e a personalidade jurídica do nascituro**: uma crítica feminista ao ordenamento jurídico brasileiro. Caderno Espaço Feminino - Uberlândia-MG - jan./jun. 2017. v. 30, n.1. p. 76.

inconstitucionalidade da autorização legal para a manipulação de células-tronco de embrião excedentário sem finalidade reprodutiva, autorizada pela Lei de Biossegurança (art. 5º da Lei n. 11.105/2005), prevaleceu, por apertado resultado (6x5), o entendimento do relator, Ministro Carlos Ayres Britto, no sentido de que a lei é constitucional.

Acresce que:

Em seu voto, expôs o ilustre julgador a sua posição no sentido de que “as pessoas físicas ou naturais seriam apenas as que sobrevivem ao parto, dotadas do atributo a que o art. 2º do Código Civil denomina personalidade civil”, assentando que “a Constituição Federal, quando se refere à ‘dignidade da pessoa humana’ (art. 1º, III), aos ‘direitos da pessoa humana’ (art. 34, VII, b), ao ‘livre-exercício dos direitos ... individuais’ (art. 85, III) e aos ‘direitos e garantias individuais’ (art. 60, § 4º, IV), estaria falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa”. Assim decidindo, entendeu a Excelsa Corte que os direitos subjetivos constitucionais não serviriam de fundamento para a proteção do nascituro, uma vez que, assim como em relação à proteção civil, o início da tutela constitucional ocorreria com o nascimento com vida, quando se adquire a personalidade jurídica.

Ainda por cima:

O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, tem acolhido a teoria concepcionista, reconhecendo ao nascituro o direito à reparação do dano moral: “Direito civil. Danos morais. Morte. Ação ajuizada 23 anos após o evento.

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.”<sup>48</sup>

Nascituro é aquele que está por nascer. Portanto, trata-se de ente já concebido (onde já ocorreu a fusão dos gametas, a junção do óvulo ao espermatozoide formando o zigoto ou embrião), nidado (implementado nas paredes do útero materno), porém não nascido.

O art. 2º do Código Civil é o ponto de partida para a discussão em questão. Ele, no Código Civil de 2002, é muito parecido com o art. 4º do mesmo código, sendo de 1916. Neste se tem “A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”<sup>49</sup>. E naquele: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”<sup>50</sup>.

A mudança ocorre da palavra “homem” para “pessoa”, o que não pode ser deixado de citar, que foi uma conquista da luta feminista.

<sup>48</sup> GONÇALVES. 2012. p. 106.

<sup>49</sup> BRASIL. **Lei n. 3.071**, de 1 de janeiro de 1916. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)>. Acessado em: 08/04/2019.

<sup>50</sup> BRASIL. **Código civil**. 2015.

Mas voltemos ao assunto, tanto o artigo anterior como o atual se referem a personalidade jurídica e ao mesmo tempo em que reconhece a personalidade civil do homem apenas a partir do nascimento com vida, salvaguarda os direitos do nascituro desde a concepção. À primeira vista, o artigo parece evidenciar a adoção de teorias contraditórias, se for considerado o fato, conforme pretende boa parte da doutrina, de que juridicamente somente pessoas são sujeitos de direito e para adquirir tal status é necessário o atributo da personalidade, que, por si só, somente se configura após o nascimento com vida.

Ao longo dos anos, surgiram numerosas teorias voltadas à determinação da disciplina jurídica do nascituro, dentre elas, ideias ligadas à existência de ficções jurídicas, ou mesmo de direitos sem sujeito.

Entende-se que a concepção a que se refere o citado dispositivo é a proveniente do ato natural de procriar, é aquela que se dá automaticamente após a consecução da conjunção carnal, excluída a hipótese do mecanismo artificial de fertilização extracorpórea, cuja concepção se dá mediante ação humana em laboratório. A concepção natural, fruto de conjunção carnal, dá origem ao embrião, depois ao feto, que, juridicamente, recebe o nome de nascituro. Este é o processo biológico natural ao qual o art. 2º do Código Civil se refere. Na concepção artificial, não há atos naturais de desenvolvimento da reprodução, tendo em vista que aquela se processa em laboratório, não se podendo, antes da transferência do zigoto para útero, falar em nascituro.

Os fundamentos para a proteção do nascituro são facilmente levados à discussão a respeito da proteção do embrião em estado extracorpóreo, pois, indubitavelmente, ambos detêm o mesmo valor ontológico por serem manifestações distintas dos estados sucessivos da vida do homem. A fim de avaliar os fundamentos individualizados dos estados de feto e de embrião, neste momento, a discussão cinge-se à possibilidade de existência da personalidade jurídica do nascituro, cuja realidade não pode prescindir, tecnicamente e juridicamente, do estado de implantado no útero.

Nesse sentido, é pertinente colacionar o entendimento de Silmara Juny Chinelato:

[...] com ligações hauridas na Medicina e na Biologia, há de se ressaltar que, na fecundação *in vitro*, não se poderá falar em “nascituro” enquanto o ovo (óvulo fertilizado *in vitro*) não tiver sido implantado na futura mãe,

impondo-se, pois, o conceito de “nascituro” sempre e apenas quando haja *gravidez*, seja ela resultado de fecundação *in anima nobile* (obtida naturalmente ou por inseminação artificial), seja de fecundação *in vitro*.<sup>51</sup> (Grifo do Autor).

Pela mesma razão não se poderá reputar nascituro o embrião congelado, com finalidade de implantação futura no útero materno, conforme técnicas de reprodução assistida.

O termo inicial da gravidez é a nidação, momento em que o ovo se implanta no endométrio, revestimento interno do útero. A verificação dessa gravidez se dá por perícia médica, através da tecnologia específica por meio do exame Beta HCG, capaz de detectar a existência da gestação poucos dias após a fertilização.

A determinação desse conceito passa pela necessidade de se identificar o momento em que o embrião ou zigoto possa começar a ser chamado de nascituro. Majoritariamente, o que se tem verificado é que o que diferencia o embrião do nascituro é o fenômeno da nidação, que é a fixação ou implantação (para o caso de concepções artificiais ou *in vitro*) do zigoto nas paredes do útero. Então, para se ter um nascituro, é necessário a constatação de uma gestação, tenha sido a concepção natural ou artificial.

Todas as tentativas para explicação da natureza jurídica do nascituro culminam na imputação das três teorias que explicam a sua condição de detentor ou não de personalidade jurídica. Passa-se a avaliá-las, principalmente, para compreender se a determinação dessa natureza pressupõe mesmo a incidência de uma dessas correntes.

O que se questiona é se seria o nascituro desconsiderado em sua personalidade já que este não teria nascido ainda, e se seria um equívoco lhe conceder direitos, é interessante aqui demonstrar as três principais correntes quanto à personalidade jurídica do nascituro e os entes despersonificados.

Estudaremos então, pela ordem, a teoria natalista, a teoria da personalidade condicional, a teoria concepcionista e os entes despersonificados.

## 2.2 Teoria natalista

Como o próprio nome sugere, afirma que a personalidade se inicia através do

---

<sup>51</sup> ALMEIDA, Silmara J. A.; Chinelato e Almeida. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000, p.11.



nascimento com vida. Por causa dessa assertiva, o nascituro, não é sujeito de direito pois ele ainda não nasceu e é essencial o “nascer com vida” para adquirir personalidade. A esse respeito, trago as palavras de Pablo Gagliano e Rodolfo Filho sobre:

Ora, adotada a tradicional teoria natalista, segundo a qual a aquisição da personalidade opera-se a partir do nascimento com vida, conclui-se que, não sendo pessoa, o nascituro possuiria mera expectativa de direito.<sup>52</sup>

Também trago as palavras de Caio Pereira sobre o tema:

O nascituro não é ainda uma pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se na sua trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se se frustra, o direito não chega a constituir-se, e não há falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já ele é sujeito de direito.<sup>53</sup>

É necessário dizer que basta somente que haja a respiração do feto fora do ventre materno ao iniciar o parto, sem necessidade de que tenha ruptura do cordão umbilical, viabilidade fetal ou um período mínimo de sobrevivência, para que possa falar de vida. Porém, a refutação dessa teoria surge porque se o nascituro não obtém personalidade jurídica, não seria pessoa e por isso seria reduzido à classificação de coisa, assim como os bens que possuímos, o que é extremamente difícil de se considerar dentro de um ordenamento jurídico que o concede inúmeros direitos.

Tartuce fala sobre:

O grande problema da teoria natalista é que ela não consegue responder à seguinte constatação e pergunta: se o nascituro não tem personalidade, não é pessoa; desse modo, o nascituro seria uma coisa? A resposta acaba sendo positiva a partir da primeira constatação de que haveria apenas expectativa de direitos.<sup>54</sup>

Como adeptos dessa corrente, da doutrina tradicional, podemos citar Sílvio Rodrigues, Caio Mário da Silva Pereira e San Tiago Dantas. Na doutrina

---

<sup>52</sup> GAGLIANO, Pablo Stolz; FILHO, Rodolfo Pamplona. Manual de direito civil. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 45.

<sup>53</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 5. v. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 185.

<sup>54</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito civil: lei de introdução e parte geral**. 1. v. 14. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. p 117.

contemporânea, filia-se a essa corrente Sílvio de Salvo Venosa.

### 2.3 Teoria da personalidade condicionada

Esta teoria segue o mesmo raciocínio que a natalista, pelo menos de início, ao apontar que o nascimento com vida inicia a personalidade jurídica. Mas, nesta teoria o nascituro não fica totalmente desamparado legalmente, visto que defende a tese de que existam direitos eventuais em condição suspensiva resguardados ao nascimento com vida.

Gonçalves explica que para esta teoria:

[...] sustenta que o nascituro é pessoa condicional, pois a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida, não se tratando propriamente de uma terceira teoria, mas de um desdobramento da teoria natalista, visto que também parte da premissa de que a personalidade tem início com o nascimento com vida.<sup>55</sup>

Cleyson de Moraes Mello também fala sobre:

Aqui a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas os direitos do nascituro ficam sujeitos a uma condição suspensiva (evento futuro e incerto), qual seja, o nascimento com vida. É, pois, um direito eventual. Os defensores desta teoria se baseiam no artigo 130 do CCB que permite ao titular de direito eventual. Esta teoria é, pois, um aprimoramento da teoria natalista.<sup>56</sup>

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

Como entusiastas desse posicionamento citamos Washington de Barros Monteiro, Miguel Maria de Serpa Lopes e Clóvis Bevilacqua. Na doutrina atual, Arnaldo Rizzardo também parece seguir esse entendimento.

### 2.4 Teoria concepcionista

---

<sup>55</sup> GONÇALVES. 2012. p. 103.

<sup>56</sup> MELLO, Cleyson de Moraes Mello. **Direito civil**: parte geral. 3. ed. - Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2017. p. 90.

A Teoria Concepcionista entende que o nascituro é pessoa a partir do momento da fecundação (união dos gametas masculino e feminino) e neste caso já detém de personalidade jurídica.

Segundo seus defensores a personalidade jurídica do nascituro é comprovada a partir de alguns direitos tutelados a ele.

Vejamos com Mello:

Entendemos que a personalidade civil da pessoa começa com a concepção em razão de vários argumentos e por parecer uma corrente mais técnica nos dias atuais: (...) Ademais, o Código Civil brasileiro insere o nascituro em diversas relações jurídicas, tais como: a) art. 542, a doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal (aqui, o donatário é o nascituro); b) art. 1.609, parágrafo único, o reconhecimento do filho pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes (neste caso, no direito de família, o nascituro poderá demandar ação de investigação de paternidade); c) art. 1.779, dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar. Parágrafo único, se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro; d) art. 1.798, legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

Outrossim:

Na última hipótese, frise-se, que o artigo 1.798 trata da legitimidade a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da sucessão. Legitimidade pressupõe capacidade, e está a personalidade. Portanto, o nascituro possui personalidade jurídica.

Isso, sem contar, que no direito penal, no caso de crime de auto-aborto, o sujeito passivo é o próprio nascituro.

Também, nos casos de responsabilidade civil, nas hipóteses em que a mãe venha a ingerir medicamentos que causem sequelas ao nascituro ou nos casos provenientes de erro médico que venham a causar danos ao nascituro.

O direito do trabalho, ao tratar da estabilidade provisória da gestante cujo escopo é, também, a tutela do nascituro.<sup>57</sup>

Esse é o entendimento defendido por Silmara Juny Chinelato, Pontes de Miranda, Rubens Limongi França, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Roberto Senise Lisboa, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, Francisco Amaral, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Antonio Junqueira de Azevedo, Gustavo Rene Nicolau, Renan Lotufo e Maria Helena Diniz.

---

<sup>57</sup> MELLO. p. 87.

## 2.5 Ente despersonalizado

Os entes despersonalizados não possuem personalidade jurídica, pois faltou algum dos critérios para se tornar pessoa, Flávio Amaral fala sobre:

Associação e sociedade não-personificadas são entidades que não obtêm personalidade civil. O processo de personificação não se completou. Houve a constituição legal, o patrimônio, mas inexistente o registro. Denominam-se vulgarmente de sociedades de fato ou irregulares, para distingui-las das que observaram os requisitos legais da constituição.<sup>58</sup>

Mas mesmo não havendo tal personalidade, são tratados como pessoas pelo ordenamento jurídico e até lhes é reconhecido capacidade jurídica, através do Código de Processo Civil, continuo com as palavras de Flávio Amaral “Embora não lhes seja unânime a atribuição de personalidade jurídica, as sociedades de fato, ou irregulares, podem participar ativa e passivamente da relação jurídica”<sup>59</sup> e ele acrescenta que:

As sociedades de fato, sem personalidade jurídica, podem ser sujeitos de direitos e deveres, com capacidade judicial. Ora capacidade de direito pressupõe personalidade, logo, as sociedades de fato têm-na negado pelo ordenamento jurídico, mas, de fato, é-lhes permitida agir como se tivessem personalidade jurídica.<sup>60</sup>

Trago as palavras de Firmino:

[...] segundo os defensores da teoria dos entes despersonalizados o nascituro trata-se de um ente não personificado, pois o art. 2 do Código Civil de 2002 prescreve o início da personalidade após o nascimento com vida, mas põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Com a ressalva constante no art. 2 do Código Civil, o nascituro é titular de direitos personalíssimos (direito à vida, direito a alimentos, direito a indenização por dano moral, direito a ter nome, dentre outros), mas não o torna detentor de personalidade jurídica, resguardando a lei desde a concepção seus direitos. Assim, a teoria dos entes despersonalizados reconhece ser o nascituro um sujeito de direitos sem personalidade jurídica.<sup>61</sup>

Desta maneira, alguns doutrinadores tem visto nos entes despersonalizados uma solução para a personalidade jurídica do nascituro

---

<sup>58</sup> AMARAL. 2008. p. 339.

<sup>59</sup> Ibid. p. 339

<sup>60</sup> Ibid. p. 340

<sup>61</sup> FIRMINO. 2014. p. 61

### 3 O ABORTO E SUA POSSÍVEL DESCRIMINALIZAÇÃO

#### 3.1 O aborto na história

Sabe-se que desde os povos da antiguidade o aborto era difundido entre a maioria das culturas pesquisadas

No livro de obstetrícia Zugaib, o aborto está conceituado e classificado da seguinte forma:

Considera-se abortamento a interrupção da gestação antes que o produto conceptual tenha alcançado a viabilidade. A Organização Mundial da Saúde (OMS) define abortamento como a expulsão ou extração do feto antes de 20 semanas ou pesando menos de 500 g.

Quanto à intenção e cronologia, o abortamento pode ser classificado da seguinte forma:

- Quanto à intenção: o abortamento pode ser espontâneo, se ocorrer sem ação deliberada de qualquer natureza, ou induzido (provocado), caso a interrupção da gestação seja resultante de interferência intencional antes de alcançadas as condições mínimas de sobrevivência extrauterina do produto conceptual.
- Quanto à cronologia: o abortamento é denominado como precoce se a perda gestacional ocorrer até 12 semanas e tardio, se ocorrer entre 12 e 20 semanas de gestação.<sup>62</sup>

Alexandre Fernandez<sup>63</sup>, em seu texto sobre a história do aborto, o expõe em diversas fases da história:

O imperador chinês Shen Nung cita em texto médico escrito entre 2737 e 2696 a.C. a receita de um abortífero oral, provavelmente contendo mercúrio.

Na antiga Grécia, Hipócrates, reconhecido pela sua atuação na área médica, em seu juramento, assumiu o compromisso de não aplicar abortíferos em mulheres grávidas. Já Sorano de Éfeso, pai da ginecologia e obstetrícia, recomendava a contracepção e aborto terapêutico em casos de gravidez que punha em risco a vida da mulher. Platão era a favor do aborto por motivos eugénicos, para ele, por conta dos riscos as mulheres com mais de 40 anos deveriam ser obrigadas ao ato e também tinha a ideia de preservar a pureza da raça dos guerreiros. Aristóteles foi o primeiro a trazer espiritualidade para a questão, segundo ele, o nascituro só teria alma depois dos 40 dias da concepção, outro ponto levantado por ele, é que com a

<sup>62</sup> ZUGAIB, Marcelo. **Zugaib obstetrícia**. 3. ed. São Paulo: Rossana Pulcineli Vieira Francisco, 2016. p. 558

<sup>63</sup> FERNÁNDEZ, Alexandre. **O direito ao aborto na história: o aborto na antiguidade**. 25 de jun. de 2018. Disponível em: <<https://esquerdadiario.com.br/O-aborto-na-antiguidade>>. Acessado em: 12/04/2019.

prática o número das populações das cidades gregas se mantinha estável.

Em Roma, o aborto era uma prática comum, mas dependendo da época era interpretada sobre diferentes ópticas. Dependendo do nível da taxa de natalidade o aborto era tolerado ou não. Como nos primeiros tempos da República ela era alta, então o aborto era bem tolerado. Com o declínio da taxa de natalidade a partir do Império, a legislação caracterizou o aborto provocado como delito contra a segurança do Estado.

O livro do Êxodo<sup>64</sup> traz dentre suas leis, a penalidade de quem ferir uma mulher grávida, caso ela aborte, o marido decidirá uma multa e se ela vier a óbito, o agressor deverá pagar com a vida.

<sup>22</sup>Se alguns homens pelejarem, e um ferir uma mulher grávida, e for causa de que aborte, porém não havendo outro dano, certamente será multado, conforme o que lhe impuser o marido da mulher, e julgarem os juízes. Mas

<sup>23</sup>de houver morte, então darás vida por vida,

<sup>24</sup>Olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé,

<sup>25</sup>Queimadura por queimadura, ferida por ferida, golpe por golpe.<sup>65</sup>

Mas foi com o cristianismo que a visão sobre o aborto se modificou completamente. Pois, juntamente com seu nascimento veio a crença de que o homem possuía uma alma e que esta era imortal, neste caso, o aborto seria um assassinato. Essa posição é mantida até hoje pela Igreja Católica, mas ao contrário do que se possa pensar, ela não foi tão uniforme ao longo dos anos.

No Século XIX, houve um aumento na migração do campo para a cidade e o nível de vida decaiu, por conta disto a prática do aborto cresceu bastante entre as classes mais populares. O que não foi visto com bons olhos pela classe dominante, porque representava uma baixa na oferta de mão-de-obra barata, tão necessária para a expansão das indústrias. Já na classe mais alta, o controle da natalidade era obtido através de repressão sexual.

Hoje em dia torna-se mais e mais comum que o número de defensores da prática livre do aborto venha crescendo respaldados em razões de ordem econômica, política, social e demográfica muito embora, em função de contextos históricos, a questão possa apresentar-se controversa e ambígua.

---

<sup>64</sup> É o segundo livro da bíblia hebraica, nele é contada a história dos israelitas que fugiram da escravidão do Egito por sua fé em Javê.

<sup>65</sup> BÍBLIA ONLINE. **Êxodo 21**. Disponível em: <<https://bibliaonline.com.br/acf/ex/21>>. Acessado em: 12/04/2019.

Alguns acontecimentos históricos, no início deste século, ocasionaram certas modificações importantes nas legislações que regiam a questão do aborto e são explicitadoras dessas diferentes ordens de motivos que fundamentam concepções e políticas a respeito.

Com a Resolução de 1917, na União Soviética, o aborto deixou de ser considerado um crime, tornando-se um direito da mulher a partir de decreto de 1920. Processo inverso aconteceu em alguns países da Europa Ocidental, sobretudo aqueles que sofreram grandes baixas durante a Primeira Guerra Mundial, que optaram por uma política natalista, com o endurecimento na legislação do aborto. Como exemplo, podemos citar a França, que introduziu uma lei particularmente severa no que diz respeito não só à questão do aborto, mas também quanto aos métodos anticoncepcionais.

Na Alemanha nazista era permitido o aborto eugênico, neste caso, entre mulheres arianas era considerado crime contra a nação e punido com a pena de morte, já que a ideia era que elas dessem “filhos para a pátria”, mas outras mulheres eram obrigadas a abortarem.

Após a Segunda Guerra Mundial, as leis continuaram bastante restritivas até a década de 60, com exceção dos países socialistas, dos países escandinavos e do Japão (país que apresenta lei favorável ao aborto desde 1948, ainda na época da ocupação americana).

No final daquela década o feminismo ganhou forças, visibilidade e impacto na Europa e nos Estados Unidos com a expressão “nosso corpo nos pertence” que teve grande visibilidade mundial nos anos 1970, tornando o lema do feminismo contra a interferência do Estado e da Igreja sobre seus corpos, a sexualidade e vida reprodutiva.

Cynthia Sarti<sup>66</sup>, trata da seguinte forma a história do aborto no Brasil:

No Brasil, não foi diferente, a sexualidade passou a ser discutida na agenda feminista nacional no final dos anos 1970, mas o debate sobre o aborto começa apenas nos anos 1980, virando assunto nacional na época dos trabalhos da Constituinte (1987 e 1988). De um lado tinham os setores ligados à Igreja Católica com a “proteção da vida desde a concepção” e do outro, o direito de decisão da

---

<sup>66</sup> SARTI, Cynthia Andersen. **O feminismo brasileiro desde os anos 1970: revisitando uma anos 1970: revisitando uma trajetória.** Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v12n2/23959.pdf>>. Acessado em: 03/05/2019.

mulher, trazido pelas feministas que fizeram a “Carta da Mulher Brasileira aos Constituintes”, com o objetivo de garantir a autonomia das mulheres sobre seus próprios corpos e o direito à escolha pela maternidade, incluindo a interrupção voluntária da gravidez.

Mas, ainda nos anos 1980 o feminismo passa a ser institucionalizado pelo Estado, especialmente, com a formulação do Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher (PAISM), em 1983, assim, temas ligados à saúde da mulher passam a ocupar mais espaços na agenda feminista e mudando o foco do debate em torno do aborto. Dessa vez a expressão que vira lema é “saúde da mulher” e agora o que está em debate é o direito à integralidade na atenção à saúde e o direito à autodeterminação na sexualidade, reprodução e a luta contra violência, assuntos que marcaram a trajetória da luta feminista no legislativo e em sua demanda por políticas públicas.

Nos anos 1990 a expressão anterior começa a ser substituída por “saúde reprodutiva” e sua discussão levou a considerá-la como direito, passando para “direitos reprodutivos”. Nesse meio o aborto passa a ser tratado como parte de uma agenda mais ampla de saúde reprodutiva, transformando-o em questão de saúde pública.

Em vista disto, o debate legislativo que antes era voltado para descriminalização do aborto passou a ter foco na busca por avanços no âmbito das normas de saúde.

Antes do atual código penal, que é de 1940, tiveram outros dois, de 1830 e 1890, eles eram mais rigorosos quando o assunto era aborto, não sendo permitido para salvar a vida da mãe ou em caso de gravidez decorrente de estupro, conforme se pode hoje. Segundo o Código Penal em vigor, estas duas modalidades de aborto previstas por lei só podem ser praticadas por médicos; o auto aborto é punido, teoricamente, da mesma forma que o praticado por terceiros, sendo menor a pena para o primeiro (detenção de 1 a 3 anos, de acordo com o artigo 124). Quanto ao aborto provocado por terceiros, as penas diferem quando há consentimento da gestante, sendo a pena de reclusão de 1 a 4 anos no primeiro caso e de 3 a 10 anos no segundo. Em caso de haver lesões corporais graves na gestante, ou mesmo sua morte, as penas podem ser aumentadas de um terço, ou duplicadas.<sup>67</sup>

---

<sup>67</sup> BRASIL. **Código penal**. Vade Mecum compacto/Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. – 14. ed. – São Paulo:



### 3.2 Dignidade da pessoa humana, direito à liberdade, à autodeterminação e à diferença como fundamentos para o dever da descriminalização do aborto no Brasil

A primeira Turma do Supremo Tribunal Federal afastou a prisão preventiva de dois sujeitos, denunciados pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro pela suposta prática do crime de aborto com o consentimento da gestante e formação de quadrilha.

No tocante do crime de aborto com consentimento da gestante, ficou claro que a criminalização do aborto é inconstitucional, vejamos uma parte do voto-vista do Min. Barroso:

Em 29 de novembro de 2016, a 1ª Turma do STF, a partir do voto-vista do Min. Luís Roberto Barroso, decidiu não ser possível criminalizar o aborto realizado até o terceiro mês de gravidez, por violar diversos direitos fundamentais das mulheres, entre eles a autonomia, a integridade física e psíquica, a igualdade de gênero e os direitos sexuais e reprodutivos. Para o Min. Barroso, foi “preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre”, uma vez que “[a] criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade”. Entendeu também que “[a] criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria”.<sup>68</sup>

Com a Constituição Federal de 1988 a dignidade da pessoa humana passou a ser um princípio, e seu objetivo não era apenas proteger a vida, mas a vida com dignidade. É um princípio essencial para questões de difícil resolução, como o

---

Saraiva, 2015.

<sup>68</sup> Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 124.306/RJ**. Impetrante: Jair Leite Pereira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Marco Aurélio. Red. Min. Roberto Barroso. Primeira Turma. Brasília. 29 de nov. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>>. Acessado em: 05/05/2019.

aborto. Bernardo Fernandes<sup>69</sup> diz que é existente a incerteza da natureza jurídica da dignidade humana, alguns chegam a dizer que deveria falar em regra da dignidade da pessoa humana e outros que se equipara a um axioma constitucional, que é verdadeira sem necessidade de demonstração. Para Luís Barroso:

A dignidade da pessoa humana tornou-se, nas últimas décadas, um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental. Ela é mencionada em incontáveis documentos internacionais, em Constituições, leis e decisões judiciais. No plano abstrato, poucas ideias se equiparam a ela na capacidade de seduzir o espírito e ganhar adesão unânime.<sup>70</sup>

Ela é usada, às vezes, até para fundamentar questões que não tem argumentos e teorias. O que não é o caso com a discussão do aborto, já que envolve o direito à vida e à vida com dignidade e outros direitos constitucionais fundamentais. Segundo Fernandes:

[...] erigida à condição de meta-princípio. Por isso mesmo esta erradia valores e vetores de interpretação para todos os demais direitos fundamentais, exigindo que a figura humana receba sempre um tratamento moral condizente e igualitário, sempre tratando cada pessoa como fim em si mesma, nunca como meio (coisas) para satisfação de outros interesses ou de interesses de terceiros.<sup>71</sup>

Também para Barroso<sup>72</sup> a dignidade humana é valiosa, pode fundamentar questões moralmente complexas e acrescenta que ela possui três conteúdos essenciais: valor intrínseco, autonomia e valor social da pessoa humana.

Diante disso fica evidente a necessidade de trazer a dignidade da pessoa humana para a resolução da questão do aborto no sentido de sua descriminalização, até porque, através disto, se passa pelos outros princípios fundamentais, já que estão interligados, mesmo que sendo uma tarefa difícil, mas será amparada pelo estudo de Barroso a partir dos elementos que compõe o princípio da dignidade da pessoa.

---

<sup>69</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

<sup>70</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critério de aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. p. 2. Disponível em: <[https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf)>. Acessado em: 05/05/2019.

<sup>71</sup> FERNANDES. 2011. p. 268

<sup>72</sup> BARROSO. 2010.

A respeito do valor intrínseco Barroso não deixa de lembrar que é um tema com conflitos de direitos fundamentais, pois de um lado tem o argumento de que a vida começa com a fecundação e que o aborto é uma violação ao direito à vida do feto. E no outro, fazer com que mulheres levem uma gravidez adiante sem sua vontade pode causar danos na integridade física, psíquica e na impossibilidade de controle do próprio corpo, além disto, viola o direito da igualdade, já que a gravidez só ocorre no corpo feminino, e a criminalização do aborto as coloca em posição de desigualdade perante aos homens. Neste sentido trago as palavras de

Sobre a autonomia, o autor explica que ela nada mais é que a liberdade de cada indivíduo de se autodeterminar, de tomar decisões a respeito de suas próprias vidas. E caso fosse reconhecido o direito de autonomia ao feto e se sua vontade prevalecesse, anularia o direito de autonomia da mulher, ser já formado e que seria utilizada para satisfazer um possível ser. Sendo assim, ela seria um meio para satisfazer outra vontade que não a dela e não seria tratada como um fim em si mesma.

Por fim, no elemento comunitário, é necessário analisar se os valores da sociedade e normas jurídicas devem se sobressair ao direito da autonomia. Para o autor, nestes casos, o Estado não deveria tomar partido, mas dar liberdade de escolha.

Vale dizer que dentro da aplicação e interpretação da dignidade da pessoa humana é necessário o respeito ao princípio da laicidade estatal, neste caso, trago partes da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 Distrito Federal que trata sobre a interrupção da gestação em caso de gravidez de feto anencefálico, onde diz que “o Estado não é religioso, tampouco é ateu. O Estado é simplesmente neutro”<sup>73</sup> e mais adiante:

Se, de um lado, a Constituição, ao consagrar a laicidade, impede que o Estado intervenha em assuntos religiosos, seja como árbitro, seja como censor, seja como defensor, de outro, a garantia do Estado laico obsta que dogmas da fé determinem o conteúdo de atos estatais. Vale dizer: concepções morais religiosas, quer unânimes, quer majoritárias, quer minoritárias, não podem guiar as decisões estatais, devendo ficar circunscritas à esfera privada. A crença religiosa e espiritual — ou a ausência dela, o ateísmo — serve precipuamente para ditar a conduta e a

---

<sup>73</sup> Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF**. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. 11 abri. 2012. Disponível em: <<http://.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acessado em: 06/05/2019.

vida privada do indivíduo que a possui ou não a possui. Paixões religiosas de toda ordem não de ser colocadas à parte na condução do Estado. Não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. Caso contrário, de uma democracia laica com liberdade religiosa não se tratará, ante a ausência de respeito àqueles que não professem o credo inspirador da decisão oficial ou àqueles que um dia desejem rever a posição até então assumida.<sup>74</sup>

A penalização do aborto é uma lesão ao direito da liberdade. Também são feridos os direitos das mulheres sobre elas mesmas, seus corpos e à maternidade voluntária<sup>75</sup> como autodeterminação, Luigi Ferrajoli:

[...] equivale a uma lesão do imperativo kantiano, segundo o qual nenhuma pessoa pode ser tratada como meio quer mesmo de procriação – para fins a si alheios, mas apenas como *fim* de si mesma. Por isso falamos de autodeterminação da mulher a propósito da maternidade. Por isso, a decisão da maternidade reflecte um direito fundamental exclusivo das mulheres, porque, pelo menos sob esse aspecto, a diferença sexual justifica um direito desigual. O direito à maternidade voluntária, como autodeterminação da mulher sobre o seu próprio corpo, pertence-lhe em exclusivo, porque em matéria de gestação os homens não são iguais as mulheres, e só desvalorizando as mulheres como pessoas e reduzindo-as a instrumentos de procriação se pode limitar-lhes a soberania sobre o seu próprio corpo, submetendo-a ao controlo penal. Não se pode, portanto, configurar um “direito à paternidade voluntária” análogo e simétrico ao “direitos à maternidade voluntária”: porque gestação e parto dizem respeito unicamente ao corpo das mulheres, e não ao dos homens. (grifo do autor)<sup>76</sup>

Para Amartya Sen<sup>77</sup>, há algum tempo, se falava muito no bem-estar da mulher, elas eram vistas apenas como receptoras passivas, mas não levavam em conta o papel ativo da condição de agente das mesmas. Hoje as mulheres tem mais visibilidade como agentes no meio social, são vistas por elas mesmas e pelos homens como agentes ativos de mudança, podendo alterar a vida delas e dos homens.

O autor mostra que entre as mudanças que as mulheres podem fazer dentro do meio social, é impactar o exercício da fecundidade e das escolhas reprodutivas, segundo ele:

<sup>74</sup> Ibid

<sup>75</sup> A maternidade deve ser uma escolha consciente da mulher, sendo assim, é necessário o livre acesso à contracepção e à interrupção da gravidez indesejada e a desconstrução da ideia de que as mulheres só serão plenas caso tenham filhos, elas devem ser reconhecidas como indivíduos, além de suas possíveis proles.

<sup>76</sup> FERRAJOLI, Luigi. **A questão do embrião**: entre direito o moral. Revista do Ministério Público de Portugal. N. 94, ano 24, abr/jun 2003. p. 13. Disponível em: <[http://rmp.smp.pt/ermp/rmp\\_94/mobile/index.htm1#p=1](http://rmp.smp.pt/ermp/rmp_94/mobile/index.htm1#p=1)>. Acessado em: 06/05/2019.

<sup>77</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

[...] há uma estreita relação entre o bem-estar feminino e a condição de agente das mulheres na produção de uma mudança no padrão de fecundidade. Assim, não surpreende que reduções nas taxas de natalidade tenham com frequência decorrido da melhora do status e do poder das mulheres. (grifo do autor)<sup>78</sup>

Os direitos de liberdade, autonomia e autodeterminação não devem ser dados de uma forma abstrata para as mulheres, mas sim, reconhecidos perante o sistema jurídico como diferenças existentes entre elas e os homens.

As diferenças não são vistas como um direito, mas como pertencentes ao mundo do ser, e por muito tempo foram utilizadas para desigualar, discriminar e impedir que as pessoas tenham o mesmo reconhecimento jurídico. E a partir disso passaram a buscar pela igualdade.

Em um primeiro momento as diferenças foram suprimidas para que houvesse igualdade entre os sujeitos de direito. Posteriormente, através de movimentos de defesa de identidades, como o movimento das mulheres, houve uma crítica à igualdade, na intenção que as diferenças fossem incorporadas a ela, para que se tornassem visíveis e valorizadas.

O movimento feminista, sobre o aborto, luta pelo reconhecimento da diferença em relação à gestação e maternidade, uma vez que apenas os corpos femininos que possuem esta capacidade. Flávio Pierucci descreve esse percurso:

As feministas falam muito – e têm muito a dizer – sobre a diferença. Não foi sempre assim. A (re) descoberta da diferença feminina pela “segunda onda” do feminismo veio para se tornar o traço mais marcante e característico daquele renascer do movimento feminista em fins dos 60, início dos 80. Linda Gordon lembra que as feministas da “primeira onda” não usavam a palavra *diferença* (Gordon, 1991), empenhadas que estavam em transformar o sexismo, o discurso misógino convencional sobre a diferença entre os sexos, num discurso *andrógino* (cf. Elshtain, 1981; Badinter, 1986a; 1986b) e , dessa forma, conquistar para as mulheres oportunidades, postos e direitos iguais aos homens. A igualdade entre os sexos em termos legais, civis, políticos, sociais e até mesmo comportamentais foi, por décadas a fio, quase um século, a grande reivindicação do feminismo da “primeira onda”. As feministas eram todas imperturbavelmente igualitaristas. Hegemonia total do igualitarismo abolicionista da marginalização da mulher. Isso, até os entornos de 1968, o ano da grande rebelião cultural.

### Mais adiante

A “segunda onda” representou para o feminismo um verdadeiro (re) nascimento teórico. Foi nessa travessia, quando acadêmicas feministas fundavam a “história das mulheres” que os círculos intelectuais aprenderam

---

<sup>78</sup> Ibid. p. 230

a falar *diferença de gênero* (Oakley, 1972; Rubin, 1975; Scott, 1988b; Harding, 1993; Nicholson, 1994). “Sexo” passou a ser diferenciado de “gênero”, seguindo-se a partir daí um importante e frutífero esforço de fundamentação teórica da grande descoberta: a distinção sexo/gênero. O feminismo da “segunda onda” é diferencialista. A “diferença” pensada primeiro através da *diferença de gênero*, passando primeiro por ela. Que outra diferença, afinal, poderia ser mais importante do ponto de vista das feministas daqueles idos não tão remotos, situados “em algum momento entre a metade e o final da década de 70” (Scott, 1992;64)

## Inclusive

A afeição com que muitas intelectuais acolheram a demanda por explorar teórica e documentalmente a “diferença” na chave da “diferença de gênero” levaram à criação da figura de uma *womanhood* abstrata por oposição à velha humanidade pensada pelas “grandes narrativas” ocidentais enquanto *manhood* = humanidade-virilidade. Uma *womanhood* portanto contrastiva emergindo num imaginário feminista que na época andava empolgado por um incontido e sincero desejo de unidade com um confortável senso de parentesco, como (se fosse) uma *sisterhood*, uma “irmandade de mulheres”. Retomando sinteticamente a história da produção teórica feminista, eis a sinopse do enredo: (1) da igualdade acima das diferenças passa-se à diferença de gênero; (2) da diferença de gênero, que representa a diferença feminina no singular em relação ao mundo masculino também no singular, (3) chega-se a uma nova descoberta empírica, a das diferenças “entre as mulheres”, as diferenças “dentro”. (grifo do autor)<sup>79</sup>

Para Ferrajoli<sup>80</sup>, o direito à autodeterminação dentro do contexto do aborto, é exclusivo às mulheres, pois, forma um todo como a liberdade pessoal, que não pode tirar a opção da mulher de ser, ou não, mãe e porque a diferença sexual tem direito desigual ou sexuado e isto deve ser respeitado.

Em suma, partindo do início, quando se tratou da dignidade da pessoa humana, da qual se extrai direito à liberdade, à autodeterminação e à diferença, somando-se ao direito de privacidade e intimidade, na possibilidade de realização de escolhas morais num Estado laico, defende-se a não criminalização do aborto e a maternidade voluntária.

<sup>79</sup> PIERUCCI, Antonio Flávio. **Ciladas da diferença**. 34. ed. Curso de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1999. p. 124/125.

<sup>80</sup> FERRAJOLI. 2003.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi um desafio produzir um discurso científico, e, ao mesmo tempo, humano, de levantar hipóteses, de formular perguntas, de buscar metodologia e de leituras, sem se esquecer do que se tratava, ou melhor, de quem.

A tese deste trabalho é comprovar que a criminalização do aborto no Brasil viola a Constituição Federal de 1988, já que é discriminatória em relação às mulheres e não tem justificativa para a manutenção de restrições de direitos constitucionais fundamentais.

Ao decorrer do desenvolvimento foi ficando cada vez mais claro que não se trata sobre escolher um lado, não é ser ou não a favor do aborto, apesar das pessoas se sentirem obrigadas a assumir uma das posições no debate.

Toda pessoa detém personalidade jurídica, mas ela não está ligada intrinsecamente ao sujeito de direito, parece que está mais próxima da dignidade da pessoa humana, uma vez que defende o que é próprio da pessoa.

A capacidade de gozo é inerente a todas as pessoas, assim como a personalidade, mas não a de exercício, já que não são todos que podem exercer seus direitos e deveres sem auxílio, assim, ficando claro que não se pode dizer que capacidade sempre acompanha personalidade.

É inegável que durante a história as mulheres foram, por muitas vezes, vistas e postas seres inferiores ao homem. A custa de muita luta isso foi mudando, mas ainda hoje são alvos de discriminação, o que comprova a necessidade de tratamento especial pelo judiciário, para que assim, em algum momento no futuro, suas diferenças passam a ser respeitadas e não mais sejam motivos para privação de direitos.

A personalidade jurídica do nascituro ainda não está claramente definida, mas pode-se dizer em capacidade, uma vez que alguns direitos lhe são dados, e alguns outros, mesmo que ainda não os possua, são protegidos, neste caso, pode-se dizer que o nascituro.

Em contra partida, estamos falando sobre mulheres, que possuem a personalidade jurídica, possuem capacidade e são sujeitos de direitos. Não há dúvidas sobre quem são, onde se enquadram, quais direitos e deveres possuem.

Por conta disto, o que é de fato necessário, nesta questão, é, além de saber respeitar as escolhas e convicções de cada um, assegurar os direitos constitucionais das mulheres.

Os direitos humanos devem ser considerados como a concretização histórica do princípio da dignidade da pessoa humana, que como dito, encontra-se positivado, hoje, na Constituição Federal.

A discussão do aborto não tem como objetivo mudar a opinião individual das pessoas, mas sim, para a mudança da legislação, visando a descriminalização da conduta. Não significa que todas as mulheres farão aborto, mas será possível a escolha.

A criminalização do aborto viola a dignidade humana das mulheres, liberdade, autodeterminação e diferença, sendo missão do Supremo Tribunal Federal garantir, via controle de constitucionalidade, a realização desses direitos, dando interpretação conforme à Constituição.

Também há violação do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos que tem diretivas claras no tocante ao dever do Brasil de descriminalizar o aborto, uma vez que a criminalização é uma forma de discriminação.

As mulheres têm o direito de ter controle sobre seus próprios corpos e assim, poder decidir livre e responsavelmente por uma maternidade voluntária, sem coerção, discriminação e nem violência.

Em síntese, foi possível verificar que a criminalização do aborto se deve a um Direito ainda patriarcal e sexista, que utiliza o crime de aborto como forma de controle das mulheres.

Descriminalizar o aborto é permitir que a mulher possa fazer suas escolhas morais com autonomia e responsabilidade.



## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silmara J. A.; Chinelato e Almeida. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000, p.11.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 6. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critério de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <[https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf)>. Acessado em: 05/05/2019.

BÍBLIA ONLINE. **Êxodo 21**. Disponível em: <<https://bibliaonline.com.br/acf/ex/21>>. Acessado em: 12/04/2019.

BRASIL. **Código civil**. Vade Mecum compacto/Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. – 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. **Código penal**. Vade Mecum compacto/Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. – 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Vade Mecum compacto/Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. – 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei n. 4.377**, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção

sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979, e revoga o Decreto n. 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4377.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm)>. Acessado em: 17/03/2019.

BRASIL. **Lei n. 3.071**, de 1 de janeiro de 1916. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)>. Acessado em: 08/04/2019.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CARLA, Mariana Café Botelho; CORREIO, Daniel Camurça. **O aborto e a personalidade jurídica do nascituro**: uma crítica feminista ao ordenamento jurídico brasileiro. Caderno Espaço Feminino - v. 30, n.1 - Uberlândia-MG - jan./jun. 2017.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos**. Coleção sinopses jurídicas. 30. v. 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**: parte geral. 1. v. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DICIO, Dicionário Online de Português. Disponível em: <<https://dicio.com.br/descriminalizacao>>. Acessado em: 05/02/2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 1. v. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdade individuais – Col. Justiça e Direito. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERNÁNDEZ, Alexandre. **O direito ao aborto na história**: o aborto na antiguidade. 25 de jun. de 2018. Disponível em: <<https://esquerdadiario.com.br/O-aborto-na->

antiguidade>. Acessado em: 12/04/2019.

FERRAJOLI, Luigi. **A questão do embrião: entre direito o moral.** Revista do Ministério Público de Portugal. N. 94, ano 24, abr/jun 2003. Disponível em: <[http://rmp.smmp.pt/ermp/rmp\\_94/mobile/index.htm1#p=1](http://rmp.smmp.pt/ermp/rmp_94/mobile/index.htm1#p=1)>. Acessado em: 06/05/2019.

FIRMINO, Rafael Soares. **Situações Subjetivas Existenciais do Nascituro.** Orientadora: Caitlin Sampaio Mulholland - 2014

GAGLIANO, Pablo Stolz; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de direito civil.** São Paulo: Saraiva, 2017.

GARCIA, Enéas Costa. **Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. p. 87.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** 1. v. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Diogo Costa. **Personalidade vs. Capacidade jurídica** – Um regresso ao monismo conceptual. p. 121. Disponível em: <<https://oa.pt/upl/%7Ba1bc248a-bd79-453c-8f3c-4520273bf412%7D.pdf>>. Acessado em: 23/02/2019.

LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. **A capacidade civil e o estatuto da pessoa com deficiência (lei federal n. 13.146/2015):** reflexos patrimoniais decorrentes do negócio jurídico firmado pela pessoa com deficiência mental. 2016. Monografia (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo.

MADEIRA, Hércio Maciel França. **O nascituro no direito romano:** conceito, terminologia e princípios. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos.** 5. ed., rev. atual. ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

MELLO, Cleyson de Moraes Mello. **Direito civil:** parte geral. 3. ed. - Rio de Janeiro:

Freitas Bastos Editora, 2017.

\_\_\_\_\_, Marcos Bernardes. Achegas para uma teoria das capacidades em direito. **Revista de Direito Privado**, vol. 3/2000. p. 9-34.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Atualizado por Judith Martins-Costa; Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, Tomo I, p. 245.

MORAES, Maria Celina Bodin. **O conceito da dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo**. In: Sarlet, Ingo Wolfgang (org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil (livro eletrônico): parte geral**, 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, vol. I, tomo II, item 2.1.

ONU, Nações Unidas Brasil. **A carta das nações unidas**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/cap1>>. Acessado em: 15/03/2019.

\_\_\_\_\_, Nações Unidas Brasil. **A declaração universal dos direitos humanos**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acessado em: 15/03/2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 5. v. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PIERUCCI, Antonio Flávio. **Ciladas da diferença**. 34. ed. Curso de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade de São Paulo. São Paulo: 1999.

Redação Galileu. **Descoberta indica que Igreja Católica já teve uma mulher como Papa** - Análise com moedas antigas afirma que símbolo pertencia à Papisa Joana. Disponível em: <<https://revistagalileu.globo.com/Sociedade/noticia/2018/09/pesquisa-sugere->

existencia-de-papa-mulher-que-viveu-na-idade-media.html>. Acessado em: 17/03/2019.

SARMENTO, George. Curso e Concurso – Direitos Humanos. 36. v. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARTI, Cynthia Andersen. **O feminismo brasileiro desde os anos 1970: revisitando uma anos 1970: revisitando uma trajetória.** Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v12n2/23959.pdf>>. Acessado em: 03/05/2019.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os Direitos do Nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SOUSA, Rainer. **Atenas, Espartas e as mulheres** - Os papéis assumidos pela mulher em Esparta e Atenas eram marcados por várias diferenças. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/historiag/atenas-esparta-as-mulheres.htm>>. Acessado em: 17/03/2019.

Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF.** Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. 11 abri. 2012. Disponível em: <<http://stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acessado em: 06/05/2019.

\_\_\_\_\_. **Habeas Corpus 124.306/RJ.** Impetrante: Jair Leite Pereira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Marco Aurélio. Red. Min. Roberto Barroso. Primeira Turma. Brasília. 29 de nov. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>>. Acessado em: 05/05/2019.

TARTUCE, Flávio. **A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no**

direito brasileiro. 33. nº: Instituto de Direito Comparada Luso – Brasileiro, 2007. Disponível em: <<http://idclb.com.br/revistas/revista33.html>>. Acessado em: 22/03/2019.

\_\_\_\_\_, Flávio. **Direito civil: lei de introdução e parte geral**. 1. v. 14. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TORRES, José Henrique Rodrigues. **Aborto e Constituição**. São Paulo: Estúdio, 2015.

ZUGAIB, Marcelo. **Zugaib obstetrícia**. 3. ed. São Paulo: Rossana Pulcineli Vieira Francisco, 2016.